

UNIVERSITÉ DE LILLE  
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES

**VERS UN NOUVEAU DROIT SPÉCIAL  
MILITAIRE**

**Mémoire pour le Master 2 Droit privé approfondi**

par

Clémence MIENVILLE

Directeur de mémoire

Frédéric ARCHER

Les opinions émises dans ce mémoire n'engagent que leur auteur et en aucune façon la Faculté de droit de Lille.

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens tout d'abord à remercier sincèrement Monsieur Frédéric Archer pour avoir accepté de diriger mon mémoire. Sa disponibilité et son dévouement m'ont permis de travailler dans la sérénité. Je lui suis reconnaissante pour tous les conseils qu'il a pu me donner, en tant que directeur de mémoire mais également en tant que professeur lors des séminaires suivis cette année. Enfin je le remercie pour avoir partagé son intérêt et sa passion pour le droit pénal.

Ensuite, je tiens à remercier mon père, le colonel Jacques Mienville, pour avoir suscité mon intérêt pour le domaine de la défense. Ce fut un réel plaisir de travailler sur ce sujet, afin de mieux comprendre ce métier difficile à appréhender qu'est celui de militaire.

# SOMMAIRE

## PREMIÈRE PARTIE - ATTÉNUATION DES SPÉCIFICITÉS DU DROIT MILITAIRE

### CHAPITRE I- REcul GRADUEL DES RESTRICTIONS AUX DROITS ET LIBERTÉS DES MILITAIRES

### CHAPITRE II- DISPARITION PROGRESSIVE DES DÉROGATIONS RELATIVES À LA JUSTICE MILITAIRE

## DEUXIÈME PARTIE- SUBSISTANCE DE LA SPÉCIALITÉ DU DROIT MILITAIRE

### CHAPITRE I- PÉRENNITÉ D'UN DROIT RÉPRESSIF PARTICULIER

### CHAPITRE II- MISE EN PLACE D'UN RÉGIME PROTECTEUR RENFORCÉ

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

- ADEFDROMIL : Association de défense des droits militaires
- AJFP : Actualité Juridique Fonctions Publiques
- APNM : Association professionnelle nationale de militaire
- Art. : article
- CAA : Cour administrative d'appel
- Cass. Crim. : chambre criminelle de la Cour de cassation
- CE : Conseil d'État
- CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
- CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
- Cf. : *confer*
- Cons. cont. : Conseil constitutionnel
- CSFM : Conseil supérieur de la fonction militaire
- D. : Recueil Dalloz
- DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
- Ed : édition
- HCECM : Haut comité d'évaluation de la condition militaire
- *Ibid.* : *ibidem*
- JDCS : Juridictions de droit commun spécialisées
- J.O. : Journal officiel
- LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- LPM : Loi de programmation militaire
- n° : numéro
- OPEX : opérations extérieures
- OPINT : opérations intérieures
- OPJ : officier de police judiciaire

- p. : page
- PUF : Presses universitaires de France
- QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
- RFDA : Revue française de droit administratif
- RSC : Revue de sciences criminelles
- SNU : Service national universel
- TAP : Tribunal aux armées de Paris
- TC : Tribunal des conflits
- TGI : Tribunal de grande instance
- TMA : Tribunaux militaires aux armées
- TPFA : Tribunaux permanents des forces armées
- vol. : volume

# INTRODUCTION

*« Un militaire n'est ni un surhomme, ni un sous citoyen »<sup>1</sup>.*

Par cette citation, le maréchal des logis chef Patrick B., représentant du Conseil supérieur de la fonction militaire, souhaitait démontrer qu'il n'y avait plus lieu de considérer le militaire comme une personne distincte des autres membres de la société. En effet, pendant longtemps le militaire a été apprécié comme une personne particulière, à l'écart de la société civile. Il apparaissait seulement comme un guerrier, comme un outil de la défense du pays. Cependant, depuis plusieurs années cette vision est remise en cause. Désormais, le militaire est considéré comme un citoyen avant tout, participant à la vie de la cité. Cette évolution de conception a eu des répercussions sur le droit qui a dû s'adapter. Ainsi, désormais le droit applicable aux membres des forces armées tend progressivement à se rapprocher du droit commun.

Il convient tout d'abord de définir le militaire, sujet de notre étude. Le militaire, du latin « *militaris* » qui signifie guerrier, est un membre des forces armées régulières. En tant que tel, sa mission est d'assurer la sécurité nationale et ainsi d'assurer l'intégrité du territoire et la protection de la population. Les militaires représentent un ensemble hétéroclite d'individus. Tout d'abord, les militaires se distinguent selon leur appartenance à l'une des forces armées. L'armée française est en effet composée de quatre grandes forces. Il faut ainsi distinguer les militaires de l'Armée de terre, les militaires de l'Armée de l'air, les militaires de la Marine nationale et enfin les militaires de la gendarmerie nationale<sup>2</sup>. Ensuite, les militaires peuvent être distingués selon les modalités de leur engagement. Ils se répartissent alors entre les militaires de carrière, les militaires servant en vertu d'un contrat, mais également les militaires appartenant à la réserve, soit en vertu d'un engagement volontaire soit en vertu de l'obligation de disponibilité, et les militaires en détachement<sup>3</sup>.

Dans son onzième rapport, le Haut comité d'évaluation de la condition militaire a apporté sa propre

---

1 Audition sur la condition militaire devant la Commission de la Défense, Maréchal des logis chef Patrick B., représentant du Conseil supérieur de la condition militaire, le 21 novembre 2017.

2 Art. L3211-1 du Code de la défense

3 Art. L4111-2 du Code de la défense

définition des militaires. Ainsi, selon lui, il s'agit de « l'ensemble des personnes constituant l'armée de la République, dont les spécificités nécessitent un corpus légal et réglementaire particulier constitué sur des bases légales distinctes de celles fondant le statut général de la fonction publique, bien que les militaires soient des agents publics »<sup>4</sup>. Cette définition porte un intérêt certain car elle fait apparaître les difficultés propres à la qualité de militaire. Ainsi, deux difficultés peuvent être constatées.

D'une part, les difficultés liées à la qualité de militaire découlent de la multiplicité de statuts que revêtent les militaires. Le HCECM dispose alors que les militaires sont « l'ensemble des personnes constituant l'armée de la République ». Le militaire est ainsi en premier lieu un soldat. En tant que tel, le militaire est un homme de guerre, pouvant être confronté à des situations extrêmes, régies par des dispositions particulières, lui imposant des obligations particulières et, réciproquement, des protections et garanties spécifiques. Le HCECM déclare également « bien que les militaires soient des agents publics ». Ainsi, les militaires sont également des fonctionnaires. En tant que tel, les militaires sont soumis aux dispositions spécifiques qui régissent les agents de la fonction publique. Enfin, les militaires sont également des citoyens. Ainsi, en tant que tel, ils jouissent de l'ensemble des droits et libertés reconnus à tout citoyen et sont soumis aux obligations qui sont celles de toute personne appartenant à la société. Les militaires sont ainsi à la fois des soldats, des fonctionnaires et des citoyens. Cette superposition de statuts a pour effet de soumettre les militaires à autant de régimes juridiques différents.

D'autre part, les difficultés liées à la qualité de militaire résultent des spécificités de la fonction. En effet, de la mission de défense de la collectivité découle des traits spécifiques qui sont propres à l'armée. Le concept de « spécificité militaire » a alors émergé. L'armée est ainsi soumise à une organisation et à un fonctionnement particuliers qui visent à assurer l'efficacité des armées par l'obéissance et la cohésion des militaires. Sont alors nés des fonctions, des protocoles, une psychologie et un état d'esprit particuliers. En effet, dans l'armée, l'accent est mis sur le devoir, l'honneur, l'autorité et la discipline. Il en découle des attitudes et des mentalités caractéristiques mais également un mode de vie particulier et des protocoles strictement définis. De ce fait, l'armée est vue comme un milieu rigide, austère et conservateur. Elle renvoie l'image d'une « micro-société », portée à l'isolement et au repli sur elle-même. Ainsi, la société militaire a toujours été distinguée de la société civile.

---

<sup>4</sup> « La fonction militaire dans la société française », HCECM, 11ème rapport, septembre 2017, p.19



Le Haut comité affirme alors que ces spécificités nécessitent un « corpus légal et réglementaire particulier ». En effet, le droit, en tant qu'ensemble de règles juridiques, a dû s'adapter et prendre en compte ces spécificités. Ainsi, un droit spécial s'est développé tendant à respecter les principes de l'armée. Depuis longtemps, les militaires se voient donc appliquer un droit dérogatoire au droit commun.

Le droit militaire se définit alors comme l'ensemble des règles spéciales applicables aux seuls membres des forces armées. Plusieurs critères permettent alors de caractériser ce droit spécial.

Tout d'abord, il apparaît que le droit militaire est un droit très vaste. En effet, les textes qui constituent le droit militaire sont nombreux et sont de différentes natures. Les militaires sont ainsi soumis à des statuts particuliers. Le premier statut général des militaires a été mis en place par la loi du 13 juillet 1972<sup>5</sup>. Il a ensuite été remplacé par le statut général de 2005, instauré par la loi du 24 mars 2005<sup>6</sup>. Ces statuts s'appliquent à l'ensemble des militaires et mettent en place un régime différent de celui applicable aux autres fonctionnaires. Les militaires sont ensuite soumis à des règlements particuliers. Ainsi, de nombreux décrets ont notamment participé à l'apparition du droit militaire. À titre d'exemple, un décret du 22 septembre 1953<sup>7</sup> a créé des juridictions qui étaient exclusivement compétentes pour juger les militaires. Enfin, les militaires se voient appliquer des lois spécifiques. Pour illustration, une loi du 29 décembre 1954<sup>8</sup> a instauré des règles spécifiques relatives à l'exercice du droit d'éligibilité des militaires. Également, l'étendue du droit militaire se manifeste par les nombreux domaines qu'il recouvre. Tout d'abord, dans le domaine des droits et libertés fondamentaux, les militaires sont soumis à des restrictions, soit parce que certains droits et libertés ne leur sont pas reconnus, soit parce que leur exercice est limité. Également, il a été instauré une justice militaire. Ainsi, les militaires relèvent de la compétence de juridictions d'exception et sont soumis à une procédure pénale particulière. De plus, des infractions et des peines spécifiques ont été créés par le droit pénal pour tenir compte des spécificités de l'armée et assurer une répression plus efficace.

Le droit militaire se caractérise également par sa sévérité et son caractère restrictif traditionnels. À titre d'exemple, les militaires ne disposent pas du droit de grève. Ainsi, lorsqu'ils souhaitent faire part de revendications auprès des pouvoirs publics, ce sont leurs proches qui descendent dans la rue

5 Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

6 Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

7 Décret n°53-871 du 22 septembre 1953 portant création de tribunaux permanents des forces armées, de tribunaux de cassation permanents des forces armées et d'établissements pénitentiaires des forces armées

8 Loi n°54-1295 du 29 décembre 1954 portant congé spécial pour exercice de fonctions électives aux militaires

pour manifester en leur nom. Récemment encore, le 26 août 2017, une cinquantaine d'épouses de militaires se sont rassemblées aux Invalides pour dénoncer le manque de moyens et les conditions de travail des militaires<sup>9</sup>. Également, l'existence d'infractions spécifiques est un autre exemple révélateur de ces caractères. Ainsi, les militaires peuvent engager leurs responsabilités pénale et civile et être condamnés pour des infractions spécifiques, ne pouvant être commises que par eux. Il en résulte qu'en plus des interdits imposés à tout citoyen, les militaires sont également soumis à d'autres interdictions. Il apparaît d'ailleurs que la majorité de ces infractions spécifiques sont punies par des peines exemplaires.

À l'origine, cette sévérité et ces restrictions imposées aux militaires étaient voulues par les pouvoirs publics. Elles traduisaient alors leur volonté d'assurer la mission de l'armée mais également de protéger la société et le pouvoir civil.

Ainsi, dans un premier temps, les spécificités du droit militaire visaient à assurer la mission de l'armée.

En effet, l'armée dispose d'un rôle essentiel qui est « de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la Nation »<sup>10</sup>. Ainsi l'armée « est au service de la Nation »<sup>11</sup>. Or, pour assurer l'exécution de cette mission, l'état militaire comporte des devoirs impératifs et impose des sacrifices aux militaires. En effet, selon l'article L. 4111-1 du Code de la défense, « l'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité »<sup>12</sup>. Ainsi, l'exécution de la mission de l'armée exige neutralité, discipline, disponibilité et loyauté des militaires.

Premièrement, l'accomplissement de la mission de l'armée exige la neutralité des militaires. La neutralité des forces armées est justifiée par l'appartenance à la fonction publique. En effet, pour assurer le bon fonctionnement du service public, le principe de neutralité a été consacré. Les fonctionnaires sont donc astreints à un devoir d'impartialité. Ce principe a deux conséquences. Tout d'abord, il impose aux fonctionnaires de rester neutres et ainsi de ne pas exprimer leurs opinions et leurs croyances, politiques philosophiques ou religieuses, dans le cadre de leur fonction. Ensuite, il implique aux fonctionnaires l'obligation d'assurer une stricte égalité de traitement entre les

---

9 « Paris : les femmes de militaires manifestent leur colère », *RTL* (en ligne), 26 août 2017.

10 Art. L3211-2 du Code de la défense

11 *Ibid.*

12 Art. L4111-1 du Code de la défense

administrés qu'ils sont amenés à rencontrer dans le cadre de leur fonction, quelque soit les opinions et les croyances de ces derniers. Ainsi, seuls l'exécution de leur mission et l'intérêt général doivent guider le comportement et les décisions des militaires, et non leurs convictions personnelles.

Deuxièmement, l'exécution de la mission des militaires nécessite le respect de la discipline. La discipline militaire, selon un adage connu, fait la force des armées<sup>13</sup>. Selon le Code de la défense « la discipline militaire répond à la fois aux exigences du combat et aux nécessités de la vie en communauté »<sup>14</sup>. Ainsi, elle apparaît comme un élément fondamental et essentiel au bon fonctionnement de l'armée. Elle garantit en effet la cohésion entre les militaires et l'efficacité des forces armées. Le Code de la défense dispose également que « le service des armes, l'entraînement au combat, les nécessités de la sécurité et la disponibilité des forces exigent le respect par les militaires d'un ensemble de règles qui constituent la discipline militaire, fondée sur le principe d'obéissance aux ordres »<sup>15</sup>. Ainsi, la discipline militaire se définit comme un ensemble de règles de conduite imposé à la collectivité des membres de l'armée, visant à conformer leur comportement aux exigences de l'état militaire. La discipline militaire se traduit par un devoir d'obéissance aux ordres et le respect de l'autorité hiérarchique. Cependant, la conception de la discipline militaire a connu une évolution<sup>16</sup>. Ainsi, la conception traditionnelle consistait à considérer la discipline militaire comme un devoir d'obéissance passive. Elle se traduit alors par une « obéissance absolue » aux ordres du gouvernement et des autorités militaires, une « exécution littérale » des ordres<sup>17</sup>, ainsi qu'une soumission de tous les instants »<sup>18</sup>. L'autorité hiérarchique est particulièrement ferme et totalement incontestable. Cette conception de la discipline exclut toute initiative personnelle des militaires. La conception actuelle consiste à considérer la discipline militaire comme un devoir d'obéissance active. La nouvelle conception de la discipline militaire est apparue avec le nouveau règlement de discipline général de 1966. Désormais, la règle est celle de la « participation volontaire et active du subordonné »<sup>19</sup> s'alliant à « une initiative fondée sur la compétence professionnelle et la recherche du rendement »<sup>20</sup>. La contribution du militaire devient alors dynamique.

---

13 Ordonnance du roi portant règlement sur le service intérieur, la police et la discipline des troupes d'infanterie, du 13 mai 1818

14 Art. D 4137-1 du Code de la défense

15 *Ibid.*

16 HERRY (J.-L.), *La fonction militaire*, éd. Berger-Levrault, 1976, p.111.

17 Ordonnance du roi, du 13 mai 1818, portant règlement sur le service intérieur, la police et la discipline des troupes d'infanterie, du 13 mai 1818

18 Ordonnance du roi, sur le service intérieur de l'infanterie du 2 novembre 1833

19 Décret n°66-749 du 1 octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées

20 *Ibid.*

Troisièmement, la défense du pays exige que les militaires soient disponibles. L'obligation de disponibilité vise à donner aux armées les effectifs nécessaires pour faire face à leurs missions dans des circonstances d'une particulière gravité. Ainsi, au vu de l'importance de leur mission qui est la défense du pays, les militaires se doivent de « servir en tout temps et en tout lieu »<sup>21</sup>. De plus, en fonction des besoins de l'armée, il peut être exigé de certaines personnes qu'elles soient disponibles lors de circonstances exceptionnelles. Sont soumis à l'obligation de disponibilité les volontaires pendant la durée de validité de leur engagement dans la réserve opérationnelle et les anciens militaires dans la limite de cinq ans à compter de la fin de leur lien au service<sup>22</sup>.

Dernièrement, pour assurer leur mission les militaires se doivent d'être loyaux. La loyauté se définit comme « la fidélité aux engagements pris, au respect des règles de l'honneur et de la probité »<sup>23</sup>. Cette qualité morale se différencie du loyalisme qui se réduit à « l'attachement à un régime ou à des institutions »<sup>24</sup>. « La loyauté ne signifie ni conformité ni soumission »<sup>25</sup>. La loyauté impose alors aux militaires de tout mettre en œuvre pour accomplir au mieux leur mission et respecter leur engagement. Cette qualité est indispensable au bon fonctionnement de l'armée car elle est l'une des premières conditions de la réussite de l'action collective puisqu'elle participe à dépasser les conflits internes et à apaiser les relations. Elle est également garante de l'ordre et de la discipline.

Ainsi, la disponibilité, la neutralité, la loyauté et la discipline étant indispensables au bon fonctionnement de l'armée, la sévérité et les restrictions imposées aux militaires visaient alors, en premier lieu, à rendre effectives ces obligations majeures qui pèsent sur le militaire.

Puis, dans un second temps, la sévérité et le caractère restrictif du droit militaire étaient justifiés par la volonté de protéger le pouvoir civil et la société. L'idée était alors d'assurer la sécurité de la société civile et de sauvegarder l'indépendance du pouvoir civil.

Cette crainte des forces armées est née de circonstances historiques. Ainsi, selon Louis Saisi « sur nos cinq républiques qui se sont succédées depuis 1792, le bilan est implacable : quatre d'entre elles furent emportées par des coups de force perpétrés par des militaires ou avec l'aide des militaires : la Première, par le coup d'État de Bonaparte du 18 brumaire 1799, la Seconde, par le coup d'État du 2 décembre 1851 par le Prince-président Louis Napoléon Bonaparte, la troisième, par la dictature du

21 Art. L4121-5 du Code de la défense

22 Art. L4231-1 du Code de la défense

23 [https://www.defense.gouv.fr/content/download/467987/7465098/18\\_la\\_loyaute.pdf](https://www.defense.gouv.fr/content/download/467987/7465098/18_la_loyaute.pdf)

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

Maréchal Pétain [...], la quatrième par le coup d'État du 13 mai 1958 en Algérie du général Massu»<sup>26</sup>. Il convient alors de revenir plus précisément sur ces circonstances historiques pour comprendre la méfiance qui est née vis-à-vis des militaires.

Tout d'abord, les militaires ont participé au coup d'État du 9 novembre 1999 mettant fin au Directoire, sous la direction de Napoléon Bonaparte.

Emmanuel-Joseph Sieyès, alors directeur à la tête du Directoire, souhaite mettre un terme à la Constitution de l'an III. Pour cela, il organise un coup d'État. Ayant besoin du soutien de l'armée, il fait appel au général Napoléon Bonaparte. Ce choix est stratégique car ce dernier est alors très apprécié et respecté des militaires notamment du fait de ses victoires lors des campagnes d'Italie et d'Égypte. Ce dernier va donc utiliser sa popularité pour enjoindre les militaires de s'allier à lui. Sous son commandement, les militaires assurent le maintien de l'ordre et la garde du corps législatif pendant l'exécution des opérations. Afin de contraindre le Conseil des Cinq-Cents à la résignation, Napoléon fait déployer la force armée. Le Directoire est alors renversé.

Ensuite, l'armée a également participé au coup d'État de Louis Napoléon Bonaparte le 2 décembre 1851 mettant fin à la IIème République.

Empêché de se représenter par la Constitution, Louis Napoléon Bonaparte envisage un coup d'État pour conserver son pouvoir. Pour s'assurer le soutien de l'armée, il avait alors accompli des tournées dans le pays pour gagner en popularité. Ainsi le 2 décembre 1851, Louis Napoléon Bonaparte bénéficie du soutien de 54000 hommes engagés avec 117 pièces d'artillerie, rejoints par 30000 lignards des garnisons de la périphérie<sup>27</sup>. Les militaires placés en des points stratégiques à Paris, occupent alors la capitale pour assurer le bon déroulement des opérations. Des noyaux de résistance se forment, l'armée y mettra fin par l'arrestation et la mise à mort des insurgés.

De plus, la crainte de l'armée a été attisée par le rôle du Maréchal Pétain durant la Seconde Guerre Mondiale.

Philippe Pétain est un officier militaire, grand vainqueur de la Première Guerre Mondiale. Il bénéficie alors d'une grande popularité qui va lui permettre d'obtenir le 10 juillet 1940 de

---

26 SAISI (L.), « Notre république, le pouvoir civil et ses rapports aux chefs militaires », *Idées Saisies* (en ligne), 2 août 2017.

27 <http://www.lhistoire.fr/le-coup-d'état-de-louis-napoléon-bonaparte>

l'Assemblée nationale les pleins pouvoirs. Ce vote met fin à la III<sup>ème</sup> République et marque le début du régime de Vichy. Le Maréchal proclame alors l'instauration d'un « ordre nouveau » et la mise en œuvre de la « Révolution nationale » fondée sur les notions de « travail, famille, patrie ». Le gouvernement souhaite rétablir les valeurs traditionnelles et nationales. Il s'engage également dans une politique répressive et des mesures d'exception sont également prises visant à restreindre les libertés publiques. De plus, le gouvernement accepte de collaborer avec l'Allemagne nazie. Ainsi le régime de Vichy est marqué par un profond nationalisme et une conception autoritaire de l'État, ce qui l'apparente au fascisme.

Également, le putsch des militaires durant la Guerre d'Algérie a profondément marqué les esprits.

Dans un contexte d'instabilité politique, Pierre Pflimlin est pressenti pour prendre la tête d'un nouveau gouvernement. Cependant cette solution n'est pas appréciée des militaires partisans de l'Algérie française car Pierre Pflimlin souhaite une négociation avec le Front de libération nationale. Ainsi le 13 mai, à Alger, une manifestation tourne à l'insurrection. Des militaires envahissent l'immeuble du gouvernement général et un Comité de salut public, encadré par les militaires, se met en place, avec à sa tête le général Jacques Massu. Pierre Pflimlin est tout de même investi des pouvoirs de président du Conseil. Cependant, pour calmer les esprits, le 29 mai 1958 le président de la République, René Coty, annonce son intention d'appeler Charles De Gaulle au gouvernement. Ce putsch va alors précipiter la fin de la IV<sup>ème</sup> République et marquer le retour au pouvoir de Charles De Gaulle.

Ainsi, suite à ces événements, il est craint de l'armée qu'elle soit à l'origine de nouveaux coups de force.

Enfin, la sévérité et le caractère restrictif du droit militaire visaient à assurer la prééminence du pouvoir civil sur les forces armées. La prééminence du pouvoir civil sur les forces armées est un principe du régime démocratique. Ainsi, l'armée est subordonnée au pouvoir politique. Le président de la République est le chef des armées<sup>28</sup>. Il est ainsi l'autorité hiérarchique supérieure. Les chefs militaires sont donc relégués au rang d'auxiliaires et sont soumis à ses ordres. L'ordre politique prend le pas sur l'ordre militaire. C'est au pouvoir civil de prendre les décisions importantes en matière de défense et qui décide des moyens qui seront dotés à l'armée. L'objectif est alors d'éviter la main-mise du pouvoir militaire sur la direction de l'État et d'ériger un obstacle à la participation

---

28 Art. 15 de la Constitution française de 1958

des militaires dans les affaires de l'État.

Ainsi, le droit militaire semblait bien établi dans le système juridique français.

Cependant, une évolution est perceptible. En effet, progressivement, le cloisonnement de l'armée et les spécificités juridiques tendent à disparaître. Le maintien du droit militaire est alors remis en cause. Cette évolution est due à plusieurs facteurs qu'il convient d'énoncer.

Premièrement, l'évolution est due à des facteurs extérieurs à l'armée, à un contexte général.

Tout d'abord, avec l'arrivée de la démocratie en France est apparu un mouvement égalitaire et libérale. Ainsi, la conception du régime démocratique suppose la reconnaissance de l'ensemble des libertés publiques mais également que les citoyens disposent des mêmes droits et soient soumis aux mêmes obligations. Il devenait alors difficile de justifier et de maintenir les nombreuses et importantes dérogations qui avaient été imposées aux militaires par les pouvoirs publics.

De plus, les pouvoirs publics ont eu le souhait d'intégrer l'armée dans la Nation et de mettre fin à l'isolement des militaires. Cette volonté résulte notamment du fait que les militaires ne sont plus éloignés en raison de conflits armés. En effet, aujourd'hui ils exercent, en très grande majorité, leurs fonctions sur le territoire national, au contact des autres citoyens. Ainsi, les militaires n'apparaissent plus seulement comme des soldats et les méfiances qui existaient à leur égard se sont largement atténuées. Les pouvoirs publics souhaitent alors faire du militaire un citoyen comme les autres et associer les membres des formes armées à la vie de la cité.

Deuxièmement, l'évolution est également due à des facteurs internes à l'armée.

Tout d'abord, l'organisation de l'armée a été bouleversée par la professionnalisation des armées. C'est en 1996 que le président de la République, Jacques Chirac, estimant que le système de défense était devenu inadapté, annonce la professionnalisation de l'armée<sup>29</sup>. Il souhaite ainsi une armée de métier. Plusieurs raisons ont motivé cette décision. Tout d'abord, l'absence de menace militaire immédiate pour la France et l'apaisement des relations avec les pays étrangers rendaient peu probable le besoin d'une mobilisation générale. Ainsi, le maintien d'un effectif important était devenu inutile. En revanche, est apparu le besoin de disposer de professionnels pour être envoyés

---

<sup>29</sup> Intervention télévisée de Jacques Chirac le 22 février 1996

sur des théâtres d'opérations éloignés. Également, la technicité croissante des matériels militaires et de la fonction militaire impliquaient de former longuement les personnels. Ainsi, il est mis fin au service national obligatoire et à la circonscription<sup>30</sup>, c'est-à-dire à l'appel obligatoire de jeunes hommes sous les drapeaux pour servir les forces armées. Des engagés volontaires sont venus remplacer les appelés. Il en résulte le passage d'une armée mixte à une armée de professionnels.

Également, le personnel de l'armée a évolué. Ainsi, l'armée fait désormais appel à des techniciens pour assurer certaines missions. En effet, la technicisation de la fonction de militaire et le niveau de technicité des matériels militaires atteint a imposé à l'armée de faire appel à des techniciens spécialistes. De plus, l'armée a désormais recours à des civils pour assurer des fonctions de soutien. Cela permet d'ailleurs de favoriser les contacts avec la société civile. Enfin, l'armée a connu un phénomène de féminisation. En effet, les femmes représentent un effectif de plus en plus important au sein de l'armée. Trois temps forts ont marqué la féminisation des armées françaises. Tout d'abord, le statut général de 1972 a consacré le principe d'égalité entre les hommes et femmes au sein des armées<sup>31</sup> en supprimant les distinctions statutaires entre militaires des deux sexes. Désormais, ils sont soumis au même régime. Puis la loi du 28 octobre 1997 relative à la professionnalisation des armées<sup>32</sup>, a entraîné le recrutement d'un nombre important de femmes. Enfin, en 1998 sont supprimés les quotas limitant l'accès des femmes à certains postes<sup>33</sup>. Ces réformes ont permis aux femmes d'accéder à tous les niveaux de grades et d'exercer toutes les fonctions de l'armée. Désormais, l'armée française est l'une des plus féminisées du monde. Le taux de féminisation des militaires s'élevait à 15,3% en 2016<sup>34</sup>.

Ensuite, la multiplication des opérations extérieures a également participé à l'évolution. Les OPEX peuvent être définies comme des engagements de forces militaires projetées hors du territoire national, sur un théâtre de crise ou de conflit<sup>35</sup>. Or, ces dernières années, la France n'a cessé de multiplier les interventions sur des théâtres extérieurs. Depuis 1995, les armées françaises ont été engagées dans environ 106 opérations menées à l'extérieur des frontières nationales<sup>36</sup>. Les opérations récentes sont Harmattan (Libye, 2011), Serval (Mali, 2013), Sangaris (République

---

30 Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national

31 Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

32 Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national

33 Décret n° 98-86 du 16 février 1998 modifiant divers décrets portant statuts particuliers de certains corps d'officiers et de sous-officiers et officiers marinières des armées, de la gendarmerie et de la délégation générale pour l'armement

34 <https://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/ressources-humaines/bilan-social>

35 BONIFACE (P.), « Les opérations militaires extérieures », *Pouvoirs*, vol. 125, n° 2, 2008, p. 55

36 <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/defense/operations-militaires-exterieures-france-opex.html>



centrafricaine, 2013), Barkhane (Sahel, 2014) ou Chammal (Irak, Syrie, 2014). Enfin, en réaction aux attaques chimiques de Douma, l'opération Hamilton a été lancée en Syrie le 13 avril 2018. Cette opération s'est concrétisée par une attaque aérienne lancée conjointement par la France, les États-Unis et le Royaume-Uni contre des installations du régime de Bachar El-Assad.

Également l'apparition de techniques nouvelles au sein de l'armée a participé à son évolution. En effet, ces dernières développent la connaissance et l'information, ce qui a participé à l'émergence d'un esprit critique au sein des armées. Les militaires ont alors souhaité manifester certaines revendications.

Cette évolution a alors été prise en compte par le droit. En effet, il est apparu que le droit militaire n'était plus adapté au contexte contemporain. Ainsi, le régime juridique des militaires n'a cessé d'évoluer depuis la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Cette évolution se traduit par un rapprochement significatif avec le droit commun. En effet, progressivement les règles dérogatoires applicables aux militaires disparaissent. Les militaires se voient alors de plus en plus soumis aux mêmes règles que n'importe quel citoyen. À titre d'illustration, le statut général de 1972 a reconnu par principe aux militaires l'ensemble des libertés et droits reconnus aux citoyens. Également, la justice militaire tend à s'effacer pour laisser place à l'application des dispositions générales du Code de procédure pénale. Ce n'est qu'à titre d'exception que s'appliquent des règles dérogatoires.

Cependant, la spécificité militaire n'a pas pour autant disparue et l'accomplissement de la mission des militaires nécessite toujours quelques particularités.

De plus l'armée doit faire face à de nouvelles problématiques.

Notamment, l'armée française intervient de plus en plus à l'étranger, dans le cadre des OPEX. Ces nouveaux conflits dans lesquels interviennent les militaires nécessitent des règles particulières pour encadrer l'action des militaires, d'autant que ces OPEX se sont largement multipliées ces dernières années. De plus, l'armée doit faire face à une menace immédiate que représente le terrorisme. Les militaires peuvent alors intervenir dans le cadre du plan Vigipirate et l'opération Sentinelle. Ces interventions ont alors pour conséquence d'augmenter le risque pénal pour les militaires, que ce soit en tant que victime ou auteur d'infraction.

Également, l'actualité est marquée par une recrudescence des violences commises à l'égard des forces de l'ordre. Tout d'abord, les militaires et les policiers sont devenus une cible privilégiée pour les terroristes. Notamment en mars 2012, juste avant l'attentat contre une école juive, Mohamed Merah avait assassiné trois militaires à Toulouse et à Montauban. Un an plus tard, le 25 mai 2013, un militaire en faction est agressé à coups de cutter à La Défense dans les Hauts-de-Seine par un homme radicalisé. Également, depuis la mise en place de l'opération Sentinelle, en 2015, ce sont les militaires déployés qui font l'objet d'attaques par des couteaux, des machettes ou des voitures. Ainsi, le 3 février 2015 à Nice, trois militaires sont agressés au couteau alors qu'ils sont en faction devant une synagogue. Plus récemment, le 10 avril 2015, à l'aéroport d'Orly, trois militaires ont été pris pour cible par un assaillant armé. Également, le 9 août 2017 à Levallois-Perret, un véhicule a percuté volontairement des militaires déployés. Les violences dont sont victimes les forces de sécurité ne relèvent cependant pas toutes d'un contexte terroriste. En effet, il apparaît que de simples malfaiteurs prennent de plus en plus pour cible les militaires et les policiers. D'après le registre statistique du ministère de l'Intérieur, près de 30 000 agressions contre des représentants de l'autorité ont été recensées en 2015, soit 2% de plus qu'en 2014<sup>37</sup>. Cela revient à 84 agressions par jour<sup>38</sup>. Jean Pradel affirmait « ces fonctionnaires sont, en effet, placés, en ces temps de forte criminalité et de violence, face à des malfaiteurs qui, hier encore, se contentaient de les injurier ou de caillasser leurs véhicules, et qui aujourd'hui n'hésitent plus à s'en prendre à leur personne par les procédés les plus barbares »<sup>39</sup>. Ainsi, les violences commises à l'égard des militaires s'aggravent tant par leur nombre que par leur gravité. À titre d'exemple, deux militaires ont été agressés le 30 janvier 2016 par une vingtaine de personnes en marge d'une manifestation à [Paris](#).

Le droit applicable aux militaires a alors continué à prendre en compte la spécificité militaire. Ainsi si un mouvement général tend à rapprocher le droit militaire du droit commun, des règles dérogatoires persistent. Mais également le droit a souhaité prendre en compte ces nouveaux éléments de contexte. Il apparaît alors, au fil des règles édictées que les militaires font l'objet d'une protection accrue. Ainsi, les militaires sont devenus des sujets de protection ciblée. Ils sont protégés en tant qu'auteur d'infraction, contre le risque de l'engagement de leur responsabilité, mais aussi en tant que victime d'infraction, contre les menaces et les violences dont ils peuvent faire l'objet.

Se pose alors la question de savoir si le droit militaire à vocation à disparaître. En effet, depuis quelques années, le droit militaire ne cesse d'évoluer et deux courants contradictoires s'opposent.

---

37 LECLERC (J.-M.), « 84 agressions par jour contre les forces de l'ordre », *Le Figaro* (en ligne), le 18 janvier 2016.

38 *Ibid.*

39 PRADEL (J.), « Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l'ordre », D. 2016, p.2525.

D'une part, le droit souhaite intégrer les militaires dans la Nation et effacer le particularisme dans les mesures du possible. D'autre part, le droit souhaite également conserver une part d'originalité et de particularité afin de prendre en compte les spécificités militaires.

Si le droit militaire semblait disparaître progressivement par l'atténuation des règles spécifiques applicables aux militaires (Partie I), il apparaît qu'en réalité ce ne soit pas le cas. En effet, la subsistance de particularités témoignent du maintien du droit militaire (Partie II).

**PREMIÈRE PARTIE – ATTÉNUATION DES SPÉCIFICITÉS DU  
DROIT MILITAIRE**

Longtemps, l'armée est apparue comme un État dans un État. Isolée du reste de la société, elle disposait de sa propre organisation et de son propre fonctionnement, mais également de ses propres règles, permettant d'assurer l'accomplissement de sa mission. Ainsi, les militaires étaient soumis à une législation différente de celle des autres citoyens. Le droit militaire se manifestait alors dans de nombreux domaines. Puis au fil des années, l'armée s'est ouverte à la société. Le droit commun s'est alors immiscé progressivement dans cette micro-société, provoquant de manière corrélative l'atténuation des spécificités du droit militaire. Il est possible de constater ce phénomène à plusieurs égards. Tout d'abord, il apparaît que les restrictions portées aux droits et libertés des militaires ont fait l'objet d'un recul graduel (Chapitre I). En effet, le législateur souhaitait mettre un terme au régime restrictif traditionnel pour reconnaître l'ensemble des droits et libertés aux militaires. Ainsi, désormais, l'article L4121-1 du Code de la défense dispose que « les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens ». Également, il apparaît que les dérogations relatives à la justice militaire ont disparu progressivement (Chapitre 2). Ainsi, désormais c'est la justice ordinaire qui tend à s'appliquer lorsqu'un militaire est mis en cause. Jean-Yves Le Drian a d'ailleurs affirmé qu'« il n'y avait plus de justice militaire en France »<sup>40</sup>. Ainsi, les spécificités du droit militaire tendent à disparaître et les militaires se voient donc appliquer progressivement les mêmes règles que les autres citoyens.

---

40 KREMPF (A.) « La justice militaire n'existe plus en France ? », *France info* (en ligne), 19 juin 2015

## **CHAPITRE I) REcul GRADUEL DES RESTRICTIONS AUX DROITS ET LIBERTÉS DES MILITAIRES**

Le droit applicable aux militaires présente une particularité. Il existe en effet un régime restrictif traditionnel des droits et des libertés (Section 1). Ainsi, l'exercice de ces droits et de ces libertés fait l'objet de limites, voire d'interdictions. Plusieurs raisons sont à l'origine de ces restrictions<sup>41</sup>. Tout d'abord, l'atteinte aux droits et libertés des militaires est justifiée par la mission de l'armée, qui est de préparer et d'assurer la défense du pays. Pour assurer l'exécution de cette mission, l'état militaire comporte des devoirs impératifs et impose des sacrifices aux militaires. De plus, les droits et libertés des militaires sont également restreints au nom de l'intérêt général. L'idée est alors d'assurer la sécurité de la société et de sauvegarder l'indépendance du pouvoir civil. Cependant, ces restrictions ont été remises en cause par l'évolution de la société et de l'armée<sup>42</sup> (Section 2). Les récentes réformes tendent alors à reconnaître l'ensemble des droits et des libertés aux militaires. Ainsi, le régime relatif à l'exercice des droits et des libertés applicable aux militaires tend à se rapprocher du droit commun.

### **SECTION 1) RÉGIME RESTRICTIF TRADITIONNEL**

Traditionnellement, le droit applicable aux militaires se caractérise par un régime restrictif des droits et des libertés. Ce régime tend, tout d'abord, à assurer l'indépendance du pouvoir civil et la sécurité de la société. En effet, du fait des circonstances historiques et notamment suite aux nombreux coups d'États auxquels l'armée a participé, il était craint que les militaires puissent à nouveau renverser le pouvoir mis en place. Également, pour assurer la prééminence du pouvoir civil sur le pouvoir militaire, il fallait ériger un obstacle à la participation des militaires dans les affaires de l'État. La solution adoptée a alors été de restreindre les droits et libertés publiques des militaires (I). Ce régime tend ensuite à assurer l'efficacité des armées pour qu'elles puissent au mieux accomplir leur mission. Ainsi, il est exigé des militaires disponibilité, loyauté, discipline et neutralité. Pour assurer le respect de ces obligations, la solution adoptée a été de restreindre les droits et libertés professionnels des militaires (II).

---

41 Cf. Introduction

42 *Ibid.*

## **I) Restrictions dans le domaine de la vie publique**

Ce sont en premier lieu les droits et les libertés relevant de la vie publique des militaires qui ont fait l'objet de limites. Il s'agit des droits et des libertés reconnus à tout citoyen français en tant que membre de la société. Sont ainsi concernés les droits politiques (A) et les libertés de l'esprit (B).

### **A) Restriction des droits politiques**

La restriction des droits politiques des militaires traduit la volonté de faire obstacle à l'implication de ces derniers dans le système politique français. Il est ainsi porté atteinte au droit de vote (1), au droit d'éligibilité (2) et au droit de créer et d'adhérer à un groupement politique (3).

#### 1- Atteinte au droit de vote

Le droit de vote des militaires a été fortement malmené depuis la Révolution française. Selon les époques et les régimes politiques, il a connu tantôt des périodes de libéralisation, tantôt des périodes de restriction.

Tout d'abord, la Révolution française constitue une période d'incertitude pour le droit de vote des militaires<sup>43</sup>.

Avec la Révolution française sont proclamés les principes d'égalité et de liberté. Les révolutionnaires souhaitent que tous les citoyens soient égaux en droit. Les militaires vont alors bénéficier de ce mouvement. En effet, en 1790, le Comité militaire de la Constituante fait du soldat un citoyen. Le soldat devient un citoyen actif. En tant que tel, les militaires ont le droit de participer au fonctionnement du jeu politique français. Ils acquièrent le droit de vote. Un problème s'est alors présenté en pratique quant au domicile à retenir pour permettre aux militaires de voter. En effet, le droit de vote était subordonné à la condition d'être domicilié dans le canton depuis un an<sup>44</sup>. Or, cela posait difficulté pour les militaires, ceux-ci étant mobiles du fait des mutations et des missions. Un décret du 28 février 1790<sup>45</sup> est alors venu résoudre cette question. Il dispose alors en son article 6

43 HERRY (J.-L.), *La fonction militaire*, éd. Berger-Levrault, 1976, p.149.

44 Décret du 22 décembre 1789 dans GALISSET (C.-M.), *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets et ordonnances... publiés depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Tome 1, éd. Blanchet éditeur, 1843, p.25.

45 Décret du 28 février 1790 sur la constitution militaire dans GALISSET (C.-M.), *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets et ordonnances... publiés depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Tome 1, éd. Blanchet éditeur, 1843,

« tout militaire en activité conserve son domicile, nonobstant les absences nécessités par son service, et peut exercer les fonctions de citoyen actif s'il a d'ailleurs les qualités exigées par les décrets de l'Assemblée nationale, et si lors des assemblées où doivent se faire les élections, il n'est pas en garnison dans le canton où est situé son domicile ». Ainsi, les militaires conservaient leur domicile électoral, à condition qu'ils ne soient pas en garnison dans le canton où ils se situaient. Le droit de vote au lieu de la garnison était interdit car il était craint que les élections soient contrôlées par les officiers mais également que les militaires aient la main-mise sur les élections, leur vote étant en nombre supérieur à ceux des habitants. Cependant, ces dispositions ne permettaient pas encore l'exercice effectif du droit de vote pour les militaires. En effet, le militaire devait voter dans le canton où il résidait, mais il devait s'y présenter en personne, ce qui était rarement possible. De plus, le militaire en garnison à l'endroit où il résidait ne pouvait voter nulle part. Ainsi, ne pouvant voter sur les lieux où ils exerçaient leur fonction, les militaires jouissaient rarement de leur droit de vote. Prenant acte de ces obstacles en pratique, des dispositions ont été adoptées par la suite pour y remédier. Tout d'abord, la restriction relative à la garnison est supprimée en 1791 par décret du 20 juillet<sup>46</sup>. De plus, pour étendre le droit de vote, ce décret prévoit également que les droits du citoyen actif demeuraient acquis aux soldats ayant servis durant seize ans « sans interruption et sans reproche »<sup>47</sup>. Puis, cette faveur est étendue à tous les Français ayant participé à la « guerre de la liberté », et ce peu importe la durée du service<sup>48</sup>. Avec l'adoption de la Constitution de 1793<sup>49</sup>, est établie le suffrage universel. Elle reconnaît alors le droit de vote à tout Français ayant fait campagne pour la République. Le droit de vote des militaires a ainsi été favorisé sous la Révolution française, période pendant laquelle il n'a cessé de s'étendre. Cependant, ces faveurs accordées aux militaires furent de courte durée. En effet, la puissance des chefs militaires provoqua quelques inquiétudes. Leur influence de plus en plus importante imposait de prévenir l'usage qu'ils pourraient en faire. Les dispositions favorables sont donc révisées. Ainsi, en l'an V, les militaires sous les drapeaux ne peuvent prendre part au scrutin, à moins qu'ils ne soient en congés. Puis en l'an VI, une loi n'admet pas au vote les citoyens « appelés pour être mis en activité de service ». Ainsi, les militaires en activités sont exclus des élections.

La fin de la Révolution française est donc marquée par une accession au droit de vote limitée. Ces

---

p.40.

46 Décret du 20 février 1791 dans GALISSET (C.-M.), *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets et ordonnances... publiés depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Tome 1, éd. Blanchet éditeur, 1843 p.122.

47 *Ibid.*

48 Décret 5 août 1792 dans GALISSET (C.-M.), *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets et ordonnances... publiés depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Tome 1, éd. Blanchet éditeur, 1843 p.760.

49 Constitution française du 24 juin 1793



limites seront supprimées sous la IIème République<sup>50</sup>.

La IIème République manifeste la volonté de faire participer les militaires à la construction de la démocratie. Ainsi, un décret du 5 mars 1848<sup>51</sup> prévoit que « sont électeurs tous les Français de 21 ans, résidant dans la commune et non judiciairement privés ou suspendus de l'exercice des droits politiques ». Aucune allusion n'est faite au cas des militaires. Ils sont ainsi assimilés à l'ensemble des citoyens. Pour éviter les difficultés connues sous la Révolution française, une loi du 15 mars 1849<sup>52</sup> organisant le système électoral prévoit que « les militaires en activité de service et les hommes retenus pour le service des ports ou de la flotte, en vertu de leur immatriculation sur les rôles de l'inscription maritime, seront portés sur les listes des communes où ils étaient domiciliés avant leur départ ». De plus, est mis en place le vote au corps. Ainsi, la mobilité des militaires ne constitue plus un obstacle à l'exercice du droit de vote.

La IIème République est donc marquée par une accession pure et simple au droit de vote pour les militaires. Cependant, le droit de vote des militaires va connaître un recul pendant le Second empire<sup>53</sup>.

Louis-Napoléon Bonaparte, pour protéger son pouvoir, souhaite que l'armée en revienne à son rôle traditionnel, c'est-à-dire suivre passivement les instructions du gouvernement. Ainsi, est restreinte la participation des militaires aux affaires de l'État. Si le décret du 2 décembre 1851<sup>54</sup> confirme le principe de l'électorat des militaires, un décret du 2 février 1852<sup>55</sup> vient immédiatement en limiter la portée. Est supprimé le vote au corps. Les militaires ne peuvent alors voter que lorsqu'ils sont présents au moment de l'élection dans la commune où ils sont inscrits.

Le Second empire a alors amorcé un recul des droits politiques pour les militaires. Ce mouvement sera poursuivi jusqu'à son apogée sous la IIIème République, qui sera marquée par la suppression pure et simple du droit de vote pour les militaires<sup>56</sup>.

La IIIème République est très marquée par les souvenirs de coups d'État auxquels l'armée a prêté

---

50 HERRY (J.-L.), *La fonction militaire*, éd. Berger-Levrault, 1976, p.150.

51 Décret du 5 mars 1848 portant suffrage universel masculin

52 Loi du 15 mars 1849 électorale, listes, collèges électoraux, électorat et éligibilité

53 HERRY (J.-L.), *La fonction militaire*, éd. Berger-Levrault, 1976, p. 154.

54 Décret du 2 décembre 1851, acte fondateur du coup d'État

55 Décret du 2 février 1852 organique pour l'élection des députés au corps

56 *Ibid.* p.155.

main forte. Il est alors craint une nouvelle invasion de l'armée dans les activités de l'État. Il est souhaité de cantonner l'armée dans son rôle technique. Est alors appliqué un régime de neutralisation politique des militaires. Ces derniers sont ainsi cantonnés dans leur activité de soldat et sont coupés de la vie politique. L'exercice du droit de vote est donc suspendu pour les militaires en activité de service. La loi du 27 juillet 1872<sup>57</sup> prévoit en effet que « les hommes sous les drapeaux ne prennent part à aucun vote ». Cette disposition sera reprise par la nouvelle législation électorale de 1875<sup>58</sup>. Une seule exception est accordée aux officiers en non-activité, en disponibilité ou en congés.

## 2- Atteinte au droit d'éligibilité

Dès la Révolution française des cas d'inéligibilité et d'incompatibilité étaient prévus, visant à restreindre le droit d'éligibilité des militaires. À titre d'illustration, l'article 3 de la loi du 23 mars 1797 interdisait aux militaires de continuer « l'exercice des fonctions militaires (...) tant que dur(ait) leur qualité de législateur ».

La II<sup>ème</sup> République a largement favorisé l'exercice des droits politiques par les militaires. Ainsi pendant cette période, il a été déterminé le principe de l'éligibilité des militaires dans les mêmes conditions que les autres citoyens. Une seule exception venait limiter ce principe. En effet, il était prévu une incompatibilité relative pour les officiers généraux exerçant un commandement territorial. Ceux-ci ne pouvaient avoir de mandat que dans les départements autres que celui où ils exerçaient en tout ou partie leur commandement.

Puis, sous le Second Empire, l'article 30 du décret du 2 février 1852<sup>59</sup> interdisait aux officiers généraux commandant les divisions militaires d'être élus « dans tout ou partie de leur ressort, pendant les six mois qui suivraient leur destitution, leur démission ou tout autre changement de leur position ». De plus, selon la loi du 5 mai 1855, étaient incompatibles « les fonctions de conseiller municipal avec celles (...) de militaire ou employé des armées de terre et de mer en activité de service ».

Puis la III<sup>ème</sup> République est venue fortement restreindre le droit d'éligibilité des militaires, jusqu'à le supprimer presque totalement. Cette interdiction d'exercer un mandat électoral pour les militaires

---

57 Loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée

58 Loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés

59 Décret du 2 février 1852 organique pour l'élection des députés au corps législatif

s'est installée progressivement. Tout d'abord, il a été interdit aux militaires de se présenter aux élections des membres du Parlement. En effet, en 1875<sup>60</sup> les militaires deviennent inéligibles à la Chambre des députés et en 1884<sup>61</sup> cette disposition est étendue au Sénat. Ensuite, en 1885 il devient interdit aux militaires de se présenter aux élections locales. En effet, la loi du 5 mars applique le principe d'inéligibilité des militaires aux conseils municipaux et la loi du 23 juillet étend ce principe aux conseils généraux et aux conseils d'arrondissement. Ainsi, à la fin de la IIIème République, seule une candidature reste ouverte aux militaires : celle de président de la République.

### 3- Atteinte au droit de créer et d'adhérer à un groupement politique

Il est interdit aux militaires de créer ou d'adhérer à un groupement politique. Cette interdiction est justifiée tout d'abord par la volonté d'assurer la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil et par la mise en œuvre du principe de neutralité du service public.

Sous la IIIème République, le principe de neutralisation politique impliquait cette interdiction, garantissant l'allégeance des militaires aux titulaires du pouvoir exécutif. Cette interdiction sera conservée par tous les systèmes politiques suivants, et cela même sous la Vème République. En effet, le règlement de discipline général de 1966<sup>62</sup>, repris par celui de 1975<sup>63</sup>, dispose que « l'existence de groupements professionnels militaires, à caractère syndical, ainsi que l'adhésion des militaires en activité à des groupements constitués pour soutenir des revendications d'ordre professionnel ou politique, sont incompatibles avec les règles propres à la discipline militaire ».

Ainsi, le droit de créer et d'adhérer à un groupement politique était tout simplement interdit pour les militaires. Ce principe ne connaissait aucune exception.

Maintenant que l'atteinte aux droits politiques a été abordée, il convient d'étudier la restriction des libertés de l'esprit.

## **B) Restriction des libertés de l'esprit**

La restriction portée aux libertés de l'esprit des militaires traduit la volonté d'assurer la cohésion et

60 Loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés

61 Loi du 9 décembre 1884 portant modification aux lois organiques sur l'organisation du Sénat et les élections de sénateurs.

62 Règlement de discipline générale du 1er octobre 1966

63 Règlement de discipline générale du 28 juillet 1975

l'obéissance des militaires. Il est ainsi porté atteinte à la liberté d'opinion (1), à la liberté d'expression (2) et à la liberté d'information (3).

### 1- Atteinte à la liberté d'opinion

Très tôt, les militaires se sont vus reconnaître la liberté d'opinion, qui consiste en la liberté d'adhérer aux opinions de son choix, politiques, philosophiques ou religieuses.

En effet, ce principe a été consacré par la DDHC de 1789<sup>64</sup> et par la Constitution de 1946 en son préambule<sup>65</sup>. Celui-ci disposait alors que « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions et de ses croyances ». La liberté d'opinion a été rappelée plus particulièrement dans le statut général des fonctionnaires de 1946<sup>66</sup> et de 1959<sup>67</sup>. Les statuts prévoient en effet que les dossiers individuels contenant toutes les pièces intéressant la situation administrative des fonctionnaires ne peuvent faire aucune mention de leurs opinions politiques, philosophiques ou religieuses. Cette liberté est applicable dès le recrutement dans la fonction publique et se traduit alors par l'interdiction de mesures discriminatoires pour raisons des opinions. Ainsi, « les convictions politiques ou religieuses des fonctionnaires ne peuvent constituer un fondement à une mesure disciplinaire, ni un obstacle à un déroulement normal de carrière conditionné par l'avancement »<sup>68</sup>. Le régime de la liberté d'opinion est le même pour tous les fonctionnaires, y compris pour les militaires. Ainsi, aucune exception n'est prévue pour les militaires. D'ailleurs, une circulaire en date du 13 mai 1948 relative à la politique dans l'armée prévoit que « tout militaire quel que soit son grade a droit au respect de ses opinions et nul ne peut être puni ou mal noté en raisons de ses idées »<sup>69</sup>. Cette liberté sera alors reprise dans le statut général de 1972 « tout militaire est libre de ses opinions ou croyances philosophiques, religieuses ou politiques »<sup>70</sup>.

Ainsi, le régime relatif à la liberté d'opinion apparaît libéral. Cependant, des limites sont apparues à l'exercice de la liberté d'opinion pour les militaires. En effet, une discrimination fondée sur les opinions était manifeste dans les faits. Le gouvernement souhaitait pouvoir contrôler les opinions de

---

64 Art. 10 de la DDHC du 26 août 1789

65 Art. 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

66 Art. 16 de la loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires

67 Art. 13 de l'ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires

68 HERRY (J.-L.), *La fonction militaire*, éd. Berger-Levrault, 1976, p. 184.

69 Circulaire ministérielle du 13 mai 1948 relative aux règles à suivre concernant la politique dans l'armée

70 Art. 7 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

ses agents. Les opinions des militaires sont alors devenues un critère pris en compte notamment pour le déroulement de leur carrière, l'attribution de commandements importants et la nomination à des fonctions essentielles. De plus, le ministre des Armées disposait en fait de nombreuses mesures discrétionnaires pour neutraliser l'influence ou l'action des cadres aux opinions non appréciées favorablement. Ce phénomène a pu être illustré par « l'affaire des fiches » survenue sous la III<sup>ème</sup> République. À cette époque, il y avait une méfiance vis-à-vis de l'armée, considérée en opposition avec le pouvoir en place. Le ministre de la Guerre de l'époque, le général André, a alors décidé de faire rédiger des fiches de renseignements sur les opinions religieuses et politiques des officiers de l'armée. Ce système de fichage a eu pour effet de bloquer l'avancement de certains officiers jugés trop conservateurs et proches de l'Église. Il a favorisé par ailleurs la promotion d'officiers républicains, athées et laïcs. Plus de 20 000 militaires ont été fichés<sup>71</sup>. Cette affaire a été dévoilée en octobre 1904 par la presse provoquant un scandale.

## 2- Atteinte à la liberté d'expression

Le régime relatif à l'exercice de la liberté d'expression par les militaires a connu une évolution.

Dès 1877, cette liberté est restreinte. En effet, un régime d'autorisation préalable par le ministre est imposé. Ainsi, une circulaire prévoit que « l'autorisation préalable du ministre s'applique à tout écrit, soit imprimé, soit autographié, et en cas de réimpression, à toute nouvelle édition »<sup>72</sup>. Cette disposition est confirmée par un décret en date du 20 octobre 1892 qui dispose qu'« est également réputé faute contre la discipline la publication sans autorisation spéciale du ministre de la Guerre, d'un écrit quel qu'il soit, même sous un pseudonyme, ou d'édition modifiée d'un ouvrage dont la publication a été préalablement autorisée »<sup>73</sup>. Ce régime va ensuite se libéraliser quelque peu en 1910. En effet, un décret de mai dispose que « les officiers peuvent sous leur signature et sous leur responsabilité, publier des écrits »<sup>74</sup>. Le contrôle préalable du ministre est supprimé au profit d'un contrôle a posteriori. Le contrôle effectué après la publication est très étendu. En effet, le décret prévoit que « quelle que soit la nature et la forme de ces publications, l'autorité militaire conserve tout pouvoir d'appréciation et de sanction vis-à-vis des auteurs dont les écrits seraient jugés préjudiciables à la discipline, à l'esprit militaire ou aux intérêts du pays »<sup>75</sup>. Cependant, bien que ce contrôle soit étendu, cela laisse une plus large autonomie d'expression aux militaires, qui peuvent

71 DIGNAT (A.), « 4 novembre 1904 ; L'affaire des fiches », *Hérodote* (en ligne), 11 mars 2018.

72 Circulaire du 21 janvier 1877

73 Décret du 20 octobre 1892 portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie

74 Art. 76 du décret du 25 mai 1910 portant règlement sur le service intérieur des corps de troupe

75 *Ibid.*

publier librement.

Mais ce libéralisme est de courte durée. En effet, un décret du 14 mai 1912 a eu pour effet de restreindre davantage la liberté d'expression. Ce décret prévoit que les pouvoirs d'appréciation et de sanction, jusqu'alors exercés par le ministre, sont dévolus aux chefs de corps. Le ministre conserve seulement le contrôle hiérarchique des décisions prises par ces derniers. Ces dispositions ont alors un effet pervers : ces autorités militaires n'ayant pas nécessairement tous les éléments pour assurer une appréciation objective et leur propre responsabilité pouvant être engagée sur un plan hiérarchique, celles-ci préfèrent être très strictes dans leur appréciation. Les publications des militaires sont donc jugées très souvent non conformistes.

Ce système va prendre fin avec les règlements du service dans l'armée de 1924<sup>76</sup> et de 1936<sup>77</sup> qui réinstaurent l'autorisation préalable du ministre. Le régime d'autorisation préalable est alors très strict pour les militaires. Tout d'abord, le domaine relevant du contrôle du ministre est particulièrement étendu. En effet, sont soumises à cette autorisation les prises de parole et les publications d'un écrit qui abordent tout sujet pouvant donner lieu à des controverses d'ordre militaire, politique ou religieux. Sont donc concernés notamment, au regard des textes réglementaires, les écrits et les discours sur la première et la deuxième guerres mondiales, et toute opération militaire française postérieure, les puissances et armées étrangères, les questions d'actualité portant sur la politique générale, militaire, navale, aérienne et coloniale, les problèmes de défense nationale, les questions mettant en cause des personnalités contemporaines et les questions de nature à susciter des controverses d'ordre politique ou religieux. De plus, le pouvoir d'appréciation du ministre est très large, d'autant qu'un refus d'autorisation n'a pas à être motivé. En cas de refus, aucun recours n'est ouvert au demandeur. De plus, le ministre n'est pas le seul à disposer d'un pouvoir de contrôle. En effet, un décret de 1933 prévoit que « les autorités militaires ont tout pouvoir d'appréciation et de sanction vis-à-vis de leurs subordonnés dont ils jugeraient les écrits préjudiciables à la discipline »<sup>78</sup>. Les militaires doivent également s'abstenir de mentionner dans leur écrits les fonctions qu'ils ont occupées ou le service auquel ils appartiennent<sup>79</sup>. Les contrevenants s'exposent alors à des sanctions graves, tant sur le plan disciplinaire que pénal.

La liberté d'expression est donc fortement réduite. Il existe cependant quelques exceptions. Tout

---

76 Règlement du service dans l'armée de 1924

77 Règlement du service dans l'armée de 1936

78 Décret du 1er avril 1933 portant règlement du service dans l'armée

79 *Ibid.*

d'abord, pour les militaires qui, en période électorale, sont candidats, il leur est possible durant leur campagne de mentionner leurs fonctions sans autorisation<sup>80</sup>. Cette liberté n'est cependant accordée que durant les quinze jours précédents les élections. Également, une circulaire en date du 21 juin 1906 est venue accorder le droit de réponse sans autorisation préalable aux officiers diffamés par voie de presse. Le libre exercice du droit de réponse est également reconnu sans autorisation, par une circulaire en date du 28 avril 1948, si des activités privées sont visées. De plus, il est prévu que dans l'hypothèse où « sont mis en cause l'honneur et la considération des personnes diffamées, en raison de leurs qualités ou à l'occasion de leurs fonctions » le droit de réponse peut s'exercer concurremment avec l'autorité militaire, mais dans tels cas les intéressés sont tenus de faire connaître leurs intentions<sup>81</sup>.

### 3- Atteinte à la liberté d'information

L'article 8 du statut général de 1972 interdit de lire toute publication, quelle qu'en soit la forme, pouvant nuire au moral ou à la discipline de l'armée<sup>82</sup>. Ainsi, est interdite la circulation dans les enceintes militaires de tracts, pamphlets, journaux, livres tombant sous le coup de cet article. Cette disposition visait à préserver la cohésion entre les militaires et à éviter des sources de discussions ou de divisions et à maintenir la neutralité politique de l'armée. La notion de « moral de l'armée » est laissée à l'appréciation du ministre ou de l'autorité militaire habilitée.

Si les droits et libertés sont restreints dans le domaine de la vie publique, il en est de même pour les droits et libertés relevant de la vie professionnelle.

## **II) Restrictions dans le domaine de la vie professionnelle**

Ce sont ensuite les droits et les libertés relevant de la vie professionnelle des militaires qui ont fait l'objet de limites. Sont ainsi concernés la liberté d'association, la liberté syndicale et le droit de grève. Ainsi, si ces droits ont été reconnus aux fonctionnaires (A), les militaires font l'objet d'une exception (B).

### **A) Droits progressivement reconnus aux fonctionnaires**

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Circulaire du 28 avril 1948

<sup>82</sup> Art. 8 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

Petit à petit, les fonctionnaires se sont vus reconnaître la liberté d'association, la liberté syndicale et le droit de grève.

Tout d'abord, il a été reconnu aux fonctionnaires le droit de se grouper. À l'origine, l'exercice de la liberté d'association et de la liberté syndicale était interdit aux fonctionnaires. En effet, la loi du 21 mars 1884<sup>83</sup> met fin à l'interdiction d'association syndicale et autorise pour la première fois en France les syndicats. Ainsi est reconnu le caractère légal des groupements professionnels dont l'objet est la défense des intérêts de leurs adhérents. Mais ce droit est cependant refusé aux fonctionnaires. Cette interdiction a plusieurs fondements. Tout d'abord, il est considéré que le fonctionnaire en tant qu'agent de l'État n'a pas d'intérêt à obtenir ces droits. En effet, le fonctionnaire consacre ses activités à l'État qui en contrepartie se doit de lui assurer une situation et des conditions de travail satisfaisantes. Le statut de fonctionnaire apparaît donc suffisamment protecteur. De plus, les fonctionnaires, se trouvant dans une situation « statutaire et réglementaire » et non dans une position contractuelle d'employeur à employé, n'ont pas à débattre des conditions de travail. Également, il est considéré que le fonctionnaire ne peut s'opposer à l'État. En effet ce dernier est placé dans une situation de subordination vis-à-vis des pouvoirs publics. Le fonctionnaire ne peut donc constituer des groupements dont l'objectif est de défendre des intérêts professionnels alors que le fondement même de la fonction publique est de prendre en charge l'intérêt général. Enfin, la nécessité de continuité du service public tend à exclure le droit syndical et le droit de grève. Le régime apparaît donc très restrictif pour les fonctionnaires. Cependant une première brèche va apparaître avec la loi de 1901<sup>84</sup> proclamant la liberté d'association puisque cette liberté est également reconnue aux fonctionnaires. Ainsi, les fonctionnaires peuvent se réunir dans un intérêt commun. Puis, ce mouvement de libéralisation va se poursuivre avec le statut général de la fonction publique de 1946 qui reconnaît la liberté syndicale aux fonctionnaires<sup>85</sup>. Cette liberté découle de la Constitution de 1946 qui dispose en son préambule que « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix »<sup>86</sup>. Ainsi, en application de ce principe, les agents de la fonction publique peuvent en toute liberté adhérer à un syndicat dont le rôle est d'assurer la défense de leurs intérêts professionnels.

Enfin, le droit de grève a été reconnu aux fonctionnaires. Longtemps considérée comme contraire à l'intérêt général, la grève est devenue une manifestation entrée dans les mœurs françaises. Le droit

---

83 Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels

84 Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

85 Art. 6 de la loi n° 46-2 294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires

86 Art. 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946



de grève découle de la Constitution de 1946<sup>87</sup>. Ce droit est repris par l'article 10 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose que « les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent »<sup>88</sup>. Ainsi, les fonctionnaires peuvent cesser leur activité en vue d'appuyer des revendications professionnelles. L'exercice du droit de grève est cependant soumis à un préavis<sup>89</sup>.

Maintenant que la situation des fonctionnaires a été précisée, il convient d'aborder celles des militaires.

## **B) Régime dérogatoire applicable aux militaires**

Les militaires, pourtant fonctionnaires, n'ont pu bénéficier des réformes reconnaissant à ces derniers la liberté d'association, la liberté syndicale et le droit de grève. Le secteur de l'armée déroge alors au régime de droit commun applicable aux fonctionnaires.

Premièrement, le droit des militaires de se grouper fait l'objet de restrictions importantes. Il existe en réalité une crainte de voir reconnaître aux militaires un tel droit. En effet, un groupement permet la puissance du nombre et constitue ainsi une nouvelle forme de pouvoir. Reconnaître le droit de se grouper aux militaires apparaît comme dangereux pour le pouvoir civil et également contraire à la discipline militaire.

Ainsi, s'agissant de la liberté d'association, celle-ci est reconnue aux militaires mais son exercice fait l'objet de limites. La liberté d'association a été proclamée par la loi de 1901 et a été reconnue aux fonctionnaires. Si le régime est le même pour tous les agents de l'État, il existe cependant une exception concernant les militaires. En effet, ceux-ci peuvent adhérer à une association à condition d'avoir obtenue préalablement l'autorisation du ministre<sup>90</sup>.

Ensuite, s'agissant de la liberté syndicale, celle-ci est purement et simplement interdite aux militaires. La liberté syndicale est une liberté fondamentale protégée tant par le droit interne français que par de nombreuses normes internationales. Notamment, l'article 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par

---

87 Art. 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

88 Art. 10 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

89 Art. L2512-2 du Code du travail

90 Art. 58 du décret n°66-749 du 1 octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées

l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix »<sup>91</sup>. C'est donc une protection constitutionnelle qui est assurée à cette liberté. Pourtant l'exclusion du bénéfice de cette liberté pour les membres des forces armées françaises est bien établie. Dès 1949, le Conseil d'État considère « que la notion de syndicat professionnel, telle qu'elle résulte des dispositions législatives qui ont institué pour les travailleurs le droit de se syndiquer, est incompatible avec les règles propres à la discipline militaire ; que cette incompatibilité a pour conséquence d'interdire aux militaires en activité de former des syndicats professionnels ou d'adhérer à des groupements syndicaux »<sup>92</sup>. À cette époque, il n'existait pas de texte législatif permettant de fonder cette décision. Ainsi, il s'agissait d'un principe de fait. Puis, cette interdiction a été traduite dans les textes. En effet, l'article 58 du règlement de discipline général de 1966 dispose que « l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical, ainsi que l'adhésion des militaires en activité à des groupements constitués pour soutenir des revendications d'ordre professionnel ou politique sont incompatibles avec les règles propres à la discipline militaire »<sup>93</sup>. Cette disposition a été reprise par l'article 10 du statut général de 1972<sup>94</sup>. L'interdiction pour les militaires de créer et d'adhérer à des syndicats est donc bien établi en droit interne français. Il en est de même en droit européen. En effet, si la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît « à toute personne » le droit à la liberté de réunion et d'association, « y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »<sup>95</sup>, l'alinéa 2 de l'article 11 vient en limiter la portée. La Convention prévoit alors « le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État »<sup>96</sup>.

S'agissant du droit de grève, celui-ci est également purement et simplement interdit aux militaires. En effet, le droit de grève a été reconnu aux fonctionnaires. Cependant, des dispositions légales particulières ont privé du droit de grève cinq catégories de personnels. Sont concernés les personnels de la police nationale et les membres des compagnies républicaines de sécurité, les magistrats judiciaires, les militaires, les personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire et les personnels des transmissions du ministère de l'Intérieur. Ces dérogations sont imposées dans des secteurs où la cessation d'activité est considérée comme particulièrement grave de conséquences. Ainsi les militaires ne disposent pas du droit du grève en raison de l'importance de

---

91 Art.6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

92 Avis consultatif, CE, 21 juin 1949

93 Art.58 du décret n°66-749 du 1 octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées

94 Art.10 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

95 Art.11, al. 1er de la CESDH de 1950

96 Art.11, al. 2 de la CESDH de 1950

leur mission : défendre le pays. Cette interdiction a été reprise dans le statut général de 1972 qui dispose que « l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire »<sup>97</sup>.

Ainsi, pendant longtemps le droit militaire a imposé aux membres des forces armées des restrictions relatives à l'ensemble des droits et libertés reconnus aux autres citoyens. Ces dispositions particulières témoignaient de l'existence d'un droit spécial applicable aux militaires. Cependant ces atteintes aux droits et libertés des militaires ont été remises en cause. Ainsi, progressivement, les limites et les interdictions imposées aux militaires disparaissent.

## **SECTION 2) REMISE EN CAUSE CONTEMPORAINE**

Récemment, les restrictions portées aux droits et libertés des militaires ont été remises en cause. En effet, l'évolution de la société et de l'armée ont rendu difficilement justifiable le maintien des règles dérogatoires en la matière. Notamment, ce régime était incompatible avec le libéralisme, issu du régime démocratique, qui impose la reconnaissance de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux à tout citoyen. S'est également manifestée la volonté d'intégrer les militaires dans la société, or ces restrictions participaient à leur isolement. Puis l'armée a également été réformée et s'est modernisée. Ces restrictions sont alors apparues surannées et inadaptées au contexte contemporain. Prenant acte de ces changements, le législateur a modifié le droit applicable aux militaires pour leur reconnaître de nouveaux droits et libertés. Les militaires ont alors pu accéder aux droits et libertés relevant de la vie publique (I). Également, bien que les droits et libertés relevant de la vie professionnelle fassent toujours l'objet de restrictions importantes, il apparaît que le régime tend à s'assouplir (II).

### **I) Émergence de droits et libertés dans le domaine de la vie publique**

Dans un souci d'intégrer les militaires à la Nation et de les faire participer à la vie de la cité, le législateur a souhaité mettre un terme aux restrictions qui leur étaient imposées concernant les droits et libertés relevant de la vie publique. Ainsi, les militaires ont progressivement obtenu les droits politiques (A), puis ils ont ensuite accédé aux libertés de l'esprit (B).

#### **A) Accession aux droits politiques**

---

<sup>97</sup> Art. 11 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

Ce sont tout d'abord les droits politiques qui ont été reconnus aux militaires, afin de leur permettre de participer à la vie de la cité. Désormais, le droit de vote et le droit d'éligibilité leur sont donc définitivement reconnus (1). Également, si les militaires ne peuvent toujours pas adhérer à un groupement politique, cette interdiction est aujourd'hui remise en cause (2).

### 1- Reconnaissance définitive du droit de vote et du droit d'éligibilité

La période d'après-guerre est l'occasion de rétablir les droits et libertés fondamentaux. Ainsi, les militaires voient leurs droits politiques reconnus : le droit de vote et le droit d'éligibilité leur sont définitivement admis.

Les militaires obtiennent le droit de vote en 1945 par une ordonnance du 17 août<sup>98</sup>. Sur le principe du suffrage universel, l'article 1 de l'ordonnance précise que l'ensemble des militaires « sont électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens ». Les militaires sont alors soumis au régime de droit commun. Ainsi ce sont les mêmes conditions et les mêmes incapacités qui s'appliquent. Au-delà de la simple reconnaissance du droit de vote, des mesures vont être prises pour favoriser l'exercice de ce droit pour les militaires. Ainsi, un décret du 1er octobre 1956<sup>99</sup> instaure la procédure du vote par procuration pour les militaires stationnés dans les territoires éloignés de la métropole. Cette disposition sera étendue par une ordonnance du 17 octobre 1958, qui ouvre plus largement cette procédure « aux militaires et fonctionnaires stationnés ou en fonction hors du territoire métropolitain »<sup>100</sup>. Également il est prévu, lorsque les conditions de vote par procuration ne sont pas réunies, une procédure de vote par correspondance<sup>101</sup>.

Les militaires obtiennent également le droit d'éligibilité par l'ordonnance du 17 août 1945<sup>102</sup>. Cependant un aménagement est prévu par l'article 2 de cette ordonnance. Ce dernier dispose en effet que « les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont éligibles dans les mêmes conditions que les autres citoyens, sous réserve des incompatibilités ou inéligibilités définies par les articles ci-après »<sup>103</sup>. Ainsi, des incompatibilités et des inéligibilités spécifiques aux militaires subsistent. Ainsi

---

98 Ordonnance n°45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires

99 Décret n° 56-381 du 1er octobre 1956 portant Code électoral

100 Art. 2 de l'ordonnance n° 58-977 du 17 octobre 1958 relative à l'utilisation du vote par procuration ou par correspondance pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale

101 *Ibid.*

102 Art. 2 de l'ordonnance n°45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires

103 *Ibid.*

à titre d'exemple, en application des dispositions de l'article L. 231 du Code électoral<sup>104</sup>, une règle d'inéligibilité s'impose aux officiers des armées et de la gendarmerie. En effet, ceux-ci ne peuvent être élus conseillers municipaux dans toutes les communes comprises dans le ressort du commandement territorial qu'ils exercent ou qu'ils ont exercé depuis moins de six mois. Également, en vertu de l'article L46 du Code électoral<sup>105</sup>, sont incompatibles les fonctions de militaire de carrière avec un mandat de membre du Parlement, de conseiller général ou municipal. Si un militaire est élu en violation des cas d'incompatibilité et d'inéligibilité, la conséquence n'est pas la nullité de l'élection. En revanche, une option obligatoire pèse sur le nouvel élu qui devra faire le choix entre la conservation de son emploi et l'acceptation du mandat. Si aucun choix n'est notifié de la part du militaire dans un certain délai, ce dernier est alors réputé avoir renoncé à son mandat<sup>106</sup>.

Cette interdiction de cumul de fonctions avait pour conséquence de léser des initiatives éventuelles en matière d'éligibilité et des candidats potentiels préféreraient alors renoncer à leur tentative. Pour contrer cet effet, des dispositions complémentaires ont été adoptées afin de faciliter les candidatures et de permettre aux militaires de participer aux campagnes électorales. Ainsi, une circulaire du 13 novembre 1948 permettait, sur demande de l'intéressé, d'accorder un congé afin de pouvoir préparer activement son élection. Également la loi du 29 décembre 1954<sup>107</sup> avait créé une position nouvelle : le congé pour fonctions électives, qui permettait au nouvel élu de pouvoir se consacrer pleinement à son mandat. De plus, l'ordonnance du 23 décembre 1958<sup>108</sup> instituait une position hors cadre pour les membres des assemblées parlementaires. Puis, le statut général de 1972<sup>109</sup> a créé la position unique de service détaché. Ainsi, depuis 1972, les militaires qui sont élus et qui acceptent leur mandat sont placés en position de « service détaché ». Cette disposition a été reprise par l'article L. 4121-3 du Code de la défense. Cette position permet au militaire de continuer à figurer sur la liste d'ancienneté de son corps et à bénéficier des droits à l'avancement et à pension de retraite<sup>110</sup>. À l'issue de son mandat le militaire est réintégré de plein droit<sup>111</sup>.

---

104 Art. L231 du Code électoral

105 Art. L46 du Code électoral

106 Ces dispositions sont prévues par le code électoral. Les règles ne sont pas les mêmes selon les élections. Par exemple, pour l'élection de conseiller municipal, c'est l'article L237 qui s'applique. Dans ce cas, le délai d'option est de 10 jours. Pour l'élection de conseiller régional, c'est l'article L344 qui s'applique. Dans ce cas, le délai d'option est d'un mois.

107 Art. 1er de la loi n°54-1295 du 29 décembre 1954 portant congé spécial pour exercice de fonctions électives aux militaires

108 Art. 1er de l'ordonnance n° 58-1329 du 23 décembre 1958 relative à la situation " hors cadre " et à la position " spéciale hors cadre " des personnels militaires

109 Art. 9 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

110 Art. 54 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

111 *Ibid.*

Ces mesures constituent des garanties au mandat électoral. Ainsi, le militaire peut exercer son mandat sans que cela ait des conséquences néfastes sur sa carrière. Ce système révèle bien la réelle volonté du législateur de favoriser et faciliter l'exercice des droits politiques des militaires. De plus, une réforme est en vue. En effet, l'article 18 du projet de loi de programmation militaire 2019/2025<sup>112</sup> ouvre la possibilité pour les militaires d'accepter un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants tout en restant en position d'activité. Ce projet tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel en date du 28 novembre 2014<sup>113</sup> ayant jugé non conforme à la Constitution l'incompatibilité générale entre le statut de militaire en service et l'exercice d'un mandat de conseiller municipal. Le Conseil constitutionnel avait en effet estimé qu'en rendant incompatibles les fonctions de militaire de carrière ou assimilé avec le mandat de conseiller municipal, « le législateur a institué une incompatibilité qui n'est limitée ni en fonction du grade de la personne élue, ni en fonction des responsabilités exercées, ni en fonction du lieu d'exercice de ces responsabilités, ni en fonction de la taille des communes » et qu'« eu égard au nombre de mandats municipaux avec lesquels l'ensemble des fonctions de militaire de carrière ou assimilé sont ainsi rendues incompatibles, le législateur a institué une interdiction qui, par sa portée, excède manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élue contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ». Le 20 mars 2018, lors de l'examen en première lecture du projet de loi de programmation militaire, l'Assemblée nationale a adopté cette réforme. Le seuil a été élevé aux communes de moins de 9000 habitants. Cette réforme a ensuite été adoptée par le Sénat le 29 mai 2018. Ainsi les militaires pourront être élus conseillers municipaux sans avoir à choisir entre la conservation de leur emploi et l'acceptation de leur mandat. La ministre des Armées, Florence Parly, a d'ailleurs estimé que cette décision du Conseil constitutionnel donnait "une extraordinaire opportunité" de conférer aux militaires des droits nouveaux et "de ce fait de contribuer à renforcer le lien entre les armées et la Nation", y voyant "un immense progrès"<sup>114</sup>. Cette réforme va, une fois de plus, dans le sens d'une déspecialisation du droit militaire et la volonté d'intégrer les militaires dans la Nation.

## 2- Remise en cause de l'interdiction d'adhérer à des groupements politiques

Le régime des droits politiques applicable aux militaires semble alors libéral. Cependant, il existe encore une limite. En effet, il est toujours interdit aux militaires d'adhérer à des groupements

---

112 Projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, n°659, Assemblée nationale, déposé le 6 février 2018

113 Cons.const., 28 novembre 2014, n° 2014-432 QPC

114 « L'Assemblée autorise les militaires à devenir conseillers municipaux », *Europe 1* (en ligne), 23 mars 2018.

politiques. Le statut général de 1972 prévoit en effet qu'il est « interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique »<sup>115</sup>. Cette disposition a été reprise telle quelle dans le statut général de 2005<sup>116</sup>.

Cependant cette interdiction est remise en cause. Tout d'abord, cette interdiction n'est pas absolue puisqu'il existe un aménagement. En effet, le statut général de 1972 et celui de 2005 autorisent les militaires qui sont candidats aux élections à adhérer à un parti politique<sup>117</sup>. L'interdiction est alors suspendue pour la durée de la campagne électorale. La période de suspension est prolongée en cas d'élection et d'acceptation du mandat pour la durée du mandat<sup>118</sup>. De plus, cette interdiction fait aujourd'hui l'objet de nombreuses critiques. Plusieurs arguments sont alors avancés pour mettre fin à cette interdiction. Ainsi, certains soulèvent la contradiction des dispositions statutaires. Il est alors relevé qu'il ne peut y avoir une législation qui assure le droit de vote et le droit d'éligibilité, et une réglementation qui parallèlement fait obstacle à un aspect de ce même droit. Il est avancé également que cette interdiction porte atteinte au principe de l'égalité entre les citoyens. De plus, il s'agirait d'une garantie insuffisante de la neutralité politique des militaires. En effet, il serait naïf de penser que cette interdiction suffit pour maintenir à l'écart les militaires de toute question politique puisque cette interdiction ne peut, à elle seule, empêcher des sympathies et des attaches personnelles. D'autant que le regroupement au sein d'associations non politiques, telle celle des anciens combattants, permet en fait d'adhérer à des groupes qui participent à des manifestations politiques. Enfin, il est également soutenu que cette interdiction est incohérente. En effet, pour justifier cette interdiction, il a été mis en avant la fonction essentielle de l'armée qui est celle de défendre la collectivité et de maintenir l'ordre public. Cela impliquerait alors pour les militaires la nécessité d'être libre de tout engagement et d'être neutre politiquement. Pour autant, d'autres corps de l'État se trouvent dans une situation comparable, or l'interdiction ne leur est pas applicable. Par exemple, la liberté d'adhérer à un groupement politique n'est pas proclamée incompatible avec les fonctions de magistrats. Pourtant, l'impartialité étant une garantie de la justice, une neutralité politique pourrait leur être imposée. De plus la spécificité de la mission de maintien de l'ordre ne peut être avancé comme argument pour justifier cette interdiction dès lors que cette considération n'a pas été retenue pour les forces publiques civiles dont c'est le rôle essentiel. Au regard de ces arguments, le groupe de travail sur la citoyenneté des militaires du Conseil supérieur de la fonction militaire a alors proposé, en 2014, la possibilité pour les militaires d'adhérer à un parti politique sans y exercer des

---

115 Art. 9 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

116 Art. 5 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

117 Cf. note n° 115 et note n° 116

118 *Ibid.*

responsabilités<sup>119</sup>. Cependant cette proposition n'a, jusque-là, pas été reprise.

Si l'exercice des droits politiques a largement été ouvert aux militaires, il en est de même pour les libertés de l'esprit.

## **B) Accession aux libertés de l'esprit**

Ce sont ensuite les libertés de l'esprit qui ont été reconnues aux militaires afin de faciliter leur intégration dans la société et leur ouverture sur le monde. Ainsi, les militaires ont accédés à la liberté d'opinion, à la liberté d'expression et au droit à l'information (1). Cependant des limites subsistent pour assurer la mission de l'armée (2).

### 1- Libertés et droits reconnus en principe

Souhaitant mettre un terme aux restrictions des libertés publiques, le législateur a reconnu la liberté d'opinion, le droit à l'information et la liberté d'expression aux militaires.

Tout d'abord, la liberté d'opinion a été très tôt reconnue aux militaires. Elle est rappelée dans le statut général de 1972. Celui-ci dispose alors en son article 7 que « tout militaire est libre de ses opinions ou croyances philosophiques, religieuses ou politiques ». Cette disposition est reprise par le statut de 2005 à l'article 4.

Ensuite, la liberté d'expression a fait l'objet d'une véritable libéralisation. Tout d'abord, les dispositions statutaires de 1972 marquent dans leur principe un élargissement certain de la liberté d'expression puisque l'autorisation préalable du ministre a été ramenée à des limites raisonnables. Le statut général disposait en effet que « les militaires en activité de service doivent obtenir l'autorisation du ministre lorsqu'ils désirent évoquer publiquement des questions politiques ou mettant en cause une puissance étrangère ou une organisation internationale »<sup>120</sup>. Ainsi, le domaine de l'autorisation préalable était réduit à deux domaines particuliers. Quant aux questions politiques, il s'agissait d'assurer la neutralité de l'armée et également d'éviter des divergences de point de vue qui pourraient rendre plus difficile l'observation des règles de discipline et le loyalisme des forces armées. Quant aux questions relatives aux puissances étrangère et aux organisations internationales,

---

119 LAGNEAU (L.), « Faut-il autoriser les militaires à adhérer à un parti politique? », *Opex 360* (en ligne), 16 mai 2015

120 Art. 7 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires



il s'agissait d'éviter que des prises de positions personnelles de certains militaires n'aient des répercussions néfastes sur la politique extérieure du gouvernement. Également, une autorisation préalable pouvait être exigée pour les questions relevant des problèmes militaires<sup>121</sup>. Cependant, cette autorisation n'était pas systématique puisque le statut général de 1972 prévoyait qu'une « instruction ministérielle déterminera dans quelles conditions les militaires pourront, sans autorisation préalable, traiter publiquement de problèmes militaires non couverts par les exigences du secret »<sup>122</sup>. Enfin, le statut général de 2005<sup>123</sup> va poursuivre ce mouvement de libéralisation puisque le régime de l'autorisation préalable est abrogé. Il est en effet plus fait référence à l'exigence de l'obtention d'une autorisation. Les militaires peuvent donc désormais s'exprimer sans autorisation préalable dans le cadre de conférences, exposés ou articles de presse sur des sujets politiques ou des questions internationales militaires.

Enfin, la liberté d'information des militaires est également élargie notamment du fait de la suppression de l'interdiction de circulation de certaines publications dans les enceintes militaires<sup>124</sup>. Cette disposition était en fait apparue obsolète et n'avait plus qu'une portée relative. Elle apparaissait en effet comme « un reliquat de censure sans bénéfice réel »<sup>125</sup>. De plus, aujourd'hui les militaires peuvent sortir des casernes et ont accès aux moyens modernes de communication et d'information. Ainsi, ils peuvent se procurer aisément toute littérature, agréée ou non. L'application de cette interdiction était donc illusoire.

## 2- Subsistance de limites justifiée par les missions de l'armée

Les libertés d'opinion, d'expression et d'information ne sont pas des libertés absolues. Leur libre exercice est un principe. Des exceptions subsistent en vue d'assurer l'efficacité de la mission de l'armée et le respect de la discipline militaire.

L'obligation de réserve constitue la première limite. L'obligation de réserve est une notion familière de la fonction publique. Ainsi, tout agent public doit faire preuve de réserve et de mesure dans l'expression écrite et orale de ses opinions personnelles. Celle-ci a donc été logiquement transposée à la réglementation relative aux services relevant de la défense nationale. Ainsi, le statut général de

---

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*

123 Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

124 *Ibid.*

125 Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Denoix de Saint Marc, 29 octobre 2003, p.6.

1972 et celui de 2005 précisent que si les opinions et les croyances sont libres, celles-ci « ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire »<sup>126</sup>. Si l'obligation de réserve se justifie dans la fonction publique en raison de l'exigence de neutralité du service public, celle-ci est d'autant plus justifiée dans l'armée en raison de l'organisation hiérarchique et de la discipline exigée des militaires. Le devoir de réserve applicable aux militaires est alors de même nature que celui des fonctionnaires. Il s'applique à tous les moyens d'expression et s'applique pendant et hors du temps de service. Le manquement à l'obligation de réserve est apprécié au cas par cas. Ainsi, plusieurs critères seront donc pris en compte pour apprécier l'étendue de l'obligation de réserve du militaire, notamment le grade détenu, l'emploi occupé, l'éventuelle diffusion des déclarations, la forme des propos et les circonstances dans lesquelles les propos ont été exprimés. Ainsi, et à titre d'exemple, le 22 septembre 2017, le Conseil d'État<sup>127</sup> a admis la sanction disciplinaire adressée à un général pour manquement à l'obligation de réserve. Dans les faits, un général avait appelé à participer à une manifestation interdite par la préfecture contre la politique migratoire à Calais. Il y avait lui-même participé activement, sans être en service et portant une tenue civile. Cependant, il se prévalait de sa qualité d'officier général et des responsabilités exercées dans l'armée et avait pris la parole de façon virulente afin de critiquer l'action des pouvoirs publics et des forces de l'ordre. Il a alors été radié des cadres de l'armée pour manquement à l'obligation de réserve et de loyauté. Estimant cette sanction disproportionnée, le général a demandé au Conseil d'État de l'annuler. Le 22 septembre 2017, le Conseil d'État a rejeté sa demande, considérant que la sanction disciplinaire de radiation infligée à un général n'était pas disproportionnée en raison de la gravité des manquements à l'obligation de réserve et de loyauté.

De plus, les militaires sont soumis au secret de la défense nationale et au secret professionnel. Ainsi, ils doivent faire preuve de discrétion pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions<sup>128</sup>.

Tout d'abord, le militaire est soumis au secret de la défense nationale. La protection du secret de la défense nationale « a pour objectif d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation »<sup>129</sup>. Ces informations pourraient en effet constituer une cible majeure pour des individus cherchant à porter atteinte à l'État et à la société. Il est donc nécessaire d'en contrôler et limiter la

---

126 Art. 7 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires et art. 4 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

127 CE, 22 septembre 2017, n°404921, *M.K.*

128 Art. 18 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires et art. 4 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

129 <https://www.defense.gouv.fr/sga/le-ssa-en-action/droit-et-defense/secret-defense/secret-defense>

diffusion. Le Code pénal apporte une définition du secret de la défense nationale. Ainsi il dispose que « présentent un caractère de secret de la défense nationale [...] les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès »<sup>130</sup>. Au regard des risques que pourrait représenter la diffusion de telles informations, les peines prévues en cas de violation du secret de la défense nationale sont sévères. Ainsi, l'article 413-10 du Code pénal prévoit que le fait pour une personne dépositaire d'un secret de défense nationale de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, ou d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende<sup>131</sup>. Les mêmes peines sont encourues pour la personne dépositaire d'un secret de défense nationale d'avoir laissé une autre personne commettre l'infraction ci-dessus mentionnée<sup>132</sup>. Lorsque ces infractions sont commises par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende<sup>133</sup>.

Également, le militaire est soumis au secret professionnel. La protection du secret professionnel vise à crédibiliser une fonction mais également à protéger la vie privée. Ainsi, il ne doit pas divulguer les informations à caractère confidentiel dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions. La violation du secret professionnel est sanctionnée d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende<sup>134</sup>. Cependant, cette disposition n'est pas absolue puisqu'en plus des cas prévus par la loi<sup>135</sup>, les militaires peuvent demander une dérogation à leur autorité qui peut les délier de cette obligation par le biais d'une décision expresse<sup>136</sup>.

Enfin, les militaires sont soumis à la restriction de l'usage de moyens de communication et d'information. Si la liberté d'information s'est élargie, le statut de 2005 prévoit en effet que « l'usage de moyens de communication et d'information, quels qu'ils soient, peut être restreint ou interdit »<sup>137</sup>. Ainsi, les autorités militaires peuvent contrôler voire interdire l'accès des militaires aux moyens de communication et d'information. Cette disposition a pour fondement « d'assurer la protection des militaires en opération, l'exécution de leur mission ou la sécurité des activités militaires ».<sup>138</sup>

---

130 Art. 413-9 du Code pénal

131 Art. 413-10, al 1er du Code pénal

132 Art. 413-10, al 2 du Code pénal

133 Art. 413-10, al 3 du Code pénal

134 Art. 226-13 du Code pénal

135 Art. 226-14 du Code pénal

136 Art. 4 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

137 *Ibid.*

138 *Ibid.*

Ainsi, bien que certaines limites soient toujours imposées, les militaires peuvent désormais exercer l'ensemble des droits et libertés relevant de la vie publique. Concernant, les droits et libertés relevant de la vie professionnelle, s'ils ne sont pas reconnus en tant que tel aux militaires, les réformes récentes laissent apparaître une brèche à leur reconnaissance.

## **II) Vers une liberté d'association et une liberté syndicale**

Jusqu'à récemment, l'absence de reconnaissance de la liberté d'association et de la liberté syndicale aux militaires ne faisait l'objet d'aucune remise en question. Cependant, depuis quelques années, une évolution semble être en marche. Si cette restriction a en effet été largement critiquée en droit interne (A), elle a également été condamnée au niveau européen par la CEDH (B).

### **A) Interdiction critiquée en droit interne**

Un premier pas a été fait avec l'adoption du statut général de 1972. En effet, le droit d'adhésion des militaires aux associations relevant de la loi de 1901 s'est libéralisé. Avant, le régime en vigueur était contraignant puisqu'une autorisation ministérielle était exigée pour pouvoir participer à toute forme d'association. Le nouveau statut est alors venu assouplir cette exigence. Il prévoit en effet que les militaires peuvent adhérer librement à une association non politique sans démarche préalable<sup>139</sup>. Pour autant, s'ils sont en activité ils doivent rendre compte à l'autorité militaire des fonctions de responsabilité qu'ils y exercent<sup>140</sup>. Le ministre peut alors leur imposer d'abandonner les fonctions exercées au sein de l'association voir de démissionner du groupement<sup>141</sup>. Ainsi le libéralisme apparaît relatif. Cependant, le statut général de 2005 va revenir sur ces exigences. En effet, il dispose simplement qu'il est interdit aux militaires d'adhérer à des groupements ou à des associations à caractère politique ou à caractère professionnel. Ainsi, les militaires peuvent librement et sans réserve, adhérer à tout autre groupement.

Cependant, concernant la liberté syndicale et le droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels, le statut général de 1972 n'apporte aucune innovation. Ainsi, il dispose que « l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles

---

139 Art. 10 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

140 *Ibid.*

141 *Ibid.*

de la discipline militaire »<sup>142</sup>. De plus, il prévoit également que « l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire »<sup>143</sup>. Ces interdictions sont reprises par le statut général de 2005 à l'article 6<sup>144</sup>. Ces droits demeurent donc interdits pour les militaires.

Pour autant, l'interdiction de tout groupement professionnel apparaît au regard de l'évolution contemporaine comme une contrainte restrictive et pénalisante. De plus, elle participe à l'isolement des militaires par rapport aux autres secteurs de l'économie nationale et de la fonction publique. Deux arguments vont alors dans le sens de la reconnaissance de ce droit.

Tout d'abord, le droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels peut être justifié au regard des dispositions constitutionnelles. En effet, les dispositions constitutionnelles consacrent ce principe<sup>145</sup>. Ainsi, l'interdiction de tout groupement professionnel se traduit par l'absence de reconnaissance d'une liberté fondamentale aux militaires qui sont alors privés de défense collective de leurs droits. Le droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels pourrait alors être reconnu aux militaires, tout en prévoyant des aménagements. Notamment, l'exercice de ce droit pourrait être soumis au contrôle du gouvernement. Ce contrôle ne peut consister en une autorisation préalable puisque l'exercice d'une liberté publique n'a pas à être autorisé. Il pourrait donc consister en un contrôle a posteriori. Il serait donc possible de reconnaître ce droit aux militaires, et dès lors que l'exercice de ce droit porterait atteinte à la discipline militaire et compromettrait les missions de l'armée, le gouvernement pourrait appliquer des sanctions telle que la dissolution. Ensuite, la reconnaissance du droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels peut être justifié au regard de l'insuffisance des moyens de défense professionnelle pour les militaires. Ainsi, l'absence de toute forme de défense professionnelle dans les armées apparaît surannée au regard de l'évolution économique et sociale actuelle caractérisée par le développement des organisations professionnelles. De plus, l'Administration ne peut combler ce manque puisqu'elle n'a pas pour rôle de veiller à la défense des intérêts professionnels de ses agents.

Si l'interdiction absolue de la liberté syndicale et du droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels est critiquée en droit interne, elle a également été remise en cause au niveau européen.

---

142 Art. 10 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

143 Art. 11 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

144 Art. 6 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

145 Art. 6 et art. 7 du Préambule de la Constitution de 1946

## **B) Interdiction condamnée par la CEDH**

L'interdiction absolue de la liberté syndicale et du droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels imposée aux militaires a fait l'objet d'une condamnation par la CEDH (1). Le législateur français a donc dû réagir (2).

### 1- Intervention de la CEDH

Ainsi, jusqu'à récemment il n'y avait toujours pas de liberté syndicale et de droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels pour les militaires. Mais la France a fait l'objet d'une condamnation par la CEDH en 2014 qui l'a contrainte à revoir sa législation.

Deux arrêts sont à l'origine de cette condamnation, tous deux ayant été rendus le 2 octobre 2014. Il s'agit de l'arrêt *Matelly*<sup>146</sup> et de l'arrêt *Adefdromil*<sup>147</sup>. Dans le premier arrêt, un gendarme en activité avait fondé une association dénommée « Forum Gendarmes et Citoyens ». Sa hiérarchie, considérant que l'association présentait les caractéristiques d'un groupement professionnel à caractère syndical, lui donna l'ordre, ainsi qu'aux autres gendarmes en activité ayant adhéré à l'association, de démissionner de cette association. Un recours est alors exercé à l'encontre de cette décision. Ce recours fut rejeté par le Conseil d'État. Concernant le deuxième arrêt, une association dénommée *Adefdromil* avait été créée par deux militaires. Elle avait pour objet statutaire « l'étude et la défense des droits, des intérêts matériels, professionnels et moraux, collectifs ou individuels, des militaires ». L'association, ayant fait l'objet de nombreuses adhésions, initia plusieurs recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes administratifs dont elle estimait qu'ils affectaient la situation matérielle et morale des militaires. Le Conseil d'État rejeta ces recours aux motifs que, l'association, présentant les caractéristiques d'un groupement professionnel à caractère syndical, n'était pas recevable à demander l'annulation des actes en cause. Du fait du rejet de leur demande par les juridictions internes, les requérants décident de saisir la CEDH. Ils soutiennent alors que l'interdiction de ces droits consiste en une ingérence injustifiée et disproportionnée dans l'exercice de leur liberté d'association et de réunion consacrées par l'article 11 de la Convention.

Pour prendre sa décision, la CEDH rappelle, dans un premier temps, que si l'article 11 de la Convention n'exclut aucune profession ou fonction de son domaine, le deuxième paragraphe prévoit

---

146 CEDH, 2 octobre 2014, n° 10609/10, *Matelly c. France*

147 CEDH, 2 octobre 2014, n° 32191/09, *Adefdromil c. France*

cependant des restrictions. Ainsi, ce dernier dispose que « le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ». Néanmoins la Cour va faire une interprétation stricte de cette disposition en rappelant que seul l'exercice de ces droits peut être limité. Ainsi, l'existence même du droit de se regrouper ne peut être interdit aux militaires. La CEDH va alors donner raison aux requérants en concluant à la violation de l'article 11 de la Convention. Elle considère alors que « si la liberté d'association des militaires peut faire l'objet de restrictions légitimes, l'interdiction pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer porte à l'essence même de cette liberté une atteinte prohibée par la Convention ».

Ainsi la France est condamnée pour avoir purement et simplement interdit la liberté syndicale et le droit de créer et d'adhérer à des groupements professionnels aux militaires.

## 2- Réaction du législateur français

La CEDH ne peut modifier ou annuler les dispositions de droit interne ayant fait l'objet d'une condamnation pour violation de la Convention. Ainsi, il appartient à la France de prendre acte de cette décision et de modifier sa législation.

Pour être en conformité avec la jurisprudence de la CEDH, le législateur français est alors intervenu par une loi du 28 juillet 2015<sup>148</sup>. Ce texte permet la création d'associations professionnelles de militaires. Désormais l'article L 4121-4 du Code de la défense dispose que « l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que [...] l'adhésion des militaires en activité à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire »<sup>149</sup>. Cependant « les militaires peuvent librement créer une association professionnelle nationale de militaires (...), y adhérer et y exercer des responsabilités »<sup>150</sup>. Ainsi les syndicats dans l'armée ne sont toujours pas autorisés. Ceux-ci restent en effet expressément interdits. En revanche les militaires peuvent créer et adhérer à des groupements professionnels uniquement s'il s'agit d'une APNM. Ces dernières répondent à des conditions très strictes, comme cela sera vu ultérieurement<sup>151</sup>.

---

148 Loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense

149 Art. L 4121-4 du Code de la défense

150 *Ibid.*

151 Cf. p.115

Les récentes réformes ont ainsi mis un terme au régime restrictif traditionnel de l'exercice des droits et libertés des militaires. Désormais, le principe est que les militaires disposent des mêmes droits et libertés que n'importe quel citoyen. L'article L4121-1 du Code de la défense dispose d'ailleurs que « les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens ». Ce n'est seulement qu'à titre d'exception et afin d'assurer l'efficacité de l'armée que des aménagements et des limites sont prévus. Ainsi, la spécificité du droit militaire tend à disparaître dans ce domaine. Un rapprochement avec le droit commun peut donc être constaté. Cependant, ce n'est pas le seul aspect du droit militaire qui fait l'objet d'une telle évolution. En effet, les spécificités de la justice militaire s'amenuisent également au fil des années.



## **CHAPITRE II) DISPARITION PROGRESSIVE DES DÉROGATIONS RELATIVES À LA JUSTICE MILITAIRE**

Le droit applicable aux militaires présente la particularité de disposer d'une justice spécialisée. Ainsi, l'armée bénéficie de tribunaux propres et d'une procédure pénale dérogatoire. Lorsqu'un militaire est mis en cause, ce sont donc des règles spéciales qui s'appliquent. Ces spécificités traduisent la volonté de prendre en compte les particularités de l'armée. Ainsi, la justice militaire se distingue notamment par l'intervention du personnel de l'armée dans l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions commises par les militaires. Cependant, cette justice spécialisée a été remise en cause. La justice militaire est en effet apparue surannée et inadaptée au contexte actuel. Ainsi, les réformes récentes tendent à effacer les spécificités de la justice militaire. Tout d'abord, les juridictions militaires ont été supprimées au profit des juridictions de droit commun (Section 1). Puis, ces réformes ont également eu pour effet de démilitariser la procédure pénale applicable aux militaires (Section 2). Progressivement, les membres des forces armées se voient donc appliquer les mêmes règles que n'importe quel citoyen mis en cause. Ainsi, la justice militaire tend à se rapprocher du droit commun.

### **SECTION 1) SUPPRESSION DES JURIDICTIONS MILITAIRES**

Depuis le XIV<sup>ème</sup> siècle, les militaires mis en cause étaient jugés par des juridictions d'exception. Ainsi, l'armée disposait de tribunaux militaires. Leur compétence était étendue puisqu'ils connaissaient de l'ensemble des infractions commises par les militaires, qu'elles soient commises sur le territoire de la République ou en dehors du territoire de la République, en temps de paix ou en temps de guerre. Puis, ce système a été remis en cause. En effet, il était apparu complexe et inadapté au contexte actuel. Le législateur est donc intervenu et a supprimé les tribunaux militaires au profit des juridictions de droit commun. Ainsi, si traditionnellement, les militaires relevaient des juridictions spécialisées (I), désormais les juridictions de droit commun disposent d'une compétence de principe pour connaître des infractions commises par les militaires (II).

#### **I) Compétence traditionnelle des tribunaux d'exception**

Les juridictions militaires ont été instaurées très tôt afin de prendre en considération les exigences propres au métier d'armes. Si, pendant longtemps, leur maintien n'a fait aucun doute, il apparaît que les tribunaux militaires ont connu au cours de leur histoire de nombreux bouleversements (A) qui ont alors fait apparaître des brèches dans la spécialité de la justice militaire (B).

## **A) Histoire des tribunaux militaires**

Les tribunaux militaires, depuis leur création, ont connu de nombreux bouleversements, notamment provoqués par les changements de régime politique qu'a connus la France. Pour apprécier leur évolution, il convient d'aborder leur origine (1), leur maintien sous la Révolution (2), et les modifications apportées par le premier Code de justice militaire (3) et celui de 1965 (4).

### 1- Origine des tribunaux militaires

L'origine des tribunaux d'exception pour les militaires remonte au XIV et XV<sup>ème</sup> siècle. En effet, leur naissance est attribuée à deux anciens textes : un mandement de 1347<sup>152</sup> sous le Roi Philippe IV de Valois et une ordonnance de 1467<sup>153</sup> rendue par le Roi Louis XI. Tout d'abord, en 1347, Philippe de Valois soustrait aux juridictions ordinaires « les sergents et soldats employés à la garde des châteaux ». Apparaît ainsi un privilège de juridiction pour les militaires. Puis en 1467, Louis XI distingue les délits militaires et les délits non militaires pour soumettre aux juridictions d'exception les délits militaires. Les délits non militaires relevaient de la compétence des juridictions ordinaires. Également, le Roi Louis XIV a participé à l'établissement des juridictions d'exception. En effet, par une ordonnance de 1665<sup>154</sup> il met en place des conseils de guerre.

À la fin de l'Ancien régime, la justice militaire relevait de trois juridictions<sup>155</sup>. Tout d'abord, le tribunal de la connétablie disposait d'une compétence en matière civile et d'une compétence en matière pénale. En effet, il connaissait des infractions militaires, des infractions de droit commun commises par les militaires, des contentieux civils entre militaires et des actions intentées par des civils contre des militaires. Ensuite, les juridictions des prévôts jugeaient les « excès, oppressions et

---

152 Mandement de Montdidier au Sénéchal de Beaucaire du 1er mai 1347

153 Ordonnance du Plessis-les-Tours de 1467

154 Ordonnance du 25 juillet 1665

155 Projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, avis n°367, au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, déposé le 23 mars 2011.

autres crimes » commis par les militaires. Le tribunal de la connétablie et les juridictions des prévôts étaient composés à la fois de magistrats de robe et de magistrats d'épée. Enfin, les conseils de guerre connaissaient de tous les délits commis de militaire à militaire auxquels les habitants n'étaient pas intéressés et toutes les fautes contre la discipline du corps intérieur et l'exécution des ordres militaires. Ces juridictions étaient composées uniquement d'officiers militaires.

## 2- Évolution des tribunaux militaires sous la Révolution

Pendant la période révolutionnaire, la justice militaire était particulièrement instable.

En 1790, est instaurée une nouvelle organisation de la justice militaire fondée sur la distinction entre les délits militaires et les délits de droit commun commis par les militaires. Une loi du 22 septembre 1790 prévoit en effet que seuls relèveront de la justice militaire les « délits militaires », c'est-à-dire « ceux commis en contravention à la loi militaire »<sup>156</sup>. Les « délits civils », c'est-à-dire « ceux commis en contravention aux lois générales du royaume qui obligent indistinctement tous les habitants », relèvent quant à eux des juridictions ordinaires, quand bien même ils auraient été commis par des militaires<sup>157</sup>. Il est cependant prévu une exception en temps de guerre. Une loi du 29 octobre 1790 institue alors les Cours martiales qui sont compétentes pour connaître des délits purement militaires. Ces juridictions étaient composées de commissaires des guerres chargés de l'instruction et de jurys dans lesquels siégeaient des soldats et des officiers.

Puis en 1793, les Cours martiales sont supprimées<sup>158</sup>. Sont instaurés des tribunaux révolutionnaires militaires dont l'organisation est inspirée de celle des tribunaux révolutionnaires. Les jurys étaient composés à la fois de militaires et de civils.

Également, les lois du 16 mai 1793 et du 22 janvier 1794 mirent en place, pour le temps de guerre, des tribunaux criminels militaires provisoires.

Puis, constatant la faillite du système des tribunaux militaires avec jury, la loi du 18 septembre 1795 abolit les tribunaux révolutionnaires militaires et instaurent les conseils militaires. Ces juridictions sont composées exclusivement de militaires et sont dénués de jurys.

---

156 Art. 4 de la loi du 22 septembre 1790

157 Art. 2 de la loi du 22 septembre 1790

158 Loi du 12 mai 1793

Les conseils militaires furent eux-mêmes remplacés, en vertu des lois du 3 et 11 novembre 1796, par les conseils de guerre permanents. Ils étaient également composés uniquement de militaires. Leur compétence s'étendait au-delà des seuls militaires, incluant notamment les personnes attachées à l'armée et à sa suite, les espions et les populations du pays occupé par les armées de la République.

Face aux abus et à l'arbitraire de ces juridictions, des conseils de révision ont rapidement été créés<sup>159</sup>.

Cependant, les conseils de révision n'ayant pas permis d'éviter tous les abus, la volonté de banaliser la justice militaire resurgit à l'époque du Premier Empire. Napoléon maintint cependant une justice militaire spéciale.

### 3- Justice militaire issue du Code de justice militaire de 1857

Le premier code de justice militaire a été élaboré le 9 juin 1857 sous Napoléon III. La volonté est alors celle d'établir une justice militaire entièrement dérogatoire au droit commun.

Est ainsi instauré un conseil de guerre. Cette juridiction est composée uniquement de militaires de carrière et est compétente pour juger toutes les infractions commises par les militaires, y compris les infractions de droit commun.

Puis cette organisation judiciaire, conçue sous un régime autoritaire, est apparue inadaptée sous la IIIème République. D'autant que l'affaire Dreyfus mit en exergue la sévérité et la partialité de ces conseils de guerre. Apparaît alors la volonté de réformer cette justice militaire. Entre 1894 et 1924, il est recensé une trentaine de propositions de loi ayant pour objet la suppression ou la réorganisation de la justice militaire<sup>160</sup>.

Également, la sévérité et l'impopularité des conseils de guerre spéciaux instaurés en 1914<sup>161</sup>, a accentué cette volonté de réformer la justice militaire. Ces juridictions se distinguaient en effet par l'absence de défense, l'accélération de la procédure et l'exemplarité des peines, illustrés par l'affaire

---

159 Loi 6 avril 1796

160 Avis présenté devant le Sénat par la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, 23 mars 2011, n°367

161 Décret du 6 septembre 1914 relatif au fonctionnement des conseils de guerre

des fusillés de la Grande guerre.

Est alors adoptée la loi du 9 mars 1928<sup>162</sup> qui réforme le Code de la justice militaire. Les conseils de guerre spéciaux sont supprimés au profit de tribunaux militaires. L'instauration de ces tribunaux militaires a amorcé le rapprochement avec la justice de droit commun puisque des magistrats civils présidaient les chambres en temps de paix.

#### 4- Justice militaire sous le Code de justice militaire de 1965

La loi du 8 juillet 1965<sup>163</sup>, à l'origine de la réforme du Code de la justice militaire, met en place quatre juridictions militaires.

Tout d'abord, avaient déjà été institués huit tribunaux permanents des forces armées<sup>164</sup>. Leur ressort correspondait aux huit grandes régions militaires : Paris, Lille, Metz, Rennes, Bordeaux, Lyon, Marseille et Papeete en Polynésie française. Ils sont compétents pour connaître des infractions d'ordre militaire et des infractions de droit commun commises par des militaires, soit dans l'exercice du service, soit à l'intérieur d'un établissement militaire. Chacun de ces tribunaux est composé de cinq membres : un président et un assesseur, qui sont tout deux des magistrats civils, et trois juges militaires.

Ensuite, le Haut tribunal permanent des forces armées avait été créé pour connaître des mêmes infractions commises par les officiers généraux, les maréchaux de France, les amiraux et les membres des corps militaires de contrôle. Sa composition est analogue à celle des TPFA.

Puis, des tribunaux militaires aux armées pouvaient être créés, en temps de paix, en cas de stationnement ou d'opérations de forces armées en dehors du territoire national. Dans les faits, un seul TMA fut constitué à l'étranger : celui de Landau, en République fédérale d'Allemagne. La compétence des TMA concernait les infractions de toute nature commises par des militaires mais également par des personnes à la suite de l'armée, c'est-à-dire les personnels civils et personnes à charge lorsqu'elles accompagnent le chef de famille hors du territoire<sup>165</sup>. Ces tribunaux sont

---

162 Loi du 9 mars 1928 portant révision du code de justice militaire pour l'armée de terre

163 Loi n°65-542 du 8 juillet 1965 portant institution d'un code de la justice militaire

164 Décret n°53-871 du 22 septembre 1953 portant création de tribunaux permanents des forces armées, de tribunaux de cassation permanents des forces armées et d'établissements pénitentiaires des forces armées

165 Avis présenté au Sénat par la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, 23 mars 2011, n°367

composés chacun d'un président, qui est un magistrat militaire, et de quatre juges militaires.

Enfin, les tribunaux prévôtaux dépendent de la gendarmerie. Ils sont constitués en dehors du territoire de la République, dans la zone de stationnement ou d'intervention des forces dont ils relèvent. Ils sont compétents pour connaître des contraventions des quatre premières classes. Chaque tribunal comprend l'officier de gendarmerie prévôt, qui siège seul, assisté d'un gendarme greffier.

Ainsi malgré de nombreux bouleversements, les juridictions militaires ont subsisté pendant près de six siècles. Cependant, dès 1928, apparaissent déjà des indices de leur disparition.

## **B) Apparition de brèches**

Bien que le système des juridictions d'exception ait été maintenu, des brèches vont apparaître progressivement. Ainsi, un mouvement va tendre à rapprocher la justice militaire du droit commun.

Le premier rapprochement avec le droit commun résulte de la loi du 9 mars 1928<sup>166</sup>. En effet, comme dit précédemment, cette loi prévoit que la présidence des juridictions militaires permanentes est confiée à un magistrat de l'ordre judiciaire. Cette réforme fut bien accueillie car elle permit l'apport d'un technicien du droit dans les juridictions militaires, qui put ainsi utilement éclairer les membres militaires du tribunal.

Ensuite, dans le contexte de la Guerre d'Algérie, une série d'événements va se produire renforçant la volonté de civiliser la justice militaire. En effet, en 1961 les premières affaires OAS arrivent devant les tribunaux militaires. Or il apparaît dans les premiers dossiers jugés, que soit les verdicts sont modérés, soit même le parquet et l'instruction constatent qu'il n'y a pas lieu de poursuivre. Le président de la République de l'époque, Charles de Gaulle va alors soupçonner l'existence d'une connivence entre les membres des tribunaux militaires et l'OAS. Il va alors par ordonnance<sup>167</sup> décider de soustraire aux juridictions militaires leur compétence en matière de sûreté de l'État. Est créé un Haut Tribunal Militaire<sup>168</sup> en 1962, remplacé par la Cour militaire de Justice<sup>169</sup> puis par la Cour de Sûreté de l'État<sup>170</sup> en 1963. Ces juridictions ont eu compétence pour connaître des crimes et

166 Loi du 9 mars 1928 portant révision du code de justice militaire pour l'armée de terre

167 Ordonnance n°62-529 du 27 avril 1962 prise sur le fondement de l'article 16 de la Constitution de 1958

168 *Ibid.*

169 Ordonnance n°62-618 du 1 juin 1962 instituant une Cour militaire de justice

170 Loi n°63-23 du 15 janvier 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de

des délits commis contre la sûreté de l'État. En parallèle, le président de la République décide de mettre en place des projets de civilisation totale de certains services de l'armée, notamment la médecine et la justice militaire. Une loi du 29 décembre 1966 prévoit alors que « les fonctions de magistrats du parquet et de l'instruction auprès des juridictions des forces armées sont exercées [...] par des magistrats du corps judiciaire placés, sur leur demande, en position de détachement auprès du ministre chargé de la Défense »<sup>171</sup>. Ainsi, il est décidé de confier les missions du juge d'instruction et de procureur à des magistrats civils. Le recrutement est alors fermé au personnel militaire. Pour la période intermédiaire il est prévu qu'« à titre provisoire, les magistrats militaires exerceront (leurs fonctions) jusqu'à extinction du corps »<sup>172</sup>. Le dernier concours pour accéder à la fonction a eu lieu en 1964 et seulement quelques places ont été offertes. La relève est assurée par des magistrats civils au fur et à mesure des départs à la retraite des magistrats militaires.

Une nouvelle brèche est apparue avec la réforme du 8 juillet 1965<sup>173</sup>. Elle a alors opéré un rapprochement avec le droit commun par l'instauration de composition mixte au sein des TPFA. Ainsi, désormais intervenaient des magistrats de l'ordre judiciaire détachés par le ministre de la Justice auprès du ministre de la Défense pour exercer les fonctions de magistrat militaire. Selon l'article 7 du Code de justice militaire, ces tribunaux se composent d'un président, d'un magistrat assesseur civil et de trois juges militaires.

Enfin, la loi du 10 juin 1971<sup>174</sup> a également participé à la démilitarisation de la justice militaire. En effet, une loi précédente du 21 décembre 1963<sup>175</sup> avait donné compétence aux tribunaux ordinaires pour juger les militaires qui par propagande incitaient au bénéfice indu du statut. Mais ceux qui bénéficiaient du statut induement, notamment pour insoumission ou désertion, continuaient à relever des juridictions militaires. Cette compétence a alors été contestée. La loi de 1971 a ainsi donné compétence aux tribunaux judiciaires de droit commun pour juger les objecteurs admis au bénéfice du statut et auteurs d'infractions commises dans le cadre de leur service civil.

Un rapprochement avec le droit commun était ainsi déjà perçu mais des différences importantes demeuraient encore. Notamment, le tribunal militaire restait à composante majoritaire de militaires.

---

sûreté de l'État instituée par l'art. 698 du Code de procédure pénale

171 Art. 1er de la loi n° 66-1037 du 29 décembre 1966 relative à l'exercice des fonctions judiciaires militaires

172 Art. 7 de la loi n° 66-1037 du 29 décembre 1966 relative à l'exercice des fonctions judiciaires militaires

173 Loi n°65-542 du 8 juillet 1965 portant institution d'un code de la justice militaire

174 Loi n° 71-424 du 10 juin 1971 portant Code du service national

175 Loi n°63-1255 du 21 décembre 1963 relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement

Des critiques et des lacunes ont alors conduits à élaborer des réformes à partir des années 1980 pour mettre fin aux juridictions militaires.

## **II) Compétence de principe actuelle des juridictions de droit commun**

Le processus de déspecialisation amorcé en 1928 a abouti progressivement à l'abandon des juridictions militaires. La suppression des juridictions d'exception résulte alors de réformes récentes ayant pour objectif de rapprocher la justice militaire du droit commun (A). Désormais, les juridictions de droit commun disposent d'une compétence de principe. Cependant, à titre d'exception et seulement dans certains cas, les tribunaux militaires sont maintenus. Ces réformes sont ainsi à l'origine du système actuellement en vigueur qui impose de distinguer les infractions commises en temps de paix des infractions commises en temps de guerre (B).

### **A) Réformes à l'origine du rapprochement avec le droit commun**

Plusieurs réformes ont été à l'origine du rapprochement de la justice militaire avec le droit commun. La suppression définitive des juridictions militaires résulte en effet d'un long processus.

Ces réformes avaient plusieurs fondements.

Tout d'abord, bien que les juridictions d'exception constituent un privilège pour les militaires, celles-ci représentent également des inconvénients. Pour les militaires eux-mêmes, le risque est celui d'une plus grande sévérité des magistrats militaires du fait du caractère hiérarchique des juges et des règles de procédures spéciales plus strictes. De plus, les militaires n'étaient pas en réalité jugés par leurs pairs car il s'avérait que les juges militaires étaient des supérieurs. L'article 45 du Code de justice militaire prévoyait en effet que « la désignation des juges militaires est subordonnée au respect du principe hiérarchique ». Également, les juridictions d'exception peuvent mettre en péril des principes fondamentaux de la justice. En effet, le jugement par des militaires peut remettre en cause les principes d'indépendance et d'impartialité des juges. De plus, le système en vigueur avant les années 1980 étaient particulièrement complexe du fait de l'existence de nombreuses juridictions militaires. Cela entraînait des conflits de compétence et des problèmes de visibilité pour les justiciables. Il y avait donc une volonté de simplifier la justice militaire. Également, le système de juridiction d'exception semblait suranné et obsolète. Aujourd'hui, le militaire est considéré avant tout comme un citoyen. Il y avait donc le souhait également de moderniser la justice.



Néanmoins, il apparaissait impératif de maintenir quelques particularités pour prendre en compte les spécificités de l'armée. Ainsi, la spécialisation des juridictions subsiste uniquement dans les contentieux les plus complexes et les plus techniques. Le choix a alors été de supprimer les juridictions militaires en temps de paix mais de les maintenir pour le temps de guerre.

Trois réformes importantes ont ainsi, depuis les années 1980, participé au rapprochement de la justice militaire avec le droit commun. Il s'agit de la loi du 21 juillet 1982 puis de la loi du 10 novembre 1999 et enfin des lois du 13 décembre 2011 et du 18 décembre 2013.

Le mouvement ayant abouti à la suppression des juridictions militaires a été lancé par la loi du 21 juillet 1982<sup>176</sup>. Cette grande réforme a été qualifiée de « rupture ». En effet, pour la première fois est opéré un réel rapprochement avec les juridictions de droit commun. Sont alors supprimés les TPFA établis en temps de paix sur le territoire de la République. Ces juridictions avaient une compétence large puisqu'elles connaissaient toutes les infractions commises par les militaires, c'est-à-dire les infractions militaires mais également les infractions de droit commun commises pendant l'exercice du service ou dans un établissement militaire. Les compétences des TPFA ont alors été transférées à des chambres spécialisées de juridictions de droit commun. Ainsi, ces chambres spécialisées sont chargées de l'instruction et du jugement des infractions militaires et des infractions de droit commun commises par les militaires en temps de paix sur le territoire national. La commission de l'infraction à l'intérieur d'un établissement militaire n'est donc plus un critère de compétence des juridictions spécialisées. Les infractions de droit commun commises par les militaires en dehors de l'exercice du service relèvent des juridictions de droit commun non spécialisées. Cependant, pour les infractions commises en dehors du territoire de la République, celles-ci restent de la compétence de tribunaux d'exception. Est ainsi maintenue la compétence des tribunaux aux armées pour connaître des infractions commises par les militaires en temps de paix en dehors du territoire national. Ce maintien est justifié à l'époque par le nécessaire respect des engagements internationaux de la France.

Dans la continuité de ce mouvement est intervenue la loi du 10 novembre 1999<sup>177</sup>. Cette réforme institue une juridiction unique compétente pour connaître des infractions de toute nature commises par les militaires hors du territoire national. Il s'agit du Tribunal aux armées de Paris. Le législateur

---

176 Loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'État et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire

177 Loi n°99-929 du 10 novembre 1999 portant réforme du Code de justice militaire et du Code de procédure pénale

vient ici simplifier l'état droit car à compter de cette date le TAP devient la seule juridiction militaire compétente pour les infractions commises en temps de paix et hors du territoire de la République.

Enfin, ce mouvement a été poursuivi avec les lois du 13 décembre 2011 et du 18 décembre 2013<sup>178</sup>. Ces lois intègrent pleinement la justice militaire dans le dispositif de droit commun. Notamment la loi de 2011 supprime le TAP. Ses compétences sont alors transférées à une formation spécialisée d'une juridiction de droit commun : le TGI de Paris. Le TGI de Paris devient alors la juridiction compétente pour les infractions commises hors du territoire de la République en temps de paix par les militaires.

Maintenant qu'ont été abordées les réformes à l'origine du rapprochement avec le droit commun, il convient d'étudier le régime actuellement en vigueur.

## **B) Régime actuellement en vigueur**

Si ces réformes ont abouti à la compétence des juridictions de droit commun en temps de paix (1), les juridictions militaires sont cependant maintenues en temps de guerre (2).

### 1-En temps de paix : compétence des JDCS

Désormais, les affaires pénales militaires sont centralisées au sein de juridictions de droit commun spécialisées. Il convient alors d'aborder en premier lieu la compétence des JDCS (a), puis leur composition (b).

#### a- Compétence des JDCS

Dans un premier temps, il convient de préciser la compétence personnelle des JDCS. Pour que soit saisi les JDCS, l'accusé doit avoir la qualité de militaire. En vertu de l'article L121-3 du Code de la justice militaire<sup>179</sup>, possèdent la qualité de militaire les militaires de carrière, les militaires qui servent en vertu d'un contrat, les militaires qui accomplissent le service militaire dans les conditions prévues par le code du service national et les militaires de la réserve en vertu d'un engagement ou

---

178 Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles et loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale

179 Art. L121-3 du Code de justice militaire

de l'obligation de disponibilité. En revanche, n'ont pas la qualité de militaire les militaires en position hors cadre, les militaires à la retraite et les militaires ayant commis l'infraction de désertion.

Dans un deuxième temps, il convient de préciser la compétence matérielle des JDCS. Les JDCS sont compétentes pour connaître des infractions commises en matière militaire sur le territoire de la République. D'après l'article 697-1 du Code de procédure pénale<sup>180</sup>, il s'agit d'une part des infractions militaires prévues par le livre III du Code de justice militaire et d'autre part des infractions de droit commun commises dans l'exercice du service par les militaires. Il faut cependant distinguer selon la nature des infractions. En effet, seuls les crimes et les délits relèvent de la compétences des JDCS. Les contraventions, quant à elles, relèvent des juridictions de droit commun non spécialisées.

Il existe une dérogation pour les gendarmes. En effet, les JDCS ne sont pas compétentes pour connaître des infractions de droit commun commises par les gendarmes dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou à la police administrative. Néanmoins, elles restent compétentes pour connaître des infractions commises par les gendarmes dans le service du maintien de l'ordre<sup>181</sup>.

Il convient ensuite d'aborder la compétence particulière du TGI de Paris. En effet, la chambre spécialisée en matière militaire du TGI de Paris dispose d'une compétence exclusive pour les infractions de toute nature commises en temps de paix et hors du territoire de la République par les membres des forces armées ou à leur rencontre<sup>182</sup>.

Enfin, il convient de préciser la compétence territoriale des JDCS. La détermination de la juridiction territorialement compétente se fait, tout d'abord, par application des critères de droit commun. En vertu du Code pénal<sup>183</sup>, il s'agit du lieu de l'infraction, celui de la résidence de l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction, celui du lieu d'arrestation d'une de ces personnes, et celui du lieu de détention d'une de ces personnes. Cependant, des critères spécifiques ont également été déterminés à l'article 697-3 du Code de procédure pénale<sup>184</sup>. Ainsi, sont également compétentes les juridictions du lieu de l'affectation et du lieu de débarquement. De plus, la juridiction

---

180 Art. 697-1 du Code de procédure pénale

181 *Ibid.*

182 Art. 697-4 du Code de procédure pénale

183 Art. 45, 52 et 382 du Code de procédure pénale

184 Art. 697-3 du Code de procédure pénale

territorialement compétente à l'égard des personnels des navires convoyés est celle à laquelle seraient déférés les personnels du navire convoyeur. Ces compétences spécifiques doivent être privilégiées par rapport aux critères de droit commun.

#### b- Composition des JDCS

Les JDCS sont composées de magistrats spécialisés à la matière militaire et d'un corps de greffier militaire.

La composition des JDCS en matière militaire vise à assurer aux militaires le bénéfice de l'indépendance et de l'impartialité de la justice et reflète la volonté de se rapprocher du droit commun. Ainsi, aucun militaire ne participe à l'instruction, aux poursuites ou au jugement des affaires portées devant les JDCS. En effet, ce sont des magistrats de l'ordre judiciaire qui sont affectés à ces juridictions. Ils sont choisis par priorité parmi les magistrats qui se portent volontaires, ceux qui ont une connaissance particulière du milieu militaire, ainsi que ceux qui connaissent des dossiers de même nature. Ces magistrats vont alors suivre une formation relative aux contentieux des affaires militaires leur permettant de mieux comprendre les enjeux et les spécificités du métier d'armes. Cette formation s'organise en trois temps<sup>185</sup>. Tout d'abord, les magistrats sont reçus à la Division des affaires pénales militaires du ministère de la défense qui est composée de magistrats détachés et de greffiers militaires. L'objectif est, par le biais du dialogue, de comprendre le fonctionnement et l'organisation de l'armée et d'évoquer les spécificités de la justice militaire. Ensuite, les magistrats sont accueillis à l'école militaire. L'objectif est de permettre la rencontre entre les magistrats et les militaires. Puis le troisième temps, permet aux magistrats de se regrouper pour discuter et débattre sur les points de vue qu'ils ont acquis lors de la formation.

Ces magistrats sont alors assistés par un corps de greffier militaire. Les greffiers qui composent les JDCS sont ainsi recrutés parmi les militaires. Pour accéder aux fonctions, ils doivent justifier de cinq années de service, dont trois en qualité de sous-officier. Après avoir réussi un examen d'entrée du niveau d'une capacité en droit, ils intègrent l'École nationale des greffes, aux côtés des greffiers civils. Un nouvel examen est organisé à l'issue de la formation. S'ils le réussissent, les candidats intègrent le corps des commis greffiers. Les greffiers militaires assistent les magistrats à tous les stades de la procédure mais également jouent un rôle important d'intermédiaire à l'égard des avocats et des justiciables. Ainsi, les greffiers militaires ont un rôle essentiel. D'ailleurs, dans le

---

185 « Pratique du contentieux des affaires pénales militaires », *ENM* (en ligne), 8 mars 2017.

dossier de presse du ministère de la défense, il est précisé que « par leur double culture militaire et judiciaire, les greffiers militaires constituent un relai indispensable et efficace pour assurer un dialogue éclairé entre la justice et les armées »<sup>186</sup>.

## 2- En temps de guerre : compétence des juridictions militaires

Les juridictions d'exception ont été maintenues en temps de guerre, et en cas de mobilisation, d'état d'urgence ou d'état de siège.

Cependant, ces juridictions ne sont pas permanentes. Ainsi, il nécessite un temps pour pouvoir les établir. Le Code de procédure pénale a alors prévu qu'en temps de guerre, les JDCS en matière militaire restent compétentes jusqu'à la mise en place des juridictions militaires<sup>187</sup>.

Le Code de justice militaire prévoit la mise en place de trois catégories de juridictions militaires. Il s'agit des tribunaux territoriaux des forces armées (a), des tribunaux militaires aux armées (b) et des tribunaux prévôtaux (c).

Il convient de préciser que la compétence territoriale des tribunaux militaires établis en temps de guerre est la même que celle définie en temps de paix<sup>188</sup>.

### a- Tribunaux territoriaux des forces armées

Les tribunaux territoriaux des forces armées sont établis sur le territoire de la République<sup>189</sup> pour connaître en temps de guerre des infractions de toute nature commises par les militaires sur le territoire national.

La composition de la chambre de l'instruction et de la chambre de jugement sont mixtes. En effet, la chambre d'instruction est composée de trois membres : un président, un magistrat assesseur (appartenant tous deux au corps judiciaire) et un juge militaire. Pour la chambre de jugement, le tribunal est composé de cinq membres : un président, un magistrat assesseur, appartenant tous deux au corps judiciaire, et trois juges militaires. Dans les deux cas, la désignation des juges militaires est

---

186 [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_1\\_dapm\\_20170714.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_dapm_20170714.pdf)

187 Art. 699 du Code de procédure pénale

188 Art. L122-5 et art. L123-3 du Code de justice militaire

189 Art. L112-1 du Code de justice militaire

subordonnée au respect du principe hiérarchique<sup>190</sup>.

Pour le jugement des maréchaux et amiraux de France, des officiers généraux ou assimilés et des membres du contrôle général des armées, il est établi un Haut Tribunal des forces armées<sup>191</sup>.

#### b- Tribunaux militaires aux armées

Les tribunaux militaires aux armées sont établis lorsque l'armée est en stationnement ou en opération hors du territoire de la République ou sur le territoire de celle-ci<sup>192</sup>. Elle est compétente pour connaître des infractions de toute nature commises par les militaires.

Tout comme, les tribunaux territoriaux des forces armées, la chambre de l'instruction et la chambre de jugement respectent le principe de l'échevinage. Ainsi, la chambre de l'instruction est composée de trois membres : un président du corps judiciaire, et deux juges militaires ayant grade ou rang d'officier supérieur<sup>193</sup>. Et la chambre de jugement est composée de cinq membres : un président du corps judiciaire et quatre juges militaires<sup>194</sup>. Également, les juges militaires sont désignés selon le respect du principe hiérarchique<sup>195</sup>. Cependant il y a une particularité puisque les juges militaires sont choisis parmi les militaires blessés au feu ou appartenant aux troupes combattantes<sup>196</sup>.

#### c- Tribunaux prévôtaux

Enfin, les tribunaux prévôtaux, constitués par la gendarmerie, ont été maintenus et peuvent ainsi être établis en temps de guerre. Ils sont compétents pour connaître des infractions de police, autres que les contraventions de cinquième classe. Ils sont également compétents pour traiter des infractions aux règlements relatifs à la discipline. Le tribunal prévôtal est composé d'un magistrat mobilisé en qualité d'assimilé spécial du service de justice militaire et d'un greffier appartenant au tribunal militaire auquel est attaché le tribunal prévôtal.

Ainsi, si les tribunaux militaires ont été maintenus en temps de guerre, ils ont totalement disparus en

---

190 Art. L112-12 et art. L 112-20 du Code de justice militaire

191 Art. L112-3 du Code de justice militaire

192 Art. L112-27 du Code de justice militaire

193 Art. L112-33 du Code de justice militaire

194 Art. L112-30 du Code de justice militaire

195 Art. L112-32 du Code de justice militaire

196 *Ibid.*

temps de paix au profit des juridictions de droit commun. Les spécificités de la justice militaire tendent alors à s'effacer. Cependant, le rapprochement avec le droit commun ne s'est pas seulement opéré dans ce domaine. En effet, les dernières réformes ne se sont pas contentées de modifier l'organisation des juridictions compétentes pour juger les militaires. Elles ont également profondément aménagé la procédure pénale militaire en opérant un rapprochement avec la procédure pénale de droit commun.

## **SECTION 2) DÉMILITARISATION DE LA PROCÉDURE PÉNALE**

Pendant longtemps, lorsque des militaires étaient mis en cause, s'appliquaient des règles de procédure pénale dérogatoires au droit commun. Ces dispositions étaient contenues dans le Code de justice militaire. Ainsi, l'armée disposait d'une procédure pénale propre. L'instauration d'une procédure pénale militaire était justifiée par la volonté de prendre en compte les exigences et les spécificités du métier d'armes. Cependant, ces spécificités ont été récemment remises en cause. Leur maintien n'étant plus jugé opportun, elles ont disparues progressivement. Ainsi, les réformes récentes ont rapproché la procédure militaire de la procédure de droit commun (I). Ce sont donc désormais les règles générales du Code de procédure pénale qui s'appliquent. Cependant, la procédure pénale de droit commun est apparue inadaptée dans certains cas. Ainsi, certaines particularités ont été maintenues pour tenir compte des spécificités militaires (II).

### **I) Rapprochement avec la procédure pénale de droit commun**

Les dernières réformes ont eu pour effet de rapprocher la procédure pénale militaire de la procédure pénale de droit commun. Ces changements sont notamment le résultat de la loi du 21 juillet 1992<sup>197</sup>. Pour apprécier cette évolution, il convient ainsi d'étudier dans un premier temps les règles qui s'appliquaient avant 1982 (A), puis d'énoncer dans un second temps les règles en vigueur depuis l'adoption de la loi de 1982 (B).

#### **A) Avant la réforme de 1982**

Avant la loi du 21 juillet 1982, la procédure pénale applicable aux militaires était dérogatoire à celle

---

<sup>197</sup> Loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'État et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire

du droit commun. S'imposaient alors les règles du Code de justice militaire et les règles particulières énoncées par le Code de procédure pénale. Ces spécificités sont présentes à toutes les phases de la procédure. Ainsi, la procédure antérieure au procès (1), la procédure pendant le procès (2) puis le jugement (3) présentent des particularités.

### 1- Procédure antérieure au procès

Tout d'abord, il existait des spécificités quant à la procédure antérieure au procès.

En premier lieu, la procédure d'enquête était révélatrice du pouvoir important dont dispose l'autorité militaire en matière de procédure pénale. En effet, lors de l'enquête préliminaire, les pouvoirs judiciaires appartenaient à l'autorité militaire<sup>198 199</sup>. En tant que tel, elle faisait procéder à la recherche et à la poursuite des infractions commises par les militaires. Elle était assistée des OPJ des forces armées qui étaient chargés de constater les infractions, d'en rassembler les preuves et de rechercher leurs auteurs, sous sa direction et son contrôle. Avaient la qualité d'OPJ des forces armées, les officiers et les gradés de la gendarmerie, les gendarmes désignés comme tel par la loi et les gendarmes servant dans les prévôtés. Les OPJ des forces armées disposaient du concours des OPJ civils. Ainsi, cette phase de la procédure relevait principalement du personnel militaire. Les membres civils n'intervenaient qu'à titre subsidiaire. La procédure d'enquête était secrète. Cette disposition visait à protéger le secret militaire. De plus, toutes les personnes qui intervenaient dans l'enquête étaient astreintes au secret professionnel<sup>200</sup>.

Quant à la procédure d'arrestation et de la garde à vue, elles étaient également marquées par la place qui est faite au personnel militaire. Tout OPJ des forces armées avait qualité pour procéder d'office à l'arrestation des militaires auteurs ou complices d'un crime flagrant ou d'un flagrant délit puni d'une peine d'emprisonnement. Également, tout militaire de la gendarmerie avait le pouvoir d'arrêter les individus se trouvant dans une position militaire irrégulière tels que les déserteurs et les insoumis. Les militaires ainsi arrêtés étaient déposés dans la chambre de sûreté d'une caserne de gendarmerie ou d'une prison prévôtale. Cette garde ne pouvait dépasser les quarante-huit heures<sup>201</sup>. En cas de flagrance, ce délai pouvait être prolongé de vingt-quatre heures sur autorisation écrite de l'autorité

---

198 Art. 81 du Code de justice militaire de 1965

199 L'autorité militaire est le ministre des Armées ainsi que les autorités militaires exerçant les pouvoirs judiciaires sous son contrôle.

200 Art. 83 du Code de justice militaire de 1965

201 Art. 101 du Code de justice militaire de 1965



militaire. À l'expiration du délai, les militaires devaient être présentés à l'autorité militaire<sup>202</sup>. Celle-ci pouvait ordonner leur dépôt dans un local disciplinaire jusqu'au jugement. Cependant la durée de l'incarcération disciplinaire ne pouvait excéder soixante jours et elle s'imputait sur le total de la peine infligée par le tribunal militaire si le motif était identique.

La mise en mouvement de l'action publique et l'initiative des poursuites manifestaient également l'omniprésence de l'autorité militaire dans la procédure et la place restreinte qui était laissée à la victime. En effet, l'initiative des poursuites appartenait à la seule autorité militaire. « Les conditions de la mise en mouvement de l'action publique font apparaître, au sommet, l'autorité dépositaire exclusive des pouvoirs judiciaires en matière militaire : le ministre des Armées. C'est sous son autorité que les commandants des régions militaires, aériennes, maritimes exercent l'action publique »<sup>203</sup>. Ainsi, la mise en mouvement de l'action publique demeurait un privilège exclusif de l'autorité militaire. Dans tous les cas, le droit de mettre en mouvement l'action publique appartenait au ministre des Armées<sup>204</sup>. D'ailleurs, quand il s'agissait d'engager des poursuites contre les justiciables du Haut tribunal permanent des forces armées ou contre les magistrats militaires, l'ouverture des poursuites ne pouvait être ordonnée que par lui. Pour les autres cas présentés devant le TPFA, et sous l'autorité du ministre des Armées, ce droit pouvait également être exercé par les autorités militaires diligentées. Concernant les tribunaux militaires aux armées, ce droit appartenait, sous l'autorité du ministre, aux autorités militaires déterminées en temps de paix par arrêté du ministre des Armées et du ministre de la Justice et en temps de guerre par arrêté du seul ministre des Armées. Bien que la mise en mouvement de l'action publique était un droit exclusif de l'autorité militaire, le commissaire du gouvernement pouvait intervenir. Le Code de justice militaire lui attribuait en effet un rôle de conseiller juridique et technique des autorités militaires qui exerçaient l'action publique<sup>205</sup>. Ainsi, les autorités militaires devaient requérir son avis notamment quant à la mise en œuvre de l'action publique, des suites à donner à l'enquête et des qualifications légales. Cependant son rôle restait secondaire.

La constitution de partie civile pour les victimes était impossible. La justice militaire ne statuait ainsi que sur la culpabilité des prévenus et la peine, et non sur la réparation du préjudice résultant de l'infraction. Les victimes bénéficiaient uniquement de l'assurance de la couverture des dommages par le service contentieux du ministère des Armées.

---

202 Art. 103 du Code de justice militaire de 1965

203 Rapport déposé à l'Assemblée nationale au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées, 4 novembre 1959, n°337.

204 Art. 113 du Code de justice militaire de 1965

205 Art. 117 du Code de justice militaire de 1965

Les modes d'extinction de l'action publique étaient les mêmes qu'en droit commun. Cependant certaines particularités étaient prévues. Pour les infractions d'insoumission et de désertion, la prescription de l'action publique ne commençait à courir qu'à partir du jour où l'insoumis ou le déserteur avait atteint l'âge de cinquante ans<sup>206</sup>. Également pour certaines infractions militaires, l'action publique était imprescriptible. C'était le cas pour la désertion à bande armée, la désertion à l'ennemi, la désertion en présence de l'ennemi et lorsqu'un déserteur ou un insoumis s'était réfugié ou était demeuré à l'étranger, en temps de guerre, pour se soustraire à ses obligations militaires. Ces dispositions étaient d'une extrême sévérité à l'égard des déserteurs et des insoumis. Elles s'expliquaient par la volonté de l'armée de réprimer sévèrement ces infractions. En effet, la désertion et l'insoumission sont considérées comme les crimes les plus graves pour l'armée car elles troublent particulièrement l'institution militaire, privée d'effectifs nécessaires pour accomplir sa mission. Le professeur Pierre Hugueney parlait d'ailleurs de crimes de « lèse-patrie »<sup>207</sup>.

Concernant l'instruction, celle-ci demeurait secrète<sup>208</sup>, comme la procédure d'enquête, dans le but de protéger le secret militaire. Comme les magistrats de jugement, le juge d'instruction était un magistrat militaire. Ainsi, l'instruction restait également sous contrôle de l'armée.

Des spécificités étaient également prévues dans le cadre de la détention provisoire. Les militaires arrêtés en flagrant délit ou ceux contre lesquels il existait des indices graves et concordants de culpabilité devaient être présentés à l'autorité qualifiée pour engager les poursuites. Jusqu'à la décision sur les suites données à l'affaire, les militaires pouvaient être détenus pendant cinq jours au plus<sup>209</sup>. Un ordre de poursuite devait intervenir dans ce délai de cinq jours. La détention provisoire pouvait se prolonger ensuite jusqu'au jugement en vertu de la confirmation par le Commissaire du Gouvernement de l'ordre d'incarcération provisoire ou d'un mandat de justice délivré par le juge d'instruction militaire, par le tribunal ou son président. Dans ce cas les militaires étaient détenus dans des quartiers spéciaux qui leur étaient réservés dans les maisons d'arrêt ou dans les prisons prévôtales.

## 2- Procédure pendante au procès

---

206 Art. 115 du Code de justice militaire de 1965

207 HUGUENEY (P.) dans DOLL (P.-J.), *Analyse et commentaire du Code de justice militaire*, éd.LGDJ, 1966, p. 103.

208 Art. 83 du Code de justice militaire de 1965

209 Art. 152 du Code de justice militaire de 1965

Ensuite il y avait des exceptions relatives au procès.

Le procès devant les juridictions militaires se déroulait sur le modèle des procès devant la Cour d'assises. En effet, l'article 189 du Code de justice militaire précisait qu'étaient applicables les articles 306 à 370 du Code de procédure pénale relatifs à cette juridiction, sous réserves de quelques règles particulières. Ainsi, la composition, l'organisation, le cérémonial et la procédure étaient très similaires.

Comme vu précédemment, il y avait tout d'abord des similitudes quant à la composition et à l'organisation de la juridiction.

Puis comme devant la Cour d'assises, le cérémonial suivi devant les juridictions des forces armées était impressionnant. D'ailleurs selon Paul-Julien Doll « peut-être sa lourde et théâtrale majesté l'est-elle trop quand ces juridictions ne sont réunies que pour juger des délits anodins ou, à plus forte raison, des infractions de police »<sup>210</sup>. Ce cérémonial renvoie à l'organisation de l'armée qui est également fondée sur des rituels et des protocoles afin d'assurer la discipline et l'unité des militaires.

Également, comme pour la Cour d'assises, le président disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité<sup>211</sup>.

Concernant la procédure, les débats commençaient par la prestation de serment des juges militaires. Ensuite comparait le prévenu. Après intervention des témoins et des experts, le tribunal entendait le commissaire du gouvernement dans ses réquisitions, puis le prévenu et son défenseur dans leur défense. Après que les débats soient clôturés, le président donnait lecture des questions auxquelles le tribunal avait à répondre. Ainsi le système était celui des questions posées, comme pour la Cour d'assises. Puis, les juges se retiraient pour voter et délibérer.

### 3- Particularités du jugement

Une fois que le tribunal avait répondu aux questions, le jugement était rendu après délibérations.

Le jugement rendu par les juridictions militaires n'était pas motivé. Les juges militaires, tout aussi

---

210 DOLL (P.-J.), *Analyse et commentaire du Code de justice militaire*, éd.LGDJ, 1966.

211 Art. 209 du Code de justice militaire de 1965

non juristes que les jurés d'assises, n'avaient donc pas à justifier leur décision.

Également, le jugement n'était pas susceptible d'appel. Ainsi, il n'existait pas de double degré de juridiction. Le seul recours qui était ouvert aux militaires était le pourvoi en cassation.

Ainsi les dispositions quant au jugement sont particulièrement défavorables pour le militaire mis en cause.

Maintenant que les particularités de la procédure pénale militaire ont été abordées, il convient d'étudier les changements qui ont notamment été opérés par la loi du 21 juillet 1982, tendant à rapprocher la procédure pénale militaire de la procédure pénale de droit commun.

## **B) Depuis la réforme de 1982**

Depuis la loi du 21 juillet 1982, l'article 698 du Code de procédure pénale dispose que les infractions commises par les militaires « sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du présent code ». Ainsi, la procédure applicable aux militaires relève très majoritairement des dispositions du Code de procédure pénale. La vocation du droit commun à s'appliquer se manifeste tant dans la phase préparatoire (1) que dans la phase décisive (2).

### 1-Phase préparatoire

C'est le procureur de la République qui a repris la main sur l'enquête. C'est donc lui qui est chargé de la recherche et de la poursuite des infractions<sup>212</sup>. Il reste cependant assisté des OPJ des forces armées<sup>213</sup>.

Concernant la garde à vue, il n'existe plus aucune dérogation<sup>214</sup>. Ainsi ce sont les règles de droit commun qui s'appliquent<sup>215</sup>.

La loi du 21 juillet 1982 a également privé l'autorité militaire de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites. En effet, désormais ce sont les juridictions de droit commun qui sont

---

212 Art. L211-1 du Code de justice militaire

213 *Ibid.*

214 Art. L211-8 du Code de justice militaire

215 Art. 63 à 65, 77 à 78 et 154 du Code de procédure pénale

compétentes, ainsi c'est le procureur de la République qui dispose de l'initiative des poursuites et qui met en mouvement l'action publique<sup>216</sup>.

La loi de 1982 est également plus favorable aux victimes. En effet, elle leur permet de mettre en mouvement l'action civile mais également de déclencher l'action publique par dépôt de plainte avec constitution de partie civile<sup>217</sup>.

Les modes d'extinction de l'action publique sont les mêmes qu'en droit commun<sup>218</sup>. Une seule particularité subsiste : pour les infractions d'insoumission et de désertion, la prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à partir du jour où l'insoumis ou le déserteur a atteint l'âge le dispensant de satisfaire à toute obligation militaire<sup>219</sup>.

L'instruction est également soumise aux dispositions générales<sup>220</sup>, tout comme la détention provisoire<sup>221</sup>.

## 2- Phase décisoire

Les infractions militaires relevant désormais des juridictions de droit commun, ce sont les dispositions générales du Code de procédure pénale qui s'appliquent, sans aucune dérogation.

Ainsi, les débats sont soumis aux règles du Code de procédure pénale. Le système des questions est abandonné. Les jugements sont désormais motivés et rendus à charge d'appel.

Ainsi la procédure pénale militaire tend à se rapprocher de la procédure de droit commun. Cependant si l'article 698 du Code de procédure pénale dispose que « les infractions (commises par les militaires) sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du présent code », il ajoute « sous réserve des dispositions particulières ». Ainsi des particularités subsistent.

## **II) Subsistance de particularités**

---

216 Art. 698-1 du Code de procédure pénale

217 *Ibid.*

218 Art. L211-12 du Code de justice militaire

219 Art. L211-13 du Code de justice militaire

220 Art. L211-15 du Code de justice militaire

221 Art. L211-20 du Code de justice militaire

Bien que l'application du droit commun en matière de procédure pénale soit devenue le principe, le Code de justice militaire et le Code de procédure pénale maintiennent des règles exceptionnelles. Ces dérogations s'expliquent par la volonté du législateur de continuer à prendre en considération les spécificités du métier d'armes. Ainsi, des dérogations subsistent en temps de paix (A) mais également en temps de guerre (B).

### **A) Spécificités prévues en temps de paix**

Parmi ces règles dérogatoires, il est imposé aux enquêteurs d'adresser des réquisitions préalables à l'autorité militaire pour obtenir l'autorisation d'entrer dans les établissements militaires. Cette disposition a pour objet de protéger le secret militaire<sup>222</sup>.

Les supérieurs hiérarchiques ont également l'obligation de mettre à disposition les militaires en activité de service aux OPJ lorsque les nécessités de l'enquête l'exige<sup>223</sup>.

Également, il est encore prévu que les militaires doivent être détenus dans des locaux séparés, que ce soit dans le cadre d'une détention provisoire ou d'une peine privative de liberté<sup>224</sup>. De plus, il est impossible de prononcer à l'égard des militaires un régime de semi-liberté<sup>225</sup>. Ces points seront développés ultérieurement<sup>226</sup>.

En outre, au-delà des cas prévus par la loi, il est possible de déroger au principe de la publicité des débats et ainsi de décider que les débats auront lieu à huit-clos lorsque la publicité risque d'entraîner la divulgation d'un secret de défense nationale<sup>227</sup>.

Cependant, les particularités les plus notables sont, tout d'abord, la dénonciation ou l'avis du ministre de la Défense imposé préalablement avant tout acte de poursuite à l'encontre d'un militaire, puis l'impossibilité pour la victime de citer directement un militaire devant la juridiction de jugement. Ainsi, deux particularités subsistent : la place non négligeable qui est faite à l'autorité militaire dans la procédure pénale et le rôle restreint de la victime.

---

222 Art. 698-3 du Code de procédure pénale

223 Art. 698-4 du Code de procédure pénale

224 Art. 698-5 du Code de procédure pénale

225 Art. L311-2 du Code de justice militaire

226 Cf. p.95 et p.96

227 Art. 698-7 du Code de procédure pénale

Ainsi, l'autorité militaire continue de bénéficier de pouvoirs importants dans la procédure pénale. La loi du 21 juillet 1982 a reconnu au procureur de la République le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique, alors que cette prérogative appartenait auparavant à l'autorité militaire. Toutefois, la mise en œuvre de l'action publique est assortie de réserves importantes. En effet, sauf en cas de crime ou délit flagrant, tout acte de poursuite doit être précédé d'une dénonciation de l'infraction par l'autorité militaire ou d'un avis du ministre de la Défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui<sup>228</sup>. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas eu dénonciation de sa part, tout acte de poursuite à l'encontre d'un militaire est subordonné à l'avis préalable du ministre de la Défense. L'article 698-1 du Code de procédure pénale prévoit en effet que « le procureur de la République doit demander préalablement à tout acte de poursuite, sauf en cas de crime ou de délit flagrant, l'avis du ministre chargé de la Défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui ». Cet avis est requis tant pour les infractions commises sur le territoire de la République que pour les infractions commises hors du territoire de celle-ci. Le principal objectif est de permettre au ministre de la Défense ou à l'autorité militaire habilitée par lui de porter à la connaissance du parquet les éléments de contexte opérationnel des faits, facilitant ainsi l'enquête. Le ministre de la Justice de l'époque, Robert Badinter, avait, en effet, estimé qu'il était nécessaire que l'autorité militaire éclaire le Parquet et fasse valoir son point de vue<sup>229</sup>. Cependant cet avis ne lie pas le Parquet, qui est libre de sa décision finale et ainsi décide seul des poursuites.

Cette disposition fait l'objet de critiques. Il est tout d'abord soutenu que cet avis n'a pas lieu de subsister, puisqu'il constitue seulement un héritage des anciennes procédures dérogatoires, et notamment de la mise en mouvement de l'action publique qui relevait du ministre de la Défense. De plus, il est soulevé que cet avis a pour effet de créer une rupture d'égalité entre les justiciables, du fait du privilège qui en résulte pour les militaires. Cependant, ces arguments peuvent être reversés. En effet, au regard de l'objectif poursuivi par l'avis, le maintien de cette disposition paraît nécessaire. De plus, il peut être remarqué qu'il n'a pas pour effet de faire des militaires des justiciables privilégiés puisqu'il ne lie pas le Parquet.

Enfin, si désormais la mise en mouvement de l'action publique peut être déclenchée par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, la place de la victime dans la procédure pénale reste toujours restreinte.

---

228 Art. 698-1 du Code de procédure pénale

229 J.O. Assemblée nationale, 2ème séance, 14 avril 1982, p.1129

Premièrement, une exception est prévue concernant les infractions militaires commises hors du territoire de la République. Ainsi l'article 698-2 du Code de procédure pénale prévoit que « l'action publique ne peut être mise en mouvement que par le procureur de la République lorsqu'il s'agit de faits commis dans l'accomplissement de sa mission par un militaire engagé dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises, quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer ». Ainsi le Parquet dispose d'un monopole concernant les infractions militaires commises hors du territoire de la République. La victime ne peut donc déclencher la mise en mouvement de l'action publique par le dépôt d'une plainte dans cette hypothèse.

Deuxièmement, la victime d'une infraction commise par un militaire ne peut faire citer directement ce dernier devant la juridiction de jugement. La citation directe est une procédure par laquelle la victime d'une infraction saisit directement le juge pour obtenir réparation du préjudice subi. Cependant, en dépit de cet avantage qui pourrait être procuré aux victimes d'infractions commises par les militaires, le Code judiciaire militaire n'a prévu dans aucune de ses dispositions la voie de citation directe. Ce silence est volontaire. L'objectif est en effet de ne pas désorganiser brutalement une unité dans un contexte opérationnel et de protéger les militaires « contre des poursuites abusives qui pourraient être multipliées contre (eux) à des fins de pression, d'intimidation ou de pure malveillance »<sup>230</sup>. Robert Badintaire avait alors déclaré : « si l'on reconnaissait à tous ceux qui s'affirment victimes, non seulement le droit de provoquer l'ouverture d'une information, mais – ce qui est beaucoup plus saisissant encore – celui de citer en correctionnelle, à leur gré, tout officier ou tout soldat, on ouvrirait aux fausses victimes, aucunement préoccupées de la sanction de la dénonciation calomnieuse qui n'interviendrait que des mois ou des années plus tard, la possibilité d'entreprises de déstabilisation de l'armée républicaine »<sup>231</sup>.

Si des particularités subsistent en temps de paix, certaines dérogations sont également prévues en temps de guerre.

## **B) Spécificités prévues en temps de guerre**

Des nombreuses exceptions subsistent en temps de guerre. Cela s'explique par le fait que les

---

230 *Ibid.*

231 *Ibid.*



juridictions compétentes pour connaître des infractions commises par des militaires en temps de guerre restent des juridictions d'exception. Il faut d'ailleurs constater que souvent, ce sont les anciennes dispositions qui restent applicables.

Le ministre des Armées reste investi des pouvoirs judiciaires en temps de guerre<sup>232</sup>. Ainsi, en temps de guerre, c'est l'autorité militaire qui est chargée de la recherche et de la poursuite des infractions commises par les militaires. Elle est assistée par les OPJ des forces armées et des OPJ civils<sup>233</sup>.

Également, il est procédé aux enquêtes sur les instructions de l'autorité militaire<sup>234</sup>.

Sur autorisation de l'autorité militaire, il est également possible de procéder à des perquisitions et à des saisies de nuit dans les établissements militaires<sup>235</sup>.

Quant à l'arrestation et à la garde à vue des militaires en temps de guerre, les anciennes dispositions sont toujours applicables. Ainsi, ce sont les OPJ des forces armées qui ont qualité pour procéder à l'arrestation. En cas de flagrance, les militaires qui sont ainsi arrêtés peuvent être déposés dans la chambre de sûreté d'une caserne de gendarmerie ou dans une prison prévôtale. La durée de cette garde à vue ne doit pas dépasser quarante-huit heures.<sup>236</sup>

Également, les supérieurs hiérarchiques doivent permettre la mise à disposition des militaires en activité de service, sur demande des OPJ des forces armées ou des OPJ civils, lorsque les nécessités de l'enquête l'exige<sup>237</sup>. Les OPJ ne peuvent retenir plus de quarante-huit heures les militaires mis à leur disposition<sup>238</sup>.

Les délais de la garde à vue et de la mise à disposition peuvent être prolongés sur autorisation de l'autorité militaire<sup>239</sup>. À l'expiration du délai, le militaire devra être présenté à l'autorité militaire chargée des poursuites<sup>240</sup>.

---

232 Art. L212-1 du Code de justice militaire

233 Art. L212-5 du Code de justice militaire

234 Art. L212-23 du Code de justice militaire

235 Art. L212-4 du Code de justice militaire

236 Art. L212-27 du Code de justice militaire

237 Art. L212-28 du Code de justice militaire

238 *Ibid.*

239 Art. L212-29 du Code de justice militaire

240 Art. L212-30 du Code de justice militaire

Également en temps de guerre, la victime ne peut déclencher la mise en mouvement de l'action publique<sup>241</sup>. Seule l'action civile lui est ouverte. La mise en mouvement de l'action publique appartient alors au seul ministre des Armées<sup>242</sup>.

Les spécificités quant à la prescription de l'action publique pour les infractions d'insoumission et de désertion sont également applicables en temps de guerre<sup>243</sup>.

Pour la détention provisoire, elle doit résulter d'un ordre d'incarcération provisoire de l'autorité militaire et ne peut excéder un délai de cinq jours<sup>244</sup>. Le militaire sera alors conduit dans un quartier spécial d'une maison d'arrêt ou d'une prison prévôtale<sup>245</sup>.

Quant au déroulement du procès, s'appliquent d'anciennes dispositions. Notamment le système des questions subsistent en temps de guerre<sup>246</sup> et le procès est marqué par un cérémonial important.

Ainsi, la justice militaire tend à s'effacer, d'une part par la suppression des juridictions militaires et d'autre part par le recul de la procédure pénale militaire. Si quelques particularités subsistent, notamment l'omniprésence du personnel de l'armée dans la procédure et la place restreinte qui est laissée à la victime, il apparaît que leur maintien est nécessaire afin de tenir compte des exigences du métier d'armes. Désormais, c'est ainsi le droit commun qui s'applique par principe.

Ainsi, les spécificités du droit militaire s'effacent au fil des réformes. Le mouvement tendant à rapprocher le droit militaire du droit commun ne cessant de s'étendre, il semblerait alors que le droit militaire est condamné et soit amené à disparaître. Pour autant, bien que le droit commun s'applique désormais par principe en matière de justice et en matière de droits et de libertés, il apparaît que beaucoup d'exceptions viennent limiter l'immixtion du droit commun dans l'armée. De plus, il convient de constater que certains domaines du droit militaire aient été entièrement préservés de l'évolution et que de nouvelles spécificités émergent (Partie II). Ainsi, la subsistance de règles spéciales témoigne de la survivance du droit militaire.

---

241 Art. L212-34 du Code de justice militaire

242 Art. L212-35 du Code de justice militaire

243 Art. L212-40 du Code de justice militaire

244 Art. L212-155 du Code de justice militaire

245 Art. L212-159 du Code de justice militaire

246 Art. L222-47 du Code de justice militaire

**DEUXIÈME PARTIE - SUBSISTANCE DE LA SPÉCIALITÉ DU  
DROIT MILITAIRE**

« Si un soldat qui avait reçu l'ordre de partir n'est pas parti ou s'il a engagé un mercenaire et l'a envoyé à sa place, ce soldat sera tué »<sup>247</sup>. « Si un capitaine ou un lieutenant a pris le bien d'un soldat, l'a opprimé ou l'a abandonné, ce capitaine ou ce lieutenant sera tué »<sup>248</sup>. Ces articles issus du Code d'Hamourabi témoignent de la permanence du droit pénal militaire. En effet, environ trente-sept siècles plus tard, les infractions militaires sont toujours maintenues et apparaissent désormais dans le Code de justice militaire. Ainsi, il apparaît que des spécificités du droit militaire subsistent et résistent à l'immixtion du droit commun dans l'armée. La subsistance de particularités du droit applicable aux militaires se manifeste à plusieurs égards. Tout d'abord, tel qu'il vient d'être vu, il apparaît que des règles anciennes sont maintenues. Il en est ainsi du régime répressif particulier applicable aux militaires (Chapitre I). Mais également, en parallèle, il apparaît que de nouvelles spécificités émergent. Notamment, au vu du contexte actuel et des risques auxquels sont confrontés les militaires, le législateur n'a cessé d'accroître leur protection ces dernières années. Le militaire, alors devenu un sujet de protection ciblée, bénéficie désormais d'un régime protecteur renforcé (Chapitre II). Ainsi, alors que le droit militaire semblait disparaître, ces nouvelles dispositions tendent à l'alimenter et à leur faire revivre. Un nouveau droit militaire serait alors en train de naître.

---

247 Art. 26 du Code d'Hamourabi

248 Art. 34 du Code d'Hamourabi

## **CHAPITRE I) PÉRENNITÉ D'UN DROIT RÉPRESSIF PARTICULIER**

Le droit applicable aux militaires présente la particularité de disposer d'un régime répressif particulier. Les spécificités prévues par ce régime ont pour objet de prendre en compte les particularités de l'armée et d'assurer l'accomplissement de sa mission. En effet, dès lors qu'un militaire commet une infraction dans le cadre de son service, c'est l'ensemble de l'institution militaire qui est remise en cause. Cela peut ainsi compromettre la défense nationale. Ainsi, ce régime spécial a pour objet d'assurer une répression efficace et adaptée des troubles portés à l'institution militaire. Il existe alors une catégorie particulière d'infractions. Il s'agit des infractions relevant de la matière militaire (Section 1). Ces dernières ont pour objet de sanctionner les troubles portés à l'institution militaire et la violation des obligations particulières qui reposent sur les militaires, notamment la disponibilité, la discipline et la loyauté. Puis, en cas de commission d'infraction, des sanctions spécifiques peuvent être prononcées à l'égard du militaire mis en cause (Section 2). Ainsi, des sanctions particulières ont été créées afin d'assurer une condamnation efficace et adaptée. Il apparaît alors que ces infractions et ces sanctions spécifiques ont été maintenues et n'ont pas été remises en cause par les récentes réformes. Ainsi, les militaires sont toujours soumis à un régime répressif particulier. Ces règles dérogatoires témoignent donc de la subsistance du droit militaire.

### **SECTION 1) SUBSISTANCE DES INFRACTIONS EN MATIÈRE MILITAIRE**

Le droit pénal militaire dispose de ses propres infractions. Ces infractions visent à sanctionner les atteintes au bon fonctionnement de l'institution militaire. Celles-ci sont alors de deux ordres. Tout d'abord, relève de la matière militaire, une infraction de droit commun commise par un militaire dans l'exercice de son service (I). Il apparaît effectivement opportun de prendre en compte la qualité militaire de leur auteur dès lors que ces infractions, qui portent en premier lieu atteinte à l'intérêt général, portent également atteinte au bon fonctionnement de l'institution militaire. Or c'est le cas lorsque ces infractions sont commises en lien avec les fonctions. Ensuite, sont visées les infractions spécifiques mentionnées au titre II du livre III du Code de justice militaire (II). Ces infractions visent à sanctionner deux obligations particulières qui pèsent sur les militaires : celle d'accomplir son devoir et celle de respecter la force des armées.

## **I) Infractions de droit commun en matière militaire**

L'infraction de droit commun commise par un militaire peut troubler l'institution militaire. Il en est ainsi lorsqu'elle présente des liens avec les fonctions. Ainsi, l'infraction de droit commun peut relever de la matière militaire à certaines conditions (A). Il convient de s'attarder sur la notion d'exercice du service qui a connue une évolution (B).

### **A) Infraction commise par un militaire en lien avec les fonctions**

L'infraction de droit commun est une infraction qui peut être commise par n'importe quel citoyen et qui porte atteinte à l'intérêt général. Or, le militaire reste avant tout un citoyen ordinaire. Ainsi, il peut commettre des infractions de droit commun.

Si cette infraction présente un lien avec ses fonctions, celle-ci relève alors de la matière militaire. Une telle infraction est alors qualifiée d'infraction mixte. Cette infraction relève de la compétence des juridictions de droit commun spécialisées en matière militaire. En revanche, si l'infraction de droit commun commise par un militaire ne présente aucun lien avec ses fonctions, il s'agit d'une faute personnelle qui relève de la compétence des juridictions de droit commun non spécialisées. Dans ce cas, la qualité militaire de l'auteur de l'infraction n'est pas prise en compte.

L'infraction de droit commun peut relever de la matière militaire, que celle-ci soit intentionnelle ou non intentionnelle. À titre, d'exemple, le 12 juin 2017, un militaire a été condamné par le tribunal correctionnel de Paris pour agression sexuelle sur deux mineurs alors qu'il était en mission au Burkina-Faso<sup>249</sup>. Puis, en 2011, un général a été condamné pour homicide involontaire, suite au décès d'un sergent qui avait fait une chute de plus de deux mètres alors qu'il réparait un avion. L'enquête avait alors démontré que les mesures de sécurité n'avaient pas été respectées<sup>250</sup>.

Il apparaît que la commission des infractions de droit commun est facilitée par le métier d'armes. Il s'agit de l'expression de l'opportunité du crime. Ainsi, le passage à l'acte est notamment facilité par l'utilisation des armes de services et les opérations dans lesquelles les militaires interviennent.

---

249 « Burkina/agression sexuelle: un militaire français condamné », *Le Figaro* (en ligne), 12 juin 2017.

250 « Un général condamné pour homicide involontaire pour la mort d'un sergent », *20 minutes* (en ligne), 12 décembre 2011.

S'il ne fait aucun doute qu'une infraction de droit commun commise par un militaire peut relever de la matière militaire, la notion d'infraction commise dans l'exercice du service a posé difficulté.

## **B) Notion d'infraction commise dans l'«exercice du service »**

Aujourd'hui, le Code de procédure pénale dispose que les JDCS sont compétentes pour connaître des infractions de droit commun commises « dans l'exercice du service »<sup>251</sup>. Cette expression est récente et résulte de la loi du 13 décembre 2011<sup>252</sup>. Elle s'est volontairement substituée à l'expression antérieure d'« exécution du service ». En effet, le législateur souhaitait rompre avec les jurisprudences précédentes et étendre la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire à tout acte pénalement répréhensible commis par un militaire, alors même que ce dernier ne serait pas en cours d'exécution de sa mission. Ainsi, désormais toute infraction commise par un militaire qui se trouve dans une situation liée à ses fonctions relève de la compétence des JDCS.

L'ancienne expression « exécution du service » ne permettait pas, notamment, de retenir la compétence des JDCS pour les infractions commises dans un établissement militaire par un militaire hors de l'exécution de son service.

Ces difficultés apparaissent notamment dans un arrêt du 2 octobre 1987 de la Cour de cassation<sup>253</sup>. Dans les faits, des militaires ont été poursuivis pour des faits de sévices sexuels à l'encontre d'un de leurs camarades à l'intérieur d'un établissement militaire. L'instruction a été transmise à la JDCS de Reims en application des articles 697 et 697-1 du Code de procédure pénale. Considérant que les infractions de droit commun reprochées n'avaient pas été commises dans l'exécution du service, le juge d'instruction s'est déclaré incompétent et s'est dessaisi au profit d'une juridiction de droit commun non spécialisée. Pour confirmer cet acte, la chambre d'accusation énonce qu'en vertu de l'article 697-1 du Code de procédure pénale, seuls les crimes et délits de droit commun commis par des militaires au cours d'une mission déterminée, ou d'une mission générale, ou de l'accomplissement de tâches contrôlées par l'autorité militaire, impliquent la compétence des JDCS en matière militaire. Dès lors, « n'entrent pas dans ces catégories, les infractions de droit commun commises, même à l'intérieur de l'établissement militaire, par des militaires qui ne sont affectés à aucune tâche et n'accomplissent aucun devoir attaché à leurs fonctions, et ainsi n'exécutent aucun

---

251 Art. 697-1 du Code de procédure pénale

252 Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles

253 Cass. Crim., 2 octobre 1987, n°87-80.858

service ». La Cour de cassation, le 2 octobre 1987, a validé ce raisonnement. Ainsi, la commission d'une infraction de droit commun par un militaire dans un établissement militaire ne suffit pas à retenir la compétence des JDCS.

Cette décision a notamment été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 novembre 1993<sup>254</sup>. Dans les faits, deux gendarmes étaient poursuivis pour homicide involontaire, à la suite du décès accidentel d'un autre gendarme, commis avec une arme de service alors qu'ils se trouvaient dans leur chambre de cantonnement. La Cour d'appel avait alors rejeté le recours tendant à faire reconnaître la compétence des JDCS en matière militaire. La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 novembre 1997 confirme l'arrêt d'appel en considérant que les JDCS en matière militaire ne peuvent connaître des infractions de droit commun commises à l'intérieur d'un établissement militaire, par des militaires qui ne sont affectés à aucune tâche et n'accomplissent aucun devoir attaché à leurs fonctions et ainsi n'exécutent aucun service ».

Ainsi, il s'agissait d'une jurisprudence constante : toute infraction imputable à un militaire, commise dans un établissement militaire hors du cadre de la mission de service qui lui a été confiée, ne relève pas de la matière militaire.

C'est pourquoi le législateur s'est décidé à intervenir et mettre fin à cette jurisprudence. Par la loi du 13 décembre 2011, la notion « d'exécution du service » est substituée à celle « d'exercice du service ». Cette notion a une portée plus large. En effet, elle renvoie à toutes les infractions qui ont un lien suffisant et direct avec l'activité du personnel militaire concerné, alors même qu'il ne serait pas en cours d'exécution de sa mission. Ainsi, désormais l'infraction commise par un militaire dans une enceinte militaire, présente un lien suffisant avec le service, permettant de retenir la compétence des JDCS en matière militaire.

Ainsi, les infractions de droit commun peuvent relever de la matière militaire. En parallèle, le législateur a créé des infractions qui ne peuvent être commis que par des militaires.

## **II) Infractions purement militaires**

Les infractions purement militaires sont mentionnées au titre II du livre III du Code de justice militaire. Ces infractions visent à sanctionner la violation des obligations particulières qui pèsent sur

---

254 Cass. Crim., 17 novembre 1993, n°93-83.320



les militaires. Il faut ainsi distinguer les infractions par lesquelles le militaire transgresse ses engagements (A) des infractions par lesquelles le militaire fait preuve de désobéissance (B).

### **A) Infractions en violation des engagements**

Les infractions commises en violation des engagements peuvent tendre à soustraire leur auteur de ses obligations militaires (1) ou à bafouer le devoir et l'honneur (2).

#### 1- Infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires

Les infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires sont l'insoumission, la désertion, la provocation à la désertion, le recel de déserteurs et les mutilations volontaires. La question pouvait se poser de savoir si la subsistance de ces infractions était nécessaire. En effet, du fait de la suppression du service militaire et de la professionnalisation des armées, l'état militaire n'est plus imposé. Désormais, les militaires s'engagent donc volontairement. Cependant, bien que la commission de certaines de ces infractions soit devenue anecdotique (a), il faut constater une recrudescence actuelle de la commission de l'infraction de désertion (b).

##### a- Insoumission et mutilations volontaires

Autrefois « pain quotidien » des juridictions des forces armées<sup>255</sup>, ces infractions sont aujourd'hui rarement commises par les militaires.

L'insoumission est le fait pour un individu, régulièrement appelé, de ne pas répondre à la convocation impérative d'appel sous les drapeaux. En temps de paix, il n'y a insoumission qu'à l'expiration d'un délai de huit jours<sup>256</sup>. En temps de guerre, le délai est porté à deux jours<sup>257</sup>. Cela signifie qu'un appelé qui se présente avant la fin de ce délai n'est pas coupable d'insoumission. Il en est de même lorsqu'il peut faire état d'un cas de force majeure, tel qu'un éloignement ou une maladie, l'ayant empêché de répondre dans les temps. En temps de paix, l'insoumission est punie d'un an d'emprisonnement<sup>258</sup>. En temps de guerre, la peine s'élève à dix ans d'emprisonnement et le juge peut également prononcer la peine complémentaire d'interdiction de l'exercice des droits civiques,

---

255 DOLL (P.-J.), *Analyse et commentaire du Code de justice militaire*, éd. LGDJ, 1966, p. 300.

256 Art. L125 du Code du service national

257 Art. L126 du Code du service national

258 Art. L321-1 du Code de justice militaire

civils et de famille<sup>259</sup>. Si le coupable est un officier, le juge peut également prononcer la destitution<sup>260</sup>.

La mutilation volontaire est « le fait pour tout militaire de s'être rendu volontairement impropre au service, soit d'une manière temporaire, soit d'une manière permanente, dans le but de se soustraire à ses obligations militaires »<sup>261</sup>. S'est posé la question de savoir si une tentative de suicide pouvait constituer une telle infraction. Ce sera alors au juge de déterminer quel était le but poursuivi par le militaire. Si le suicide envisagé avait pour objectif de se soustraire à ses obligations, dans ce cas l'infraction est constituée. Mais, généralement les militaires qui mettent fin à leurs jours ne souhaitent pas échapper à leurs engagements mais passent à l'acte par préoccupations sentimentales et par dépression. Dans ce cas, l'infraction de mutilation n'est pas constituée. En temps de paix, la peine est d'un an d'emprisonnement. Le juge peut également prononcer la peine complémentaire de l'interdiction pour une durée de dix ans de l'exercice des droits civils, civiques et de famille. Si le coupable est officier, il peut être puni, en outre, de la destitution. En temps de guerre, la peine s'élève à dix ans d'emprisonnement.

Ces infractions, bien que rarement commises aujourd'hui, doivent subsister. En effet, en cas de besoin, le service militaire peut de nouveau être instauré. Le Code du service national dispose en effet que le service «est rétabli à tout moment par la loi dès lors que les conditions de la défense de la Nation l'exigent ou que les objectifs assignés aux armées le nécessitent»<sup>262</sup>. De plus, il est imposé à certaines personnes de s'engager et de servir l'armée en vertu de l'obligation de disponibilité<sup>263</sup>. Enfin, quand bien même les militaires choisissent de s'engager, il arrive que certains d'entre eux reviennent sur leur engagement au cours de leur carrière. Ainsi, plusieurs hypothèses peuvent engendrer une violation des engagements.

#### b- Désertion et autres infractions liées

La désertion est le fait pour un soldat déjà incorporé de s'absenter de son corps ou de son unité sans autorisation ou de ne pas rejoindre son affectation à l'issue d'une permission. Divers cas de désertion sont prévus par le code de justice militaire. Il s'agit de la désertion à l'intérieur, de la désertion à l'étranger, de la désertion à bande armée et de la désertion à l'ennemi ou en présence de

---

259 *Ibid.*

260 *Ibid.*

261 Art. L321-22 du Code de justice militaire

262 Art. L 112-2 du Code du service national

263 Art. L4231-1 du Code de la défense

l'ennemi. Selon les cas, des délais variables sont retenus pour que l'infraction soit constituée. Par exemple, un militaire est considéré comme déserteur lorsqu'il s'est absenté durant 6 jours en temps de paix<sup>264</sup>. En temps de paix, la désertion est punie de trois ans d'emprisonnement. Si la désertion a lieu en temps de guerre, la peine peut être portée à 10 ans d'emprisonnement<sup>265</sup>. Aujourd'hui, il apparaît que la commission de cette infraction est en recrudescence chez les militaires. Ainsi, les désertions représentent 74% des infractions commises par les militaires durant leur temps de service<sup>266</sup>. En 2017, 1544 cas de désertion ont été constatés, soit 331 de plus par rapport à 2016<sup>267</sup>. Ces chiffres coïncident avec la hausse des recrutements effectués dans le cadre de la LPM 2014-2019 en vue d'augmenter les effectifs des forces armées, sollicités pour l'opération intérieure Sentinelle. Du fait de l'ouverture au recrutement, beaucoup des jeunes qui se sont engagés étaient peu diplômés et hésitants sur leur orientation professionnelle. Ainsi, certains d'entre eux ont mal perçu les rigueurs du métier. Également, ces chiffres s'expliquent par la désillusion de certains militaires du fait du décalage avec la réalité. De plus, il a été constaté que si avant 2015, les magistrats étaient plutôt indulgents à l'égard des déserteurs, ce n'est plus le cas aujourd'hui. « La proportion de désertions faisant l'objet d'un jugement a bondi de 35% en 2015 à 85% en 2016 et 2017 »<sup>268</sup>. Cette augmentation des poursuites et des condamnations et l'aggravation des peines s'expliquent par le contexte actuel. En effet, du fait de la recrudescence des infractions terroristes sur le territoire français et de la multiplication des OPEX dans lesquelles la France intervient, l'armée a besoin de ses effectifs.

Le Code de justice militaire réprime également des infractions liées à la désertion. Il s'agit de la provocation à la désertion et du recel de déserteur. Tout d'abord, la provocation à la désertion est « le fait pour toute personne de provoquer ou favoriser la désertion, par quelques moyens que ce soit, qu'ils aient été ou non suivis d'effet »<sup>269</sup>. Ainsi, l'infraction est constituée, peu importe le résultat de la provocation. Il s'agit donc d'une infraction formelle. Cette infraction est punie en temps de paix de trois ans d'emprisonnement et en temps de guerre, de dix ans d'emprisonnement. Ensuite, le recel de déserteur est le « fait pour toute personne d'avoir sciemment soit recelé un déserteur, soit soustrait ou tenté de soustraire d'une manière quelconque un déserteur aux poursuites ordonnées par la loi »<sup>270</sup>. Cette infraction est punie d'un emprisonnement de deux ans, et si l'auteur

---

264 Art. L321-2 du Code de justice militaire

265 Il s'agit des peines retenues en cas de désertion à l'intérieur.

266 LAGNEAU (L.), « En 2017, 1.544 cas de désertion ont été constatés dans les armées », *Opex 360* (en ligne), 18 avril 2018.

267 *Ibid.*

268 *Ibid.*

269 Art. L321-18 du Code de justice militaire

270 Art. L321-19 du Code de justice militaire

n'est ni militaire ni assimilé, une peine d'amende de 3 750 euros peut être prononcée également.

## 2-Infractions contre l'honneur ou le devoir

Les infractions contre l'honneur ou le devoir constituent un ensemble très hétéroclite d'actes. Cette catégorie regroupe en effet la capitulation, le complot militaire, le pillage, les destructions de biens militaires, les faux, falsification et détournement, l'outrage aux drapeaux et à l'armée, l'incitation à commettre des actes contraires au devoir ou à la discipline et l'usurpation d'uniformes, de décorations, de signes distinctifs et emblèmes. Certaines de ces infractions constituent des crimes, d'autres des délits. Dès le premier code de justice militaire, cette catégorie se démarquait par la sévérité des peines qui étaient infligées. Certaines de ces infractions d'ailleurs étaient punies de la peine capitale. C'était notamment le cas pour la capitulation et le complot militaire. Aujourd'hui, bien que la peine de mort ait été abolie, les peines prévues pour ces infractions restent sévères. Plusieurs exemples peuvent le démontrer.

La capitulation est le fait, pour un commandant, d'avoir capitulé devant l'ennemi ou ordonné de cesser le combat ou ne pas avoir utilisé tous les moyens de défense dont il disposait et ne pas avoir fait tout ce que lui prescrivait le devoir et l'honneur<sup>271</sup>. Aujourd'hui cette infraction est punie de la peine la plus sévère, soit la peine de réclusion criminelle à perpétuité<sup>272</sup>.

Le complot est l'acte concerté qui vise soit à porter atteinte à l'autorité militaire, soit à la discipline ou à la sécurité<sup>273</sup>. Cette infraction, commise en temps de guerre ou sur un territoire en état de siège ou en état d'urgence, est également punie de la réclusion criminelle à perpétuité<sup>274</sup>.

Le pillage et la destruction peuvent, dans certains cas, être punis de la même peine. Ainsi, si un militaire exerce sur un blessé, un malade ou un naufragé des violences aggravant son état en vue de le dépouiller, il encourt la peine maximale<sup>275</sup>. Également, la réclusion criminelle à perpétuité est encourue lorsque un militaire provoque la destruction de matériel militaire qui est de nature ou qui entraîne la mort d'homme ou nuit gravement à la défense nationale<sup>276</sup>. La même peine est prévue pour le militaire, chef ou subordonné, qui a volontairement occasionné la perte d'un bâtiment ou d'un aéronef placé sous ses ordres ou sur lequel il est embarqué<sup>277</sup>. Puis, lorsque ces faits ont été

---

271 Art. L322-1 du Code de justice militaire

272 *Ibid.*

273 Art. L322-3 du Code de justice militaire

274 *Ibid.*

275 Art. L322-5 du Code de justice militaire

276 Art. L322-8 du Code de justice militaire

277 Art. L322-9 du Code de justice militaire

commis en temps de guerre ou au cours d'opération de guerre par le commandant d'un navire de commerce convoyé, la peine de la réclusion criminelle à perpétuité est également encourue<sup>278</sup>.

Ainsi, le législateur contemporain a conservé cette intolérance vis-à-vis des militaires qui commettaient de tels actes. Cette sévérité se justifie car ces infractions troublent gravement l'ordre militaire et ébranlent l'institution quand elles ne la remettent pas en cause.

Maintenant que les infractions commises en violation des engagements ont été abordées, il convient d'étudier les infractions contraires à l'obéissance.

## **B) Infractions contraires à l'obéissance**

Les infractions contraires à l'obéissance peuvent porter atteinte à la discipline (1) ou contrevenir aux consignes (2).

### 1-Infractions contre la discipline

Ces infractions visent à réprimer tant l'insubordination que l'abus d'autorité. Ainsi, contrairement à ce qui pourrait être pensé, n'est pas seulement réprimé le fait pour un subordonné de remettre en cause l'autorité. Les supérieurs hiérarchiques peuvent également se rendre coupable d'infractions contre la discipline. Cet équilibre prévu par le Code de justice militaire permet d'assurer le respect de la discipline. En effet, il faut admettre que si le militaire ayant autorité respecte son subordonné et utilise son pouvoir hiérarchique de manière raisonnable, cela participe au respect de la discipline par le subordonné qui ne sera pas tenté de remettre en cause son autorité.

Premièrement, l'obligation de respecter la discipline s'impose aux subordonnés.

Ainsi, le Code de justice militaire réprime la révolte militaire. Pour retenir l'infraction de révolte il est nécessaire que l'acte soit commis de concert entre plusieurs militaires. Trois états de révolte sont différenciés. Sont en état de révolte les militaires réunis au nombre de quatre au moins qui refusent à la première sommation d'obéir aux ordres de leurs chefs, les militaires au nombre de quatre au moins qui prennent les armes sans autorisation et agissent contre les ordres de leurs chefs, et les militaires au nombre de huit au moins qui se livrent à des violences en faisant usage d'armes, et refusent, à la voix de l'autorité qualifiée, de se disperser et de rentrer dans l'ordre<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> Art. L323-1 du Code de justice militaire

Constitue également une infraction à la discipline la rébellion qui est le fait de résister avec violences et voies de fait à la force armée ou aux agents de l'autorité<sup>280</sup>.

De plus, est incriminé le refus d'obéissance qui consiste pour un militaire de refuser d'obéir ou de ne pas exécuter l'ordre reçu. Le cas de force majeure est cependant une cause d'exonération de la responsabilité pénale<sup>281</sup>. Toutefois, elle est rarement retenue par le juge.

Également, il est interdit pour un militaire de commettre des voies de fait ou un outrage à l'égard d'un supérieur. Cette incrimination permet d'englober un grand nombre d'actes puisque les voies de fait visent toute violence hors atteinte corporelle, tandis que l'outrage est constitué par des paroles, écrits, gestes ou menaces<sup>282</sup>. Il est distingué selon que l'infraction est commise dans le service ou à l'occasion du service et hors du service. Les peines ne seront pas les mêmes selon le contexte.

En outre, les sentinelles et vedettes bénéficient d'une protection particulière en raison de l'importance de leur mission. Ainsi, les insultes et violences commises à leur égard sont réprimées<sup>283</sup>.

Enfin, le refus d'un service légalement dû constitue également une infraction à la discipline<sup>284</sup>. Cette infraction vise deux situations. La première consiste, pour tout commandant militaire, de refuser de faire agir des forces placées sous ses ordres, bien qu'il soit régulièrement saisi d'une réquisition légale de l'autorité civile. La seconde hypothèse consiste, pour tout militaire, de refuser ou d'omettre, sans excuse légitime, de se rendre aux audiences des juridictions des forces armées où il est appelé à siéger.

Deuxièmement, l'obligation de respecter la discipline s'impose aux supérieurs hiérarchiques.

Ainsi, les voies de fait et outrages sont également réprimés lorsqu'ils sont commis à l'égard d'un subordonné. Cependant, l'infraction ne sera pas retenue lorsque l'acte a pour effet de « rallier des fuyards en présence de l'ennemi ou de bande armée ou d'arrêter soit le pillage ou la dévastation, soit le désordre grave de nature à compromettre la sécurité d'un bâtiment de la marine ou d'un aéronef militaire »<sup>285</sup>.

---

280 Art. L323-4 du Code de justice militaire

281 Art. L323-6 du Code de justice militaire

282 Art. L323-12 du Code de justice militaire

283 Art. L323-15 du Code de justice militaire

284 Art. L323-17 du Code de justice militaire

285 Art. L323-19 du Code de justice militaire

Ensuite, le code de justice militaire punit les abus de réquisition. L'abus de réquisition est réprimé dans deux cas ; soit l'abus vise à profiter abusivement des pouvoirs conférés en matière de réquisition, soit il vise à exercer une réquisition sans avoir qualité pour le faire<sup>286</sup>.

Enfin, il est interdit pour un militaire ayant autorité de constituer illégalement une juridiction répressive<sup>287</sup>.

## 2 -Infractions aux consignes

Cette catégorie regroupe des infractions multiples.

Tout d'abord, il est interdit pour un militaire de violer les consignes qu'il reçoit de l'autorité militaire<sup>288</sup>. Sont visées à la fois les consignes générales données à la troupe et les consignes personnelles données à un membre en particulier des forces armées.

Ensuite, les commandants se doivent également de remplir la mission dont ils sont chargés<sup>289</sup>. Le manquement à cette mission est réprimé, qu'il soit commis par négligence ou volontairement.

Est également réprimé, sur le fondement des infractions aux consignes, l'abandon de poste qui est le fait, pour un militaire, de quitter « l'endroit où il doit se trouver à un moment donné pour l'accomplissement de la mission reçue de ses chefs »<sup>290</sup>.

Enfin, il est interdit pour un commandant de refuser, sans motif légitime, de porter assistance à un bâtiment en détresse<sup>291</sup>.

Ainsi, la subsistance des infractions commises en matière militaire témoigne du maintien d'un droit spécial. Or, un autre aspect du droit applicable aux militaires permet également d'affirmer qu'un système répressif particulier subsiste. Ainsi, les militaires se voient appliquer un régime de sanctions dérogatoire au droit commun.

---

286 Art. L323-22 du Code de justice militaire

287 Art. L323-22 du Code de justice militaire

288 Art. L324-1 du Code de justice militaire

289 Art. L324-2 du Code de justice militaire

290 Art. L324-4 du Code de justice militaire

291 Art. L324-11 du Code de justice militaire

## **SECTION 2) SUBSISTANCE DE SANCTIONS SPÉCIFIQUES**

Le droit militaire dispose de son propre régime punitif. Ainsi, des sanctions spécifiques peuvent être prononcées à l'égard des militaires ayant commis une infraction dans le cadre de leur service. Ces sanctions permettent d'assurer une répression efficace et adaptée des atteintes portées au bon fonctionnement de l'institution militaire. Deux catégories de sanctions sont alors à distinguer. Tout d'abord, des sanctions peuvent être prononcées à l'égard des militaires en vertu de la fonction (I). La fonction publique dispose de son propre système de sanction. Cependant, le Code de la défense prévoit un système de sanction différent de celui applicables aux autres fonctionnaires. Puis, des peines peuvent être prononcées à l'égard des militaires en vertu du droit pénal (II). Le droit pénal prévoit ainsi un régime des peines distinct de celui de droit commun.

### **I) Sanctions prononcées en vertu de la fonction**

Le Code de la défense a maintenu un régime de sanctions particulier, dérogatoire à celui des autres fonctionnaires. Cependant quelques rectifications ont été apportées à l'ancien système qui était apparu complexe, suranné et contraire à l'État de droit. Ainsi, le système des sanctions a été simplifié (A) et les droits et garanties du militaire ont été étendus (B).

#### **A) Simplification de l'ancien système**

Le statut général de 1972 prévoyait un système de sanction réprimant les fautes commises par les militaires basé sur trois éléments : des punitions disciplinaires, énumérées par le règlement de discipline générale des armées, des sanctions statutaires prévues dans le statut général lui-même, et des sanctions professionnelles, réprimant des erreurs techniques commises par des spécialistes<sup>292</sup>. Ces sanctions pouvaient être cumulées.

Ce régime a été largement critiqué lors des discussions relatives à la révision du statut des militaires. Il était en effet jugé très complexe et un peu suranné.

Tout d'abord, ce régime était marqué par la profusion des catégories de sanctions applicables aux militaires, car trois catégories de sanctions étaient recensées. Or, cette situation était source de

---

<sup>292</sup> Art. 27 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires



confusion, notamment terminologique, puisque la distinction de ces catégories de sanctions n'était pas nette. Le juge en était venu à considérer, de façon pragmatique que les « sanctions disciplinaires » recouvraient l'ensemble des trois catégories de sanctions. Ce système posait alors des difficultés de lisibilité.

De plus, la complexité découlait également de l'existence et l'acceptation de cumuls entre ces sanctions. L'article 29 du statut général de 1972 disposait en effet que « peuvent être prononcées cumulativement une punition disciplinaire, une sanction professionnelle et une sanction statutaire ». Ce cumul remettait en cause deux principes : le principe non bis in idem et le principe de non cumul des peines. Selon le principe non bis in idem, « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison des mêmes faits »<sup>293</sup>. Et selon le principe du non cumul des peines, lorsqu'une personne est reconnue coupable de plusieurs infractions à l'occasion d'une même procédure il ne peut être prononcé que la peine afférente à l'infraction la plus grave. Le cumul des sanctions apparaît ainsi injustifié.

C'est pour ces raisons que le système de sanction a fait l'objet d'une réforme à l'occasion de la révision du statut général des militaires.

La loi du 24 mars 2005<sup>294</sup> portant statut général des militaires modifie ainsi le régime de sanctions des militaires.

Pour simplifier le système des sanctions, le législateur a procédé à la fusion des punitions disciplinaires et des sanctions statutaires. Désormais, il n'existe donc plus que deux catégories de sanctions : les sanctions disciplinaires et les sanctions professionnelles<sup>295</sup>.

Tout d'abord, les sanctions disciplinaires sont toutes énoncées par la loi. Elles sont désormais réparties en trois groupes<sup>296</sup>. Les sanctions du premier groupe sont l'avertissement, la consigne, la réprimande, le blâme, les arrêts, et le blâme du ministre. Il convient ici de préciser que les arrêts, qui constituent des punitions restrictives de liberté, sont des sanctions propres à l'armée. Ainsi, il n'existe aucune mesure équivalente dans les autres secteurs du service public. Elles portent ainsi la

---

293 Code d'instruction criminelle de 1808

294 Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

295 Art. 40 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L4137-1 du Code de la défense

296 Art. 41 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L 4137-2 du Code de la défense

marque de la conception rigoureuse de la discipline militaire. Les sanctions du deuxième groupe sont l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de cinq jours, privative de toute rémunération, l'abaissement temporaire ou définitif d'échelon et la radiation du tableau d'avancement. Enfin, les sanctions du troisième groupe correspondent aux anciennes sanctions statutaires. Il s'agit du retrait d'emploi, de la radiation des cadres et de la résiliation du contrat. Il convient de constater une différence par rapport au régime de sanctions appliqué aux fonctionnaires. En effet, pour les militaires, le déplacement d'office ne figure pas au nombre des sanctions disciplinaires applicables au personnel militaire. Ainsi, toute mutation pour les militaires est considérée comme normale et décidée dans l'intérêt du service.

Les sanctions professionnelles, quant à elles, sont fixées par la voie réglementaire. Elles correspondent soit à l'attribution de points négatifs, soit au retrait partiel ou total, temporaire ou définitif de qualifications professionnelles.

Les sanctions disciplinaires et les sanctions professionnelles sont infligées par le ministre de la Défense et par les autorités habilitées<sup>297</sup>.

La réforme est également revenue sur le système de cumul entre les sanctions.

Ainsi, pour un même fait, une sanction disciplinaire et une sanction professionnelle peuvent être prononcées cumulativement<sup>298</sup>. Cependant, il n'est plus possible de cumuler des sanctions disciplinaires pour un même fait. Il existe pour autant une exception. L'article 41 de la loi du 24 mars 2005 prévoit en effet que « les sanctions disciplinaires ne peuvent se cumuler entre elles à l'exception des arrêts qui peuvent être appliqués dans l'attente du prononcé de l'une des sanctions des deuxième et troisième groupes qu'il est envisagé d'infliger »<sup>299</sup>. Ainsi, les possibilités de cumul sont restreintes au seul cumul des arrêts avec une sanction du deuxième ou du troisième groupe. Mais il peut paraître inexact de parler de cumul. En effet, la mise aux arrêts, quand elle est accompagnée d'une procédure visant au prononcé d'une autre sanction, peut être considérée comme constituant une mesure conservatoire et provisoire. Il n'y a donc pas stricto sensu cumul entre deux sanctions. Enfin, il n'est également plus possible de cumuler les sanctions professionnelles entre elles pour un même fait.

---

297 Art. L4137-4 du Code de la défense

298 Art. 40 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L4137-1 du Code de la défense

299 Art. 41 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L4137-2 du Code de la défense

Si le statut général de 2005 a permis de simplifier le système de sanctions prononcées en vertu de la fonction, il a également permis d'étendre les droits et garanties des militaires faisant l'objet d'une procédure.

## **B) Étendue des droits et garanties**

En application du statut général de 1972, les droits de la défense apparaissaient restreints. Le régime de sanctions applicable aux militaires fut alors considéré contraire à l'État de droit. En effet, les anciennes dispositions ne garantissaient pas totalement la protection individuelle des militaires et les garanties apparaissaient limitées par rapport à l'étendue du pouvoir de l'autorité hiérarchique.

Des premiers apports ont alors été faits par le règlement de 1966 et le statut général de 1972. Notamment, les militaires disposaient du droit de s'expliquer, d'un délai pour l'organisation de la défense et d'un droit d'accès au dossier disciplinaire. Mais des insuffisances notables subsistaient, notamment l'absence de recours. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement P. Frydman soulignait que « les sanctions disciplinaires ainsi prononcées à l'encontre des détenus ou des militaires ont toujours été analysées jusqu'ici [...], comme de simples mesures d'ordre intérieur ne pouvant, à ce titre, donner lieu à contestation devant le juge administratif »<sup>300</sup>, alors même que ces sanctions avaient des « effets directs sur les libertés individuelles de la personne sanctionnée » et sur leur situation statutaire.

Le nouveau statut de 2005 a alors accordé aux militaires des droits et des garanties plus étendus.

Tout d'abord, le militaire à l'encontre duquel une procédure de sanction est engagée, a droit à la communication de son dossier individuel<sup>301</sup> et à la connaissance de l'ensemble des pièces et documents au vu desquels il est envisagé de le sanctionner<sup>302</sup>. Son administration a d'ailleurs l'obligation de l'informer de ce droit<sup>303</sup>.

---

300 Cf. CE, 11 juillet 1947, *Dewavrin* et CE, 13 juillet 1968, *Chenal*

301 Art. 40 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L 4137-1 du Code de la défense

302 Art. R4137-15 du Code de la défense

303 Art. 40 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L 4137-1 du Code de la défense

Le militaire a ensuite droit à la préparation et à la présentation de sa défense<sup>304</sup>. Notamment, tout militaire susceptible de recevoir une sanction a le droit de s'expliquer oralement ou par écrit sur les faits qui lui sont reprochés devant son autorité militaire de premier niveau, seul ou accompagné d'un militaire en activité de son choix<sup>305</sup>. Il dispose au préalable d'un délai de réflexion, qui ne peut être inférieur à un jour franc, pour organiser sa défense<sup>306</sup>.

Le militaire bénéficie également des garanties apportées par la réunion de conseils où il reçoit l'assistance d'un défenseur. En effet, le prononcé de certaines infractions est subordonné à la consultation de conseil<sup>307</sup>. Ainsi, la sanction professionnelle du retrait d'une qualification professionnelle n'est prononcée qu'après consultation du conseil d'examen des faits professionnels. Également, un conseil de discipline doit être consulté avant toute sanction disciplinaire du deuxième groupe. Enfin, lorsqu'un militaire est visé par une sanction disciplinaire du troisième groupe, un conseil d'enquête doit être réuni. Ces conseils sont composés d'au moins un militaire du même grade et de la même armée ou formation rattachée que le militaire sanctionné et de militaires d'un grade supérieur<sup>308</sup>.

De plus, la décision portant sanction disciplinaire ou professionnelle prononcée à l'encontre d'un militaire peut faire l'objet d'un recours hiérarchique ou juridictionnel dans un délai de deux mois à compter de sa notification<sup>309</sup>. Par ailleurs la notification de la décision doit mentionner « la possibilité d'exercer un droit de recours administratif, ainsi que l'indication des voies et délais d'un recours contentieux devant les juridictions administratives »<sup>310</sup>.

Ainsi, le droit répressif applicable aux militaires contient toujours un système de sanction particulier régi par le Code de la défense. Il se distingue également par un régime des peines dérogatoire au droit commun prévu par le Code de justice militaire et le Code pénal.

## **II) Peines appliquées en vertu du droit pénal**

Le Code pénal et le Code de justice militaire ont maintenu un régime des peines spécifique pour les

---

304 *Ibid.*

305 Art. R4137-15 du Code de la défense

306 Art. R4137-15 du Code de la défense

307 Art. 42 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et art. L4137-3 du Code de la défense

308 *Ibid.*

309 Art. R4137-134 du Code de la défense

310 Art. R4137-134 du Code de la défense

militaires. Tout d'abord, subsistent des particularités quant au prononcé des peines (A). Sont également maintenues des spécificités relatives à l'exécution des peines (B).

## **A) Particularités quant au prononcé des peines**

Les particularités du régime des peines applicable aux militaires se manifestent en plusieurs points. Ainsi, si les militaires peuvent se voir appliquer des peines spécifiques (1), certaines peines de droit commun ne peuvent être prononcées à leur encontre (2).

### 1- Application de peines spécifiques

En complément des peines de droit commun, les juridictions ont la possibilité de prononcer des peines spécifiques. Il s'agit de la destitution (a) et de la perte du grade (b).

#### a- La destitution

La destitution est susceptible d'être prononcée soit à titre principal, soit à titre complémentaire, quand l'infraction est passible d'une peine criminelle et en temps de guerre<sup>311</sup>. Cette infraction est applicable aux officiers et aux sous-officiers de carrière dans tous les cas où elle est prévue pour les officiers<sup>312</sup>.

La destitution emporte pour conséquence la perte du grade et du droit d'en porter les insignes et l'uniforme<sup>313</sup>. Elle a également effet sur le droit à l'obtention et à la jouissance d'une pension<sup>314</sup>. L'article L311-4 du Code de justice militaire renvoie alors à la législation des pensions pour connaître de ces effets. Le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre prévoit en effet que « le droit à l'obtention ou à la jouissance de la retraite du combattant est suspendu par la destitution prononcées en application des prescriptions du Code de justice militaire »<sup>315</sup>. Ainsi, la destitution prive les militaires combattants de leur droit à l'obtention et à la jouissance d'une pension. Cependant, aucune disposition similaire n'est prévue dans le Code des pensions civiles et militaires de retraite. En effet, l'ancien article L58 de ce code permettait, dans cinq hypothèses, la suspension du droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension. Parmi ces hypothèses était

311 Art. L311-5 du Code de justice militaire

312 Art. L311-4 du Code de justice militaire

313 *Ibid.*

314 *Ibid.*

315 Art. L321-5 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre

énoncée la condamnation à la destitution prononcée par application du Code de justice militaire. Cependant ce texte a été abrogé par la loi du 21 août 2003<sup>316</sup> et n'a pas été remplacé depuis. Ainsi, l'article L311-4 du Code de justice militaire est privé d'effet puisque la destitution suspend seulement le droit et la jouissance de la retraite du combattant.

#### b- La perte de grade

La perte de grade a un domaine d'application plus large que la destitution puisqu'elle peut être prononcée à l'égard des officiers et, dans tous les cas où elle est prévue pour ceux-ci, à l'égard des sous-officiers de carrière mais également des sous-officiers servant sous contrat<sup>317</sup>.

Cette peine est de moindre gravité par rapport à la destitution. En effet, elle entraîne les mêmes effets que la destitution sans toutefois modifier les droits à pension et à récompense pour services antérieurs<sup>318</sup>.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 décembre 2011<sup>319</sup>, le prononcé de cette peine pouvait être automatique, et ce dans trois hypothèses prévues à l'ancien article L311-7 du Code de justice militaire. Ainsi, toute condamnation pour crime induisait de plein droit la perte de grade. De la même façon, une condamnation à une peine égale ou supérieure à trois mois d'emprisonnement emportait également de plein droit la perte du grade, si elle était prononcée pour certains délits. Il s'agissait des délits de vol, extorsion, escroquerie, abus de confiance, recel et de banqueroute, et également de la provocation à la désobéissance des militaires ou assujettis affectés à toute forme du service national, de la corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique et de la corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers. Enfin, la perte de grade était également automatique pour toute condamnation à une peine d'interdiction des droits civiques, civils et de famille ou d'interdiction d'exercer une fonction publique.

Cependant, dans une décision du 3 février 2012<sup>320</sup>, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'ancien article L311-7 du Code de justice militaire. Dans les faits, un officier avait été

---

316 Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites

317 Art. L311-6 du Code de justice militaire

318 *Ibid.*

319 Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles

320 Cons. const., 3 février 2012, n° 2011-218 QPC

condamné par le tribunal correctionnel à six mois d'emprisonnement avec sursis pour extorsion de fonds. Constatant que la condamnation pénale entraînait de plein droit la perte du grade, le ministre de la Défense avait résilié son engagement. Le condamné avait alors saisi le tribunal administratif de Toulon d'un recours tendant à l'annulation de la décision du ministre et il avait soulevé, à cette occasion, une QPC qui a été transmise au Conseil constitutionnel. Il considérait en effet que les dispositions contestées méconnaissaient les exigences de l'article 8 de la DDHC et portaient atteinte au principe d'égalité devant la loi issu de l'article 6 de la DDHC.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 février 2012 a tout d'abord rappelé que l'article 8 de la DDHC selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ne s'applique qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Or, le Conseil constate qu'il ressort d'une jurisprudence constante du Conseil d'état que la perte de grade pour un militaire constitue bien une peine<sup>321</sup>. Ainsi, l'article 8 de la DDHC est applicable. Or, cet article, d'où découle le principe d'individualisation des peines, implique que cette peine ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcé, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ainsi, l'ancien article L311-7 du Code de la justice militaire a été déclaré inconstitutionnel pour violation du principe d'individualisation et du principe de nécessité des peines. La perte de grade n'est donc plus une peine automatique.

Désormais<sup>322</sup>, seule la condamnation à une peine d'interdiction des droits civiques ou d'interdiction d'exercer une fonction publique entraîne de plein droit la perte de grade<sup>323</sup>. Le maintien de cette disposition est logique car si le militaire est condamné à une interdiction d'exercer une fonction publique, il ne peut plus exercer les fonctions militaires. De ce fait, il perd la qualité de militaire et par répercussion son grade.

## 2- Peines de droit commun inapplicables

Tout d'abord, il convient de préciser que les peines de droit commun prévues par le Code pénal sont par principe applicables aux militaires. Ainsi, le Code de justice militaire dispose que « les juridictions des forces armées prononcent, en principe, les mêmes peines que les juridictions de

---

321 Cf. CE, 17 janvier 1996, n°135367, *Ministre de la Défense c/H.*

322 Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles

323 Art. L311-7 du Code de justice militaire

droit commun, selon les principes généraux et les règles en usage devant ces juridictions »<sup>324</sup>. Ainsi, les juridictions peuvent prononcer à l'égard d'un militaire la réclusion criminelle à perpétuité ou à temps, l'emprisonnement et l'amende, de même que les peines privatives ou restrictives de droits et les autres peines complémentaires prévues par les articles 131-6 et suivants du Code pénal. Les peines de droit commun peuvent être prononcées à la fois pour les infractions de droit commun mais aussi pour les infractions purement militaires.

Cependant, à titre d'exception, certaines peines de droit commun ne peuvent être prononcées à l'égard d'un militaire.

Tout d'abord, en vertu de l'article L311-2 du Code de justice militaire, le régime de semi-liberté n'est pas applicable aux militaires en activité de service.

La semi-liberté est un « aménagement de peine sous écrou qui permet à une personne condamnée de bénéficier d'un régime particulier de détention l'autorisant à quitter l'établissement pénitentiaire afin d'exercer une activité professionnelle, de suivre un enseignement, une formation professionnelle, ou un emploi temporaire, de rechercher un emploi, de participer de manière essentielle à sa vie de famille, de suivre un traitement médical ou de s'investir dans tout autre projet d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive »<sup>325</sup>. Ainsi, le régime de semi-liberté aurait pu permettre aux militaires condamnés de sortir des établissements pénitentiaires pour accomplir leur mission. Cependant, l'état militaire exige une disponibilité en tout temps et en tout lieu. Or, un militaire condamné à une peine privative de liberté et sous un régime de semi-liberté ne peut satisfaire à cette condition car il est astreint à rejoindre son lieu de détention en fonction des prescriptions du juge d'application des peines.

Également, le Code de justice militaire ne prévoit pas de peine d'amende pour les infractions purement militaires. Les tribunaux ne peuvent donc condamner un militaire ayant commis une infraction purement militaire à une peine d'amende. Seule peut être prononcée une peine privative de liberté. Il en découle qu'en temps de guerre, en aucun cas une peine d'amende ne peut être substituée à une peine d'emprisonnement<sup>326</sup>. De plus, lorsque la peine d'amende est prononcée pour une infraction de droit commun contre des militaires ou assimilés n'ayant pas rang d'officier, le tribunal peut décider de substituer à cette peine un emprisonnement de six jours à six mois pour un

---

324 Art. L311-2 du Code de justice militaire

325 <http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/la-vie-hors-detention-10040/la-semi-liberte-11996.html>

326 Art. L311-12 du Code de la justice militaire



délit et de deux à quinze jours pour une contravention, le condamné conservant la faculté de payer l'amende au lieu de subir l'emprisonnement<sup>327</sup>.

De plus, la peine de jour-amende étant une modalité de l'amende, elle ne peut être prononcée par une juridiction saisie d'une infraction purement militaire. C'est ce qu'a retenu la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 26 septembre 1990. Elle retient en effet que « la peine de jour-amende [...] étant une modalité de l'amende et, dès lors, étant de même nature que celle-ci, elle ne peut [...] être prononcée par une juridiction des forces armées saisie d'une infraction militaire »<sup>328</sup>.

S'il existe des spécificités quant au prononcé des peines, le régime d'exécution des peines applicable aux militaires présente également des particularités.

## **B) Particularités quant à l'exécution des peines**

Les peines privatives de liberté prononcées contre des militaires sont exécutées conformément aux dispositions du droit commun, sous réserve de dispositions dérogatoires<sup>329</sup>.

Ainsi deux exceptions sont prévues par le Code de justice militaire.

Tout d'abord, l'article L262-2 du Code de justice militaire prévoit que « pour l'exécution des peines prononcées contre les militaires ou assimilés tant par le tribunal aux armées que par les tribunaux de droit commun, est réputé détention provisoire le temps pendant lequel l'individu a été privé de sa liberté, même par mesure disciplinaire, si celle-ci a été prise pour le même motif ». Ainsi, les arrêts disciplinaires étant réputés détention provisoire, leur durée sera déduite de la durée de la peine privative de liberté à exécuter.

De plus, l'article L211-21 du Code de justice militaire prévoit que « la personne mise en examen, le prévenu ou le condamné est conduit, soit dans une maison d'arrêt et détenu alors dans un quartier spécial aux militaires, soit dans une prison prévôtale, soit encore, en cas d'impossibilité, dans un établissement désigné par l'autorité militaire dans les conditions prévues par décret ». Ainsi les militaires condamnés à une peine privative de liberté sont placés dans des établissements ou des

---

327 Art. L311-11 du Code de la justice militaire

328 Cass. Crim., 26 septembre 1990, n°90-81.691

329 Art. L262-1 du Code de justice militaire

quartiers spéciaux.

Également, il existe des particularités quant au sursis et à la récidive. Le système est en effet conçu de manière à neutraliser l'impact de la condamnation pour un crime ou délit militaire sur les infractions de droit commun.

Le sursis est un bénéfice accordé au condamné par la juridiction de jugement de ne pas subir sa peine si, pendant un délai d'épreuve, il ne commet pas de nouvelle infraction. En cas de condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine d'amende, la juridiction des forces armées peut décider qu'il est sursis à l'exécution de la peine prononcée<sup>330</sup>. Ainsi, le militaire peut bénéficier du sursis, qu'il soit poursuivi pour infraction militaire ou pour infraction de droit commun. S'appliquent alors les règles de droit commun contenues dans le Code pénal<sup>331</sup> sous réserve de dispositions spéciales. Apparaît alors la volonté de distinguer strictement les infractions de droit commun commises par un militaire et les infractions purement militaires. Ainsi, toute condamnation pour infraction militaire ne fait pas perdre au condamné le bénéfice du sursis qui lui a été antérieurement accordé pour une infraction de droit commun<sup>332</sup>. De plus, toute condamnation pour infraction militaire ne met pas obstacle à l'octroi ultérieur du sursis pour une infraction de droit commun<sup>333</sup>. Ainsi, deux régimes d'exécution de peine se distinguent : celui relatif aux infractions de droit commun et celui relatif aux infractions purement militaires.

Cette volonté de distinguer clairement les infractions de droit commun et les infractions militaires réapparaît quant au régime de la récidive. Pour les infractions de droit commun, ce sont les dispositions générales du Code pénal qui sont applicables<sup>334</sup>. Ainsi, toute nouvelle condamnation pour infraction de droit commun entraîne l'état de récidive. Dit autrement, si la précédente condamnation et celle qui sera encourue sanctionnent toutes les deux des infractions de droit commun, il y a récidive. En revanche, il en est autrement pour les infractions militaires. En effet, il n'y a pas de récidive en cas de répétition d'infractions militaires<sup>335</sup>. Ainsi, une précédente condamnation pour infraction militaire sera sans influence sur la condamnation prononcée pour une nouvelle infraction militaire.

---

330 Art. L265-1 du Code de justice militaire

331 Art. 132-29 à 132-57 du Code pénal

332 Art. L265-2 du Code de justice militaire

333 *Ibid.*

334 Art. 132-8 à 132-15 du Code pénal

335 Art. L265-3 du Code de justice militaire

Ainsi, les règles dérogatoires en matière d'infraction et de peine n'ont pas été remises en cause par les évolutions et les réformes récentes. Leur maintien témoigne donc de la subsistance d'un droit spécial applicable aux militaires. Si ces dispositions sont anciennes, il apparaît que de nouvelles spécificités sont en train d'émerger. Le droit militaire se tournerait ainsi vers la protection des militaires.

## **CHAPITRE II) MISE EN PLACE D'UN RÉGIME PROTECTEUR RENFORCÉ**

Le droit applicable aux militaires présente la particularité de disposer d'un régime protecteur particulier. Ainsi, les militaires bénéficient d'une protection accrue par rapport aux autres citoyens. Le législateur a en effet pris conscience que le militaire, par la nature de ses missions, était soumis à un risque pénal plus important que n'importe quel citoyen. Le risque pénal s'entend comme le risque de faire l'objet de poursuites pénales pour des infractions commises dans le cadre du service, mais également du risque d'être victime d'infraction dans le cadre des fonctions. Or les militaires, pour accomplir leur mission peuvent être amenés à commettre des infractions et ainsi à engager leur responsabilité civile et pénale. De plus, du fait de leurs fonctions, ils sont également confrontés à davantage de dangers que les autres citoyens. Si ce régime protecteur a été maintenu il apparaît également que la protection des militaires a été renforcée ces dernières années. En effet, la multiplication des OPEX et des OPINT, ainsi que la recrudescence des violences commises à l'égard des militaires ont participé à augmenter le risque pénal. Ainsi, au regard du contexte actuel, les dernières réformes n'ont cessé d'accroître la protection des militaires. Les dispositions récentes visent alors en premier lieu à renforcer la protection des militaires victimes d'infraction (Section 1) mais également à protéger davantage les militaires auteurs d'infraction (Section 2). Ces nouvelles dispositions interrogent sur l'éventuelle émergence d'un nouveau droit militaire.

### **SECTION 1) PROTECTION DU MILITAIRE VICTIME D'INFRACTION**

L'article premier du statut général de 1972 prévoit que les militaires « méritent respect du citoyen et considération de la Nation ». Cette disposition a été reprise au premier article du statut général de 2005 et est inclus dans le Code de la défense<sup>336</sup>. La place de cette disposition dans les textes, au premier rang, traduit l'importance qui est donnée au législateur au respect qui doit être reconnu aux militaires. Cependant, au regard du contexte actuel, il apparaît que l'autorité des militaires est de plus en plus remise en cause et que les violences commises à leur égard ne cessent d'augmenter. Également du fait de leurs missions, les militaires peuvent être la cible de violences et de menaces.

---

336 Art. L4111-1 du Code de la défense

D'ailleurs, du fait de la multiplication des opérations, extérieurs et intérieurs, les militaires sont confrontés à davantage de dangers. Le législateur a ainsi pris les décisions qui s'imposaient pour assurer le respect et la protection des militaires. Ainsi, les militaires bénéficient d'une protection en aval des dangers auxquels ils peuvent être confrontés (I). Également, il apparaît que des mesures permettent d'assurer la protection des militaires en amont (II).

### **I) Protection en aval des infractions**

Le législateur a mis en place une protection effective des militaires contre les violences et les menaces. Le Code de la défense dispose alors que «les militaires sont protégés par le code pénal et les lois spéciales contre les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les menaces, violences, harcèlements moral ou sexuel, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils peuvent être l'objet»<sup>337</sup>. Ainsi, c'est en premier lieu la loi pénale qui participe à cette protection (A). Le Code de la défense poursuit « l'État est tenu de les protéger contre les menaces et attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté »<sup>338</sup>. Ainsi, l'Administration se doit également de prendre en charge la protection des militaires (B).

#### **A) Protection assurée par le droit pénal**

Pour assurer la protection des militaires, le droit pénal a instauré une répression renforcée des atteintes qui leur sont portées. Pour y parvenir, de nombreux outils sont mis en œuvre. Ainsi, le législateur a eu recours à la création d'infractions spécifiques (1) et à la mise en œuvre de circonstances aggravantes (2). Le législateur a également jugé opportun d'étendre cette protection aux proches et aux biens du militaire (3).

##### **1- Création d'infractions spécifiques**

Dès 1810, le Code pénal a prévu de renforcer la protection des fonctionnaires en créant des infractions spécifiques destinées à les protéger de certains comportements. Ainsi, le militaire bénéficie de cette protection renforcée.

---

337 Art. L4123-10 du Code de la défense

338 *Ibid.*

Tout d'abord, le Code pénal contient une section nommée « des menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique ». Ainsi, l'article 433-3 du Code pénal réprime les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens proférées à l'encontre d'un fonctionnaire. Le législateur a pris soin d'énumérer exhaustivement les fonctionnaires concernés. Il vise notamment les militaires de la gendarmerie nationale et toute autre personne dépositaire de l'autorité publique. Les militaires bénéficient ainsi de cette disposition. Cette infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'une menace de mort ou d'une menace d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes. L'article 433-3 du Code pénal réprime également « le fait d'user de menaces, de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation pour obtenir d'un fonctionnaire soit qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit qu'elle abuse de son autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ». Cette infraction est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Pour que l'infraction soit constituée, deux conditions doivent être remplies. Tout d'abord, les faits doivent avoir été commis dans l'exercice ou du fait des fonctions du militaire. Il faut ensuite que la qualité militaire de la victime soit apparente ou connue de l'auteur de l'infraction.

Également, le Code pénal réprime l'outrage aux agents publics<sup>339</sup>. L'infraction est large puisqu'elle peut être constituée par « des paroles, gestes ou menaces, écrits ou images de toute nature ou l'envoi d'objets quelconques » adressés à une personne chargée d'une mission de service public. Pour que l'infraction soit constituée, il faut que les faits soient accomplis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des missions mais également que les faits soient de nature à porter atteinte à la dignité ou au respect dû à la fonction investie. Cette infraction est punie de 7500euros d'amende. L'infraction est cependant aggravée lorsqu'elle est commise à l'égard d'une personne dépositaire de l'autorité publique. Dans ce cas les peines s'élèvent à un an d'emprisonnement et 15 000euros d'amende. Ainsi la répression est aggravée lorsque l'outrage est commis à l'égard d'un militaire.

De plus, le Code pénal réprime la rébellion<sup>340</sup>. La rébellion est le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public qui agit dans le cadre de ses fonctions pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité

---

339 Art. 433-5 du Code pénal

340 Art. 433-6 du Code pénal

publique, des décisions ou mandats de justice. La rébellion est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Cette infraction est aggravée lorsqu'elle est commise en réunion ou si elle est armée.

Enfin, le Code pénal réprime l'embuscade<sup>341</sup>. L'embuscade est « le fait d'attendre un certain temps et dans un lieu déterminé un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ainsi qu'un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but, de commettre à son encontre, des violences avec usage ou menace d'une arme ». Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Elle est aggravée lorsqu'elle est commise en réunion. Cette infraction illustre parfaitement la volonté du législateur de renforcer la protection des militaires. En effet, cette infraction est récente puisqu'elle a été créée par la loi du 5 mars 2007<sup>342</sup>. Cette loi a été adoptée en réponse aux émeutes urbaines de 2005. Ainsi, au vu des violences commises à l'égard des personnes dépositaires de l'autorité publique, le législateur a souhaité réagir. Cependant, le législateur a tendance à agir dans l'émotion et se laisser influencer par l'opinion publique. Ce texte est ainsi très critiquable. Tout d'abord, son utilité pose question dans la mesure où sa définition se rapproche de celle du guet-apens, circonstance aggravante créée par la même loi, et de celle de la participation à une association de malfaiteurs, autre infraction plus ancienne. Ensuite, ce texte pose question quant à sa qualité rédactionnelle. Ce texte semble en effet porter atteinte au principe de clarté et de précision de la loi pénale. Les notions d'un « certain temps » et d'un « lieu déterminé » peuvent en effet paraître imprécises. De plus, cette infraction reflète la volonté du législateur de mieux protéger les militaires car il s'agit d'une infraction formelle, soit une infraction de prévention. En effet, le Code pénal punit le fait « d'attendre » une personne. Ainsi, la répression a lieu avant même la réalisation d'un dommage effectif. Le législateur réprime ici l'acte préparatoire de l'infraction. Par cette disposition, le législateur cherche ainsi à prévenir les violences commises à l'égard des personnes dépositaires de l'autorité publique en agissant plus tôt sur le chemin de l'*iter criminis*. Ainsi, le législateur recourt aux infractions formelles pour prévenir les atteintes qui pourraient être portées aux militaires, ce qui renforce leur protection.

## 2- Mise en œuvre de circonstances aggravantes

---

341 Art. 222-15-1 du Code pénal

342 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

Pour renforcer la protection de certaines personnes, le législateur peut avoir recours à des circonstances aggravantes. Or, le législateur considère que certaines personnes doivent être davantage protégées du fait de leur fonction. C'est le cas des militaires car du fait de leur mission, ils sont particulièrement confrontés aux menaces. Ainsi, selon la loi pénale et pour certaines infractions, le fait de s'en prendre à « un militaire de la gendarmerie nationale », « ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique » constitue en soi une circonstance aggravante. Ainsi, les militaires sont visés par le Code pénal.

Pour retenir l'aggravation, deux conditions doivent être remplies. La qualité militaire de la victime doit être apparente ou connue de l'auteur et les faits doivent avoir été commis dans l'exercice ou du fait des fonctions du militaire.

Ainsi, les violences sont aggravées lorsqu'elles sont commises à l'égard d'un militaire. Toutes les violences sont concernées par cette circonstance aggravante. Sont ainsi visées les violences ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours<sup>343</sup>, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente<sup>344</sup> et les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner<sup>345</sup>. Il faut également préciser que les violences les moins graves, c'est-à-dire celles ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours, sont réprimées seulement dans certaines hypothèses. Et c'est notamment le cas lorsqu'elles sont commises à l'égard des militaires de la gendarmerie nationale et des personnes dépositaires de l'autorité publique<sup>346</sup>.

Sont également aggravées la diffamation et l'injure lorsqu'elles visent des militaires. Cependant, cette aggravation vise à protéger l'armée en général et non un militaire en particulier. Ainsi, la loi du 29 juillet 1881 prévoit que la diffamation et l'injure commises à l'égard des armées de terre, de mer ou de l'air sont aggravées<sup>347</sup>.

Sont également aggravés lorsqu'ils sont commis sur un militaire les tortures et actes de barbarie.

Le meurtre commis à l'égard d'un militaire est également aggravé<sup>348</sup>. L'auteur de l'infraction encourt alors la peine la plus grave, soit la réclusion criminelle à perpétuité. De plus, le Code pénal prévoit,

---

343 Art. 222-12 du Code pénal

344 Art. 222-10 du Code pénal

345 Art. 222-8 du Code pénal

346 Art. 222-13 du Code pénal

347 Art. 30 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

348 Art. 221-4 du Code pénal



lorsque l'infraction est commise sur un militaire à l'occasion de l'exercice ou en raison des fonctions et en bande organisée, la possibilité pour la Cour d'assises « soit de porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné ». C'est une mesure très grave pour le condamné puisque ces mesures font obstacle à un éventuel aménagement de peine. Ainsi, il ne pourra bénéficier des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle.

Concernant l'assassinat, le législateur n'a pas prévu de circonstances aggravantes. Il en résulte que cette infraction est toujours punie de la réclusion criminelle à perpétuité, quelque soit les circonstances qui entourent la commission de l'assassinat. Ainsi, la qualité militaire de la victime n'a pas d'effet sur la peine. Le Code pénal prévoit seulement que si l'assassinat est commis à l'égard d'un militaire de la gendarmerie nationale ou de tout autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison des fonctions, la Cour d'Assises peut faire obstacle à un éventuel aménagement de peine pour le condamné<sup>349</sup>. Il en résulte que les mêmes peines sont encourues lorsque le militaire est victime d'un meurtre ou d'un assassinat, alors même que l'assassinat constitue en soi un meurtre aggravé. La seule différence est que la faculté pour la Cour d'assises est ouverte dès lors que l'assassinat est commis sur un militaire, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, sans qu'il y ait besoin que l'infraction soit commise en bande organisée.

### 3- Extension de la protection

Le législateur a souhaité étendre la protection dont bénéficiaient les militaires. Cette protection est notamment assurée par le biais de circonstances aggravantes.

Tout d'abord, la protection des militaires est étendue à leurs proches.

Les personnes concernées sont énumérées strictement par le Code pénal. Il s'agit du conjoint, des ascendants et des descendants en ligne directe et de toute autre personne vivant habituellement au domicile du militaire. Ainsi, sont notamment aggravées les infractions de violences, de meurtre et de torture et acte de barbarie lorsqu'elles sont commises sur un proche du militaire. Pour que

---

349 Art. 221-3 du Code pénal

l'aggravation soit retenue il faut que l'infraction ait été commise en raison des fonctions du militaire et que l'auteur de l'infraction ait eu connaissance du lien existant entre le militaire et la victime.

La protection est ensuite étendue aux biens du militaire.

En premier lieu, l'infraction de dégradation, destruction et détérioration d'un bien appartenant à autrui est aggravée lorsqu'elle est commise au préjudice de certains agents publics dont les militaires<sup>350</sup>. Pour retenir l'aggravation, cette infraction doit avoir été commise en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions ou en raison de ses fonctions. Ainsi l'infraction doit avoir été commise dans le but de faire pression sur le militaire ou en raison de sa qualité de militaire.

En deuxième lieu, est aggravée l'infraction de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes<sup>351</sup>. Pour retenir l'aggravation, il faut que l'infraction ait été commise en raison de la qualité de militaire. L'aggravation peut être retenue, que le militaire soit utilisateur ou propriétaire du bien.

Enfin, une infraction spécifique a été créée en vue de protéger les biens des agents publics. Il s'agit de la soustraction et le détournement de biens contenus dans un dépôt public<sup>352</sup>. Est réprimé « le fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés ». Cette infraction est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Si la protection des militaires est assurée par la loi pénale par une répression renforcée, l'Administration participe également à la protection des militaires contre les menaces et les violences.

## **B) Protection assurée par l'Administration**

---

350 Art. 322-3 du Code pénal

351 Art. 322-8 du Code pénal

352 Art. 333-4 du Code pénal

L'article 11 de la loi portant droits et obligations des fonctionnaires de 1983<sup>353</sup> crée une obligation pour l'Administration de protéger l'ensemble des fonctionnaires contre les attaques dont ils peuvent faire l'objet dans l'exercice de leurs fonctions. Cette protection est ainsi dite « fonctionnelle ». C'est la nature spécifique des missions confiées aux fonctionnaires qui justifie cette protection. En effet, ces dernières les exposent parfois, dans l'exercice de leurs fonctions, à des relations conflictuelles avec les usagers. Concernant les militaires, cette obligation de protection a été intégrée dans le statut général de 1972<sup>354</sup> et celui de 2005<sup>355</sup>. Ainsi, l'Administration participe à la protection des militaires contre les menaces et les violences auxquelles ils peuvent être confrontés à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Cependant plusieurs conditions doivent être remplies pour que le militaire puisse bénéficier de cette protection (1). Il convient également de préciser que cette protection peut revêtir plusieurs formes (2).

### 1- Conditions de la protection

Pour que le militaire puisse bénéficier de la protection fonctionnelle, des conditions doivent être remplies.

Tout d'abord, il existe des conditions relatives aux actes commis envers les militaires. Se pose en effet la question de savoir quels actes sont susceptibles de requérir la protection de l'Administration. À l'origine, l'obligation de protection concernait les « attaques de toute nature ». Au vu de l'imprécision de cette notion, ce fut à la jurisprudence de déterminer quel acte était susceptible d'être considéré comme une attaque de toute nature. Le juge administratif a alors retenue une conception large. Ainsi, il a notamment été jugé que les violences physiques, les coups accompagnés d'injure, les propos mettant en cause l'honneur ou la réputation de l'agent, les menaces verbales, les injures ou encore les calomnies entraient dans le champ d'application de la protection fonctionnelle. L'article 11 de la loi portant droits et obligations des fonctionnaires de 1983 a été plus précis. Sont en effet visés les menaces, les violences, les voies de fait, les injures, les diffamations et les outrages. Cependant cette liste n'est pas exhaustive et ainsi le juge administratif dispose d'une marge de manœuvre pour déterminer quels actes sont susceptibles d'entraîner la protection de l'Administration. Récemment le juge administratif a d'ailleurs considéré que les faits de harcèlement moral pouvait entraîner l'intervention de l'Administration<sup>356</sup>. Ainsi, prenant acte de

---

353 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

354 Art. 24 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

355 Art. 15 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

356 Cf. CE, 12 mars 2010, n°308974, *Mme A. c/ Commune de Hœnheim*,

cette jurisprudence, une loi du 20 avril 2016<sup>357</sup> est venue modifier le statut général des fonctionnaires. Désormais, les actes visés sont « les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages ».

Ensuite, il existe des conditions quant aux liens que présentent les faits avec les fonctions. En effet, la protection due par l'Administration est liée aux fonctions. Il est donc nécessaire que les actes commis à l'égard du fonctionnaire présentent un lien avec les fonctions. Ainsi, le militaire bénéficie de la protection fonctionnelle s'il est victime d'une infraction commise à l'occasion ou en raison de ses fonctions. Peu importe que l'agression se produise ou non sur le lieu de travail, pendant ou en dehors du temps de travail. Ce qui compte c'est de pouvoir établir un lien direct et certain avec l'exercice de la fonction. À titre d'illustration, le Conseil d'État<sup>358</sup> a annulé la décision par laquelle le ministre de la Défense a refusé d'accorder le bénéfice de la protection fonctionnelle à un lieutenant colonel qui avait, suite à de graves accusations de la part de sa collaboratrice, engagé une procédure pénale pour diffamation. Le ministre de la Défense considérait que les faits invoqués par la collaboratrice relevaient de la vie privée du militaire. Le Conseil d'état retient alors « qu'en l'espèce toutefois, les faits à raison desquels le requérant a engagé une procédure pénale étaient, contrairement à ce qu'a estimé le ministre, liés au service » et qu'en l'absence de toute faute personnelle de l'intéressé, le refus de la protection fonctionnelle au militaire est illégal.

## 2- Formes de la protection

La protection fonctionnelle peut revêtir plusieurs formes. C'est à l'Administration d'apprécier quelle forme de protection sera la plus adaptée aux circonstances.

Tout d'abord, l'Administration doit apporter son assistance juridique aux militaires bénéficiant de la protection fonctionnelle. L'assistance juridique peut être mise en oeuvre de différentes manières. L'Administration peut ainsi apporter une aide financière en avançant ou en remboursant les honoraires d'avocat et l'ensemble des frais de procédure occasionnés. L'Administration peut également assister le militaire dans le choix de son avocat. Dans ce cadre, elle peut lui proposer les services de l'avocat de la collectivité. De plus, si le militaire n'a pas engagé d'action en justice, l'Administration peut déposer plainte elle-même en se constituant partie civile si elle peut justifier d'un préjudice direct.

---

357 Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

358 CE, 28 novembre 2003, n° 233466, *M. Gérard S.*

Également, l'Administration doit réparer les préjudices subis par le militaire avant même toute action en justice contre l'auteur des faits.

L'Administration peut, en outre, traduire l'auteur des menaces ou attaques devant un conseil de discipline dans le cas où il est lui-même agent public.

De plus, elle doit affirmer publiquement son soutien au militaire. Ce soutien peut se traduire par la condamnation publique de l'auteur des attaques et les supérieurs hiérarchiques pourront également assurer le militaire de leur soutien en lui adressant un courrier ou en le recevant personnellement.

La protection peut également se traduire par des mesures préventives visant à éviter la réalisation d'un dommage envers les militaires ou à éviter la récidive. À ce titre, l'Administration peut par exemple changer le numéro de téléphone professionnel du militaire ou envisager un changement de service.

Ainsi, l'Administration et le droit pénal participent activement à la protection des militaires. Le respect et la protection des militaires sont également assurés par des mesures qui visent à prévenir les violences et les menaces commises à l'égard des militaires.

## **II) Protection en amont des infractions**

Pour assurer le respect du citoyen envers l'armée et la protection des militaires, les pouvoirs publics ont souhaité favoriser l'intégration de ces derniers dans la société et créer un lien avec les citoyens. Les mesures prises ont alors eu pour but de faciliter la communication entre les militaires et les citoyens et de sensibiliser la société aux difficultés que représente le métier d'armes. Ces mesures apparaissent alors comme une médiation, qui participe à apaiser voire à éviter les tensions qui pourraient naître entre les citoyens et les militaires. Ces mesures peuvent ainsi permettre de prévenir les violences et les menaces commises à l'encontre des militaires. Ainsi, les pouvoirs publics tentent d'intégrer le citoyen dans l'armée (A) et d'intégrer le militaire dans la société civile (B).

### **A) Intégration du citoyen dans l'armée**

Le législateur a souhaité que le citoyen ait un bref aperçu de la vie militaire. Ainsi, il a mis en place la JAPD afin de permettre la rencontre des jeunes français avec les militaires (1). Se pose également la question de la mise en place d'un nouveau service national, qui pourrait être l'occasion de

renforcer le lien entre les militaires et les citoyens (2).

### 1- Journée d'Appel à la Préparation de la Défense

Le 22 février 1996, Jacques Chirac, alors président de la République, annonçait au cours d'un entretien télévisé, une profonde réforme de la Défense. Il avait alors déclaré : « le service militaire a été créé en 1905,[...], à une époque où il fallait des poitrines à opposer à d'autres poitrines [...] face à un danger extérieur. Cette époque est complètement révolue. Nous n'avons plus besoin d'appelés, de gens faisant leur service militaire »<sup>359</sup>. Il souhaite alors mettre fin au service national. Ce sera chose faite le 28 octobre 1997 par la loi portant réforme du service national<sup>360</sup> qui officialise la suspension de l'appel sous les drapeaux.

Cependant, le service national permettait de renforcer le lien entre l'armée et la Nation. Il a fallu alors construire une nouvelle relation entre les citoyens et l'armée pour que ce contact ne se perde pas, au risque d'isoler de nouveau les militaires.

La loi a alors instauré une « Journée d'appel de préparation à la défense ». La JAPD permet de sensibiliser tous les citoyens français, au plus tôt. En effet, ce rendez-vous concerne tous les jeunes français, les garçons nés à partir de 1979 et les filles nées à partir de 1983, et doit être effectué avant l'âge de 18 ans. La JAPD a alors été créé dans un objectif de « sensibilisation aux enjeux de la défense et de la sécurité » et de concourir au maintien du lien entre l'armée et la Nation. En effet cette journée est une occasion de rencontre avec les militaires, elle permet également de découvrir les multiples spécialités et les différents métiers, civils et militaires, qu'offre l'armée.

Puis la JAPD a été remplacée par la « Journée défense citoyenneté » le 1er janvier 2011. La JDC a alors connu une réforme en 2014. L'objectif était de rénover la JAPD en prenant compte des orientations du Livre Blanc de 2013, à savoir : « centrer la JAPD sur sa mission fondamentale de sensibilisation des jeunes aux nouveaux enjeux de défense et de sécurité » et renforcer le lien armée-nation. La journée a alors été rénovée pour s'adapter au mieux au public concerné. Ainsi, des efforts ont été réalisés notamment pour favoriser la pédagogie et l'interactivité. Ces dispositions ont ainsi permis de faciliter la communication entre les militaires et les jeunes français.

---

359 HESSENBRUCH (P.), « Fin du service militaire : premiers pas il y a 20 ans », *Ministère des armées* (en ligne), 22 février 2016.

360 Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national

## 2-Vers la mise en place d'un nouveau service national ?

Emmanuel Macron, candidat aux élections présidentielles, avait annoncé dans son programme sa volonté de mettre en place un service national obligatoire et universel. Il avait alors déclaré : « Je souhaite [...] que chaque jeune Français ait l'occasion d'une expérience, même brève, de la vie militaire. Un service national de durée courte, obligatoire et universel, sera donc instauré »<sup>361</sup>. Ce service national pourrait ainsi être l'occasion de maintenir et de renforcer le lien entre les citoyens et les militaires.

Désormais président de la République, Emmanuel Macron souhaite concrétiser cette volonté. Un groupe de travail a alors été mis en place pour réfléchir à cette proposition et définir les cadres du service national. Un rapport a alors été remis au gouvernement le 27 avril 2018.

Le rapport propose alors un service national qui s'effectuerait en deux, voire trois temps. La première étape serait « un temps de cohésion » sur une période de quinze jours en hébergement collectif, à effectuer pendant les vacances scolaires. Pour assurer l'hébergement, le rapport propose de loger les jeunes dans les internats scolaires, cependant la capacité d'accueil risque d'être insuffisante. Le rapport propose alors de construire des bâtiments ad hoc ou encore de profiter de la construction d'hébergements d'urgence. Puis, s'ensuivrait une phase de « projet collectif », de même durée mais, « majoritairement sans hébergement ». Ces deux périodes de quinze jours seraient obligatoires. Puis une période d'engagement volontaire s'ajouterait ensuite, d'une durée de trois à six mois, à réaliser avant l'âge de 25 ans.

Quant aux personnes concernées, le rapport propose que le service national soit à effectuer dès l'âge de 15 ans. Ainsi, la phase obligatoire du service national serait à réaliser entre 15 et 18 ans « au plus tard ». Le but étant de permettre à un maximum de jeunes de faire leur SNU pendant l'année de seconde qui ne comporte pas d'examens, « ce qui garantit une moindre perturbation des apprentissages », note le rapport.

Concernant le contenu du service national, la période obligatoire serait consacrée à des activités sportives, à l'enseignement des gestes de premiers secours et à l'acquisition de réflexes en cas de situation de crise, ainsi qu'à la transmission des valeurs civiques et républicaines. Elle serait également l'occasion de faire un bilan de santé pour les jeunes et un bilan de compétences, notamment pour prévenir le décrochage. De plus, des formations à caractère civil, comme la préparation au Code de la route ou au BAFA, pourraient être intégrées à la partie volontaire du service.

---

<sup>361</sup> Discours sur la politique de Défense d'Emmanuel Macron à l'hôtel des Arts et Métiers, à Paris, le 18 mars 2017

Quant aux personnels encadrants, le rapport reste vague puisqu'il ne donne aucune précision quant au nombre d'encadrants nécessaires. Il propose alors de « faire appel aux jeunes appelés eux-mêmes ». En attendant de pouvoir mettre en œuvre cette proposition, le rapport compte, pour les premières années, faire appel à des jeunes en service civique, des professionnels de l'éducation, « des licenciés de STAPS » comme moniteurs sportifs, des militaires, mais aussi « des personnalités remarquées pour leur engagement et leur caractère ou leurs talents, quoique dépourvues de qualifications scolaires ou universitaires ».

Quant au budget, la précision laisse encore à désirer puisque le rapport prévoit que « le coût budgétaire total ne devrait pas dépasser quelques milliards d'euros ». Le rapport ne donne aucune indication chiffrée précise, mais souligne qu'il s'agit « d'un investissement collectif justifié, soutenable et maîtrisable ».

Ce rapport apparaît ainsi très imprécis et ne permet pas de répondre à toutes les questions que posent l'instauration du service national. Ce rapport reflète ainsi l'indécision et l'incertitude du gouvernement quant à la mise en place du SNU. De plus, les propositions sont critiquables. En effet, le coût économique d'un tel service pose question. Il est en effet très difficile de chiffrer combien d'argent un tel projet engendrerait. De plus, la mise en œuvre du service national apparaît très complexe. Il apparaît même illusoire de pouvoir accomplir ce projet, notamment quant aux infrastructures et aux personnels encadrants nécessaires. Se pose également la question de l'utilité d'un tel service. Il convient en effet de s'interroger sur l'utilité qu'aurait un service d'une durée intermédiaire, assez long pour perturber les parcours, mais trop court pour développer un réel « esprit de classe ». Surtout, il paraît illusoire de penser que quelques semaines d'instruction militaire suffiraient à développer un sentiment d'appartenance nationale ou l'adhésion aux valeurs de la République. D'autant que le service national tel que présenté aujourd'hui présente de nombreuses similitudes avec la JDC, ainsi il apparaît comme une JDC simplement rallongée.

Ce service national pose également des problèmes juridiques et présente des risques d'inconstitutionnalité et de non-conventionnalité. En effet l'article 34 de la Constitution confie à la loi la responsabilité de fixer les règles concernant, notamment « les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens. » Cette disposition remet alors en cause le logement des mineurs dans les internats. En effet, l'article 34 fait référence aux « citoyens », or, de ce fait, les mineurs sont exclus du champ d'application du texte. Ainsi, il ne peut être imposé aux mineurs des sujétions en vertu de la défense nationale. Tout dispositif prévoyant un internat de mineurs pourrait donc se heurter au principe constitutionnel de libre circulation. De plus,



concernant les majeurs, la Constitution impose que les sujétions soient établis pour cause de défense nationale. Ainsi, la constitutionnalité d'un tel service ne serait garantie que si le juge constitutionnel admettait qu'il concourt à la défense nationale. Or en l'espèce, cela est discutable. En effet, le service national tel que présenté aujourd'hui semble surtout être de nature civique et reste très éloigné de la volonté initiale d'Emmanuel Macron qui était que les Français connaissent une brève expérience de la vie militaire. Dans ce rapport, le service national apparaît en effet comme un « fourre-tout », avec des aspects civiques, médicaux, sportifs... mais très peu de points sont relatifs à l'armée.

De plus, le service national pose la question de sa conformité avec l'article 4 de la CEDH, prohibant l'esclavage et le travail forcé. Cet article précise que « n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire [ou] tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté. » Ainsi, il faudrait démontrer que ce service présente un caractère militaire et qu'il est nécessaire en vue de faire face à des cas de crises ou de calamités. Or, le service national tel qu'il est présenté aujourd'hui ne paraît pas remplir ces conditions.

Ainsi, le service national serait susceptible d'être censuré par le Conseil constitutionnel et la Cour Européenne des droits de l'homme.

En conclusion, la mise en place du SNU semble compromise. Et quand bien même il serait instauré, le service national tel qu'il est présenté aujourd'hui ne permettrait pas d'améliorer les rapports entre les citoyens et les militaires.

Si le législateur a souhaité que le citoyen ait une place dans l'armée, il a également voulu assurer l'intégration du militaire dans la société civile.

## **B) Intégration du militaire dans la société**

Pendant longtemps, l'armée a été surnommée la « Grande muette ». Cette expression vient de la III<sup>e</sup> République, période à laquelle les militaires étaient privés du droit de s'exprimer. Ils étaient ainsi réduits au silence, ce qui participait à leur isolement. Les pouvoirs publics ont souhaité en finir avec

ce système. Ainsi, les militaires bénéficient désormais d'une place dans la société par le biais de la représentation. Cette représentation permet aux militaires de rendre compte de la réalité du métier des armes auprès des autres citoyens et donc d'assurer la communication avec la société. Plusieurs organes visent à représenter les militaires. En effet, des institutions ont été instaurées (1), puis des associations de militaires ont également vu le jour (2).

### 1- Mise en place d'institutions

Si le Conseil supérieur de la fonction militaire vise à défendre l'intérêt des militaires (a), le Haut comité d'évaluation de la condition militaire vise à rendre compte de la réalité du métier d'armes en toute objectivité (b).

#### a- Le Conseil supérieur de la fonction militaire (CSFM)

À l'origine, il n'y avait aucun moyen collectif de défense des intérêts des militaires. Cependant, au regard du contexte social contemporain, il devenait difficile d'admettre que les militaires soient en France la seule catégorie de personnels à ne pouvoir s'exprimer sur leur condition de travail. De plus, cette situation contribuait à leur isolement. Ainsi, les pouvoirs publics ont souhaité faire participer les militaires à la détermination des règles qui leur sont soumis pour que ceux-ci ne restent pas à l'écart de l'évolution générale. C'est pour répondre à ce besoin que la loi du 21 novembre 1969<sup>362</sup> a créé le CSFM.

La composition du CSFM se remarque par l'importance qui est donnée à la représentativité puisqu'elle reflète la diversité de la communauté militaire. Ainsi, le Conseil est composé de quarante-cinq membres militaires actifs et retraités. Et les sept composantes de la défense (armées, direction et services), toutes les catégories de personnel militaire ainsi que chacun des grades y sont représentées.

Le CSFM est le cadre institutionnel dans lequel sont examinées les problématiques de la fonction militaire. Dans un premier temps, il permet aux militaires d'exprimer au ministre de la Défense leurs avis sur les questions à caractère général relatives à leur condition et à leur statut. Sa mission est également de donner son propre avis sur ces questions. Ainsi, le CSFM est l'instrument de liaison et d'information entre le gouvernement et les militaires. Le Conseil a ainsi participé à l'amélioration de

---

362 Loi n°69-1044 du 21 novembre 1969 relative au Conseil supérieur de la fonction militaire

la condition militaire dans des domaines aussi variés que le logement, la protection sociale, les rémunérations, les droits à permission, la reconversion et les limites d'âge.

#### b- Le Haut comité d'évaluation de la condition militaire (HCECM)

L'article 1er de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, aujourd'hui codifié à l'article L4111-1 du Code de la défense, a institué un Haut Comité d'évaluation de la condition militaire.

Il s'agit d'un organisme objectif et indépendant qui « a pour mission d'éclairer le président de la République et le Parlement sur la situation et l'évolution de la condition militaire »<sup>363</sup>. Dans ce cadre, il est chargé d'établir un rapport annuel sur l'état et l'évolution de la condition militaire au sein de la société française. Ce rapport est adressé au président de la République, au Parlement et également au ministre des Armées et au ministre de l'Intérieur ainsi qu'aux plus hautes autorités des forces armées. Ce rapport leur permet de disposer d'une évaluation complète et objective de la condition militaire et de son évolution, assortie de recommandations.

La composition du Haut Comité témoigne de la volonté d'affirmer son ouverture sur la société civile et de lui donner les moyens de remplir sa mission en toute objectivité. Il comprend ainsi neuf personnalités nommées pour quatre ans par décret du président de la République. Tout d'abord, la présidence et la vice-présidence sont confiées à deux membres du Conseil d'État, garantissant l'objectivité du Haut comité. Puis, le directeur général de l'INSEE apporte sa connaissance de l'évolution de la société française et l'appui de ses services au Haut comité. Sont également présents deux officiers généraux qui apportent leur expérience de la communauté militaire, et quatre personnalités civiles qui garantissent une approche complète des différents domaines étudiés par le Haut Comité.

Le Haut comité recourt à plusieurs méthodes pour accomplir sa mission. Tout d'abord, le HCECM va mettre en œuvre des moyens afin de prendre en compte les perceptions militaires. Il va pour cela procéder à des auditions de hauts responsables des forces armées et de l'administration centrale, de personnalités civiles ou militaires mais également du CSFM et des APNM. Il peut aussi procéder à des visites au sein d'établissements militaires ou intégrer des unités opérationnelles. Ensuite, le HCECM pour rédiger son rapport, va rechercher des informations. Pour cela il utilise un grand

---

363 Art. D4111-1 du Code de la défense

nombre de sources complémentaires telles que les documents législatifs, réglementaires et statistiques, les études, les enquêtes et rapports publics et les données des forces armées. Il peut également recourir à des approches complémentaires au moyen d'études internes ou d'ateliers avec le personnel de l'enseignement militaire supérieur. Le HCECM procède également à des comparaisons en vue d'éclairer les différents aspects de la condition militaire, notamment avec les autres agents publics, les salariés du secteur privé et les militaires des armées étrangères.

## 2- Apparition d'associations professionnelles nationales militaires (APNM)

Suite aux condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur français a levé l'interdiction faite aux militaires de s'organiser afin de préserver et de promouvoir leurs intérêts. Ainsi, la loi du 28 juillet 2015<sup>364</sup> accorde le droit aux militaires de créer et d'adhérer à des APNM. Cependant, ces associations sont soumises à un régime juridique très stricte (a), ce qui ne les a pour autant pas empêché de se faire une place au sein de la société (b).

### a- Régime juridique des APNM

Le régime juridique des APNM est défini par le Code de la défense<sup>365</sup>. Il apparaît alors que les conditions sont très restrictives. Ainsi, même si un pas a été fait pour la liberté d'association des militaires, ces derniers semblent encore muselés dans leurs droits sociaux.

Tout d'abord, les APNM doivent avoir pour unique objet de préserver et de promouvoir les intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire. Elles ne peuvent être constituées que de militaires et doivent avoir obligatoirement leur siège social en France. Par ailleurs, elles ont l'obligation de respecter une stricte indépendance notamment vis-à-vis des partis politiques, des groupements à caractère professionnel et des organisations syndicales. De plus, les APNM, tant par leurs statuts que par leurs activités, ne doivent pas porter atteinte aux valeurs républicaines, aux principes fondamentaux de l'état militaire et aux obligations des forces armées. Ainsi, les associations ne doivent pas détourner les militaires de leur devoir de neutralité, de loyalisme, de discipline et de disponibilité et ont l'obligation de respecter les restrictions qui sont apportées aux droits et libertés des militaires. Enfin, leurs activités doivent s'exercer dans des conditions compatibles avec l'exécution des missions et du service des forces armées et ne doivent pas

---

364 Loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense

365 Art. L4126-1 et suivants du Code de la défense

interférer avec la préparation et la conduite des opérations.

Leurs possibilités d'action sont également limitées. Ainsi, si elles disposent du moyen de se pourvoir et d'intervenir devant les juridictions compétentes contre tout acte réglementaire relatif à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession, elles ne peuvent cependant contester les mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées. De plus, elles peuvent se porter partie civile mais seulement si elles sont personnellement et directement victimes d'une infraction.

Si ces dispositions ne sont pas respectées, l'APNM encourt la dissolution.

#### b- Place des APNM au sein de la société

Cependant, au-delà de ces restrictions, il faut constater que les APNM se font une place de plus en plus importante au sein de la société.

Tout d'abord, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2015, de nombreuses associations ont été créées. Ainsi, en fin d'année 2016, déjà dix APNM avaient été reconnues officiellement<sup>366</sup>.

De plus, leur utilité ne peut plus faire de doute au regard des victoires qui leur sont attribuées. À titre d'exemple, l'APNM-Marine avait contesté un arrêté<sup>367</sup> qui imposait aux APNM, demandant la reconnaissance de leur représentativité, de transmettre la liste de leurs adhérents en détaillant grade, nom, prénoms, force armée ou formation rattachée et le numéro identifiant défense (NID) de chaque adhérent. L'APNM-Marine avait alors déposé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, demandant l'annulation de ces dispositions « en tant qu'elles méconnaissaient les principes constitutionnels des libertés publiques et du droit d'association ». Le Conseil d'État lui a alors donné raison et a ordonné l'annulation des dispositions contestées permettant ainsi de garantir l'anonymat des membres des APNM<sup>368</sup>.

Également, l'avis des APNM est de plus en plus sollicité. Ainsi, elles sont amenées à s'exprimer devant de nombreuses institutions. Notamment, elles peuvent être auditionnées par le HCECM

366 <https://www.defense.gouv.fr/familles/votre-espace/condition-militaire/associations-professionnelles-nationales-de-militaires/associations-professionnelles-nationales-de-militaires>

367 Arrêté du 21 octobre 2016 pris en application des articles R. 4126-1 à R. 4126-7 du code de la défense relatifs aux associations professionnelles nationales de militaires

368 CE, 9 février 2018, n° 406742

mais également par le Parlement. Ainsi, le 5 octobre 2017 a été qualifié de « jour historique », car pour la première fois, des associations de militaires se sont exprimées devant les élus de la Nation, lors d'une audition de la Commission de la défense de l'Assemblée nationale.

Enfin, les APNM gagnent en notoriété car elles peuvent être reconnues représentatives. Pour cela des conditions doivent être respectées<sup>369</sup>. Ainsi, en plus des obligations citées ci-dessus, l'association doit assurer une transparence financière, avoir une ancienneté minimale d'un an et avoir une influence significative, qui est mesurée en fonction de l'effectif des adhérents, des cotisations perçues et de la diversité des groupes de grades représentés. Les associations représentatives disposent de pouvoirs plus étendus et d'une plus grande notoriété puisqu'elles peuvent siéger au CSFM, ont qualité pour participer au dialogue organisé au niveau national par les ministres de la Défense et de l'Intérieur ainsi que par les autorités militaires et enfin car elles sont appelées à s'exprimer, chaque année, devant le HCECM. C'est par un arrêté du 19 décembre 2017 que pour la première fois, le ministère des Armées a reconnu la représentativité de trois APNM. Il s'agissait de l'APNM-Commissariat, l'APNAir pour l'armée de l'air et France Armement et l'APNM de la Direction générale de l'armement.

Ainsi, le législateur a mis en œuvre beaucoup de moyens pour assurer la protection et le respect des militaires. Dans un premier temps, le droit pénal et le droit de la fonction publique collaborent pour assurer la protection des militaires contre les violences et les menaces dont ils sont victimes dans le cadre de leur service. Puis à titre préventif, le législateur souhaite renforcer le lien entre les militaires et les citoyens pour assurer une relation apaisée entre eux. Le législateur a également pris en compte le risque important pour les militaires d'engager leur responsabilité dans le cadre de leur mission. Ainsi, une protection est également assurée au militaire auteur d'infraction.

## **SECTION 2) PROTECTION DU MILITAIRE AUTEUR D'INFRACTION**

Toute personne qui commet une infraction engage sa responsabilité pénale et doit ainsi répondre de ses actes. Or les militaires, dans le cadre de leurs fonctions, sont souvent confrontés à des situations dans lesquelles ils risquent d'engager leur responsabilité pénale. En effet, leur mission étant d'assurer la défense et la sécurité, ils doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour accomplir leur mission, quitte à recourir à des moyens coercitifs et à commettre des infractions. Ils

---

369 Art. L4126-8 du Code de la défense

sont ainsi soumis à un risque pénal important. Le législateur a donc mis en place un régime protecteur en faveur des militaires qui commettent une infraction légitime. Tout d'abord, le droit pénal contient des dispositions qui permettent aux militaires d'accomplir leur mission sans pour autant voir leur responsabilité engagée (I). Puis, le droit de la fonction publique impose à l'Administration d'apporter un soutien et une aide aux militaires qui font l'objet de poursuites pour les fautes commises à l'occasion de leur service (II).

## **I) Contournement de la responsabilité pénale**

Les militaires qui commettent une infraction en vue d'accomplir leur mission peuvent bénéficier de dispositions prévues par le droit pénal. Le droit pénal prévoit en effet des hypothèses dans lesquelles l'auteur d'une infraction n'engage pas sa responsabilité car l'infraction apparaît justifiée. Les militaires peuvent alors être protégés en vertu des causes d'irresponsabilité de droit commun (A). Cependant, ces dispositions, applicables à tout citoyen, apparaissent inadaptées aux réalités de terrain des militaires. Ainsi, le législateur a pris en compte les spécificités de la mission de l'armée pour adopter des dispositions spécifiques (B).

### **A) Application des causes d'irresponsabilité de droit commun**

Les militaires peuvent bénéficier des causes d'irresponsabilité de droit commun prévues aux articles 122-4 et suivants du Code pénal, applicables à tout citoyen. Il s'agit de l'ordre de la loi (1), du commandement de l'autorité légitime (2), de l'état de nécessité (3) et de la légitime défense (4).

#### **1- Ordre de la loi**

L'article 122-4 dispose « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ».

Ainsi, la loi et le règlement peuvent ordonner ou autoriser la commission d'une infraction. L'infraction correspond alors à un besoin social. Or, l'usage des armes et le recours à la force peuvent être nécessaires pour assurer la défense de la Nation. Le législateur autorise donc le militaire à recourir aux armes et la force dans certains cas.

Ainsi, à titre d'exemple les militaires de la gendarmerie nationale peuvent faire usage de leurs armes

lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portés contre eux ou contre autrui<sup>370</sup>. Également ils peuvent faire usage de leurs armes lorsque, après deux sommations faites à haute voix, ils ne peuvent défendre autrement les lieux qu'ils occupent ou les personnes qui leur sont confiées<sup>371</sup>. Pour que les militaires de la gendarmerie nationale soient exonérés de leur responsabilité, il faut qu'ils aient agi dans l'exercice de leurs fonctions, revêtus de leur uniformes, des insignes extérieurs et apparents de leur qualité, en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée.

## 2- Commandement de l'autorité légitime

L'article 122-4 du Code pénal dispose « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

Ce fait justificatif s'applique lorsqu'un ordre a été donné à un subordonné par un supérieur hiérarchique. Or, du fait de l'organisation hiérarchique de l'armée et de la discipline militaire, ce texte vise à s'appliquer particulièrement aux membres des forces armées.

Ainsi, le militaire qui commet une infraction en exécution d'un ordre émanant d'une autorité publique régulière n'engage pas sa responsabilité. Cependant, le législateur attend tout de même une part d'appréciation du militaire. Ainsi, si l'ordre est manifestement illégal, le subordonné doit refuser de l'accomplir. S'il l'exécute, le fait justificatif ne sera pas retenu et il engagera sa responsabilité. Le militaire ne doit donc pas obéir aveuglement aux ordres. Cette disposition avait d'ailleurs été reprise par le décret du 28 août 1975<sup>372</sup>, relatif à la discipline militaire. Ainsi, si l'article premier du décret disposait que la discipline militaire est « fondée sur le principe d'obéissance aux ordres », il prévoyait une exception selon laquelle « le subordonné ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicables dans les conflits armés et aux conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées ».

Il apparaît dans la jurisprudence que la Cour de cassation tient compte du rang de l'auteur de l'infraction pour apprécier si l'ordre est manifestement illégal ou non. Ainsi, les juges seront plus sévères lorsque l'infraction a été accompli par un militaire de rang élevé. Cette sévérité apparaît

---

370 Art. L435-1 du Code de la sécurité intérieure

371 *Ibid.*

372 Décret n°75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de discipline générale dans les armées



dans un arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2008<sup>373</sup>. Dans les faits, un ordre avait été donné de procéder à des écoutes téléphoniques visant à protéger la vie privée du chef d'État, et non sa sécurité. Cet ordre avait notamment été exécuté par un colonel de gendarmerie. La Cour de cassation avait alors refusé d'exonérer la responsabilité du colonel sur le fondement du commandement de l'autorité légitime dès lors qu'il « n'avait pu se méprendre sur le caractère manifestement illégal de l'ordre donné ». Si le prévenu avait été d'un grade subalterne, la justification aurait sans doute été admise plus facilement.

### 3- État de nécessité

L'article L122-7 du Code pénal dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

Il y a état de nécessité dans l'hypothèse où la commission de l'infraction est le seul moyen d'éviter un dommage plus grave que celui qui risque d'être causé par l'infraction. En plus du caractère nécessaire de l'acte accompli, l'article 122-7 du Code pénal exige que les moyens employés soient proportionnés à la gravité de la menace.

Cette justification a notamment été invoquée par un policier dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 18 novembre 2014<sup>374</sup>. Dans les faits, des policiers avait fait usage de la force pour maîtriser une personne présentant des troubles psychiatriques graves et qui se trouvait dans un état d'excitation important. Or, il apparaît que des militaires, et notamment les gendarmes, peuvent être confrontés à une situation similaire. Ils pourraient ainsi invoquer l'état de nécessité.

Il faut cependant constater que le fait justificatif de l'état de nécessité n'a été admis qu'une seule fois par la Cour de cassation, au bénéfice des forces de sécurité<sup>375</sup>. Dans les faits, un agent de la force publique avait tiré sur l'auteur d'une tentative de vol qui faisait preuve d'un comportement menaçant<sup>376</sup>. La Cour de cassation avait alors accepté de reconnaître l'état de nécessité. Mais ce fut la seule fois. Cette résistance de la Cour de cassation à reconnaître l'état de nécessité à l'égard des

373 Cass. Crim., 30 septembre 2008, n°07-82.249

374 Cass. Crim., 18 novembre 2014, n°13-88.001

375 TZUTZUIANO (C.), « L'usage des armes par les forces de l'ordre ; de la légitime défense... à la légitime défense en passant par l'autorisation de la loi », RSC 2017, p.699.

376 Cass. Crim., 16 juillet 1986, non publié, D. 1988, p.390

forces de sécurité n'est pas étonnante puisqu'il apparaît que l'état de nécessité est un fait justificatif inadapté aux cas de figure auxquels les militaires peuvent être confrontés. En effet, l'état de nécessité suppose l'existence d'un danger plutôt qu'une agression. Elle évoque alors plutôt une situation très proche de la force majeure, renvoyant elle-même plus à des circonstances matérielles insurmontables qu'à une menace humaine. « Le danger est alors impersonnel, anonyme et résulte d'un concours de circonstances souvent purement matérielles. L'infraction réalisée va léser une personne étrangère à la situation menaçante à laquelle l'agent a voulu se soustraire. La victime est, ici, un tiers innocent »<sup>377</sup>. L'état de nécessité n'a donc pas vocation à s'appliquer lorsqu'une personne utilise la force ou une arme pour se défendre face à une agression.

#### 4- Légitime défense

L'article 122-5 du Code pénal dispose « n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui ».

Ainsi, la loi reconnaît le droit de riposter, même par la violence, à une attaque injuste. Comme vue précédemment le militaire, en raison de ses fonctions peut être victime de violences et de menaces. Cette justification lui permet alors de se défendre sans être inquiété d'engager sa responsabilité. Ainsi, comme tout citoyen, le militaire ayant eu recours à la force ou à son arme peut être exonéré de sa responsabilité pénale en prouvant que, face à « une atteinte injustifiée envers lui-même ou autrui », il a accompli « dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense de lui-même ou d'autrui », et ce, sans qu'il y ait eu « disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ».

Cependant cette justification est apparue inadaptée au contexte actuel<sup>378</sup>. En effet, la légitime défense souffre d'un double handicap. Tout d'abord, elle soumet les militaires au même régime que tout particulier alors qu'ils se trouvent dans une position matérielle différente. Ensuite, les conditions de la légitime défense sont strictement entendues et, notamment celles du caractère actuel de l'agression, de la nécessité de la défense et d'une proportion entre la gravité de la menace et l'intensité de la riposte. Ce fait justificatif se heurte alors à de graves difficultés pour les membres

---

377 TZUTZUIANO (C.), « L'usage des armes par les forces de l'ordre ; de la légitime défense... à la légitime défense en passant par l'autorisation de la loi », RSC 2017, p.699.

378 QUAGLIERINI (B.), « Le militaire: entre citoyen, agent public et soldat », Thèse de doctorat en droit, sous la direction de Delphine Costa, Université d'Avignon, 2017.

des forces armées.

Ainsi, s'agissant des interventions en opérations extérieures, la légitime défense ne permet pas d'exonérer les militaires de leur responsabilité pénale lorsqu'ils font usage de la force dans le cadre de leur mission. En effet, le droit commun est inadapté aux réalités du terrain, puisque les actions menées sont de véritables opérations de guerre mais accomplies en temps de paix. Le droit des conflits armés, qui justifierait l'usage de la force, n'étant pas en vigueur, l'emploi des armes et de la force est uniquement encadré par les dispositions de droit commun relatives à la légitime défense et à l'état de nécessité. Or, ces règles sont « inadaptées pour couvrir en toutes circonstances les actions collectives nécessaires pour mener à bien les missions, qu'il s'agisse par exemple de défendre un dépôt de munitions, d'interdire le franchissement d'un point de contrôle ou, a fortiori, de prendre de vive force un objectif »<sup>379</sup>.

Puis, s'agissant des missions sur le territoire national, la légitime défense a également été le principal cadre réglementant l'usage des armes, notamment durant la mission Vigipirate. Ainsi, dans le 9 février 2010 la Cour de cassation<sup>380</sup> a confirmé un arrêt de la chambre d'instruction qui avait retenu qu'était en état de légitime défense un caporal-chef qui avait tiré sur une personne ayant pris à parti des militaires en patrouille dans une gare. Néanmoins, la légitime défense s'est aussi avérée inadaptée lors des attentats de Paris et de Nice. Ainsi, la légitime défense ne permet pas de protéger suffisamment les militaires dans un contexte de menace terroriste.

Si les militaires peuvent bénéficier des causes d'irresponsabilité de droit commun, il apparaît que ces dernières sont inadaptées à leur mission. Pour y remédier, le législateur a adopté des dispositions spécifiques.

## **B) Restrictions spécifiques à l'engagement de la responsabilité pénale**

Le législateur a adopté des dispositions spécifiques visant à restreindre l'engagement de la responsabilité pénale du militaire. Ces dispositions sont relatives à l'usage des armes (1), aux fautes non intentionnelles (2), à la protection des zones de défense (3) et aux opérations extérieures (4).

### 1- Création d'une cause d'irresponsabilité spéciale quant à l'usage des armes

<sup>379</sup> Projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, n°383, Sénat, déposé le 8 octobre 2013

<sup>380</sup> Cass. Crim., 9 février 2010, n°09-81.399

La loi du 3 juin 2016<sup>381</sup> est venu insérer un nouvel article 122-4-1 dans le Code pénal. Ce dernier dispose : « n'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale, le militaire de la gendarmerie nationale, le militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L.1321-1 du Code de la défense ou l'agent des douanes qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme ».

Il s'agit ici d'un fait justificatif spécial puisqu'il n'est applicable qu'à un nombre restreint de personnes. Il s'agit des personnes assurant la défense et la sécurité : les fonctionnaires de la police nationale, les gendarmes, les militaires et les agents des douanes. Cependant tous les militaires ne peuvent bénéficier de cette disposition. En effet, les militaires visés par l'article sont uniquement les militaires de la gendarmerie nationale et les militaires qui agissent sur le territoire de la République pour les besoins de la défense et de la sécurité civile en vertu d'une réquisition légale. Sont ainsi principalement visés les militaires qui interviennent dans le cadre de l'opération Vigipirate et de l'opération Sentinelle.

L'introduction de cette disposition vise à permettre aux forces de sécurité de stopper un ou plusieurs individus armés venant de commettre un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre et dont il est légitime de supposer qu'il se prépare à en commettre d'autres, alors même qu'il ne constituerait pas une menace actuelle, susceptible de caractériser la légitime défense, au moment précis où le militaire est en capacité d'intervenir. Ainsi, le recours à la force armée est autorisé par la loi pour empêcher la réitération d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre. Il s'agit en fait d'une forme de légitime défense ou d'état de nécessité, élargie et dénaturé, au point que le législateur a, à juste titre, choisi d'en faire une autorisation de la loi dans le Code pénal plutôt qu'une forme assouplie d'état de nécessité dans le Code de la sécurité intérieure.

Pour que le militaire soit exonéré de sa responsabilité, le texte pose trois conditions. Tout d'abord, l'usage de l'arme doit être absolument nécessaire et strictement proportionné. Le militaire doit ensuite intervenir dans un but exclusif ; celui d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis. De plus, il doit avoir des

---

381 Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme.

L'adoption de cette disposition est justifiée par plusieurs raisons. Tout d'abord, ce dispositif a été adopté en réaction aux attentats de Paris et de Nice et au regard de l'inadaptabilité du régime de la légitime défense et de l'état de nécessité au contexte de menace terroriste. Le législateur a alors créé une nouvelle cause d'irresponsabilité relative à l'usage des armes. Cette nouvelle justification étend ainsi la notion de légitime défense aux réalités du terrain, permettant à l'ensemble des acteurs assurant la sécurité de prévenir efficacement toute tentative d'attentat ou de surattentat. Ce dispositif a ensuite été adopté dans un souci de cohérence. En effet, un cadre d'usage des armes élargi était déjà reconnu aux militaires de la gendarmerie par l'article L 2338-3 du Code de la défense. Celui-ci autorise les gendarmes à faire usage de leurs armes dans quatre hypothèses. Ainsi, les gendarmes peuvent déployer la force armée «lorsque des violences ou des voies de fait sont exercées contre eux ou lorsqu'ils sont menacés par des individus armés », «lorsqu'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent, les postes ou les personnes qui leur sont confiés ou, enfin, si la résistance est telle qu'elle ne puisse être vaincue que par la force des armes », «lorsque les personnes invitées à s'arrêter par des appels répétés de " Halte gendarmerie " faits à haute voix cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes de s'arrêter que par l'usage des armes », en enfin «lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt ». Les autres forces de sécurité ne disposaient, quant à elles, que des dispositions de droit commun relatives à l'état de nécessité et à la légitime défense, au même titre que n'importe quel citoyen. Il apparaissait alors incohérent que les règles applicables ne soient pas les mêmes selon la qualité de l'agent ayant eu recours à la force armée. Le législateur a donc souhaité faire bénéficier le dispositif légal applicable aux gendarmes à toutes les forces de sécurité. La loi de 2016 a ainsi permis d'instaurer un cadre d'usage des armes commun à toutes les forces de sécurité et distinct de celui du simple citoyen, prenant en compte la spécificité et les finalités de leur mission

Mais cet article a fait l'objet de nombreuses critiques. Tout d'abord, il a été reproché que ce dispositif soit introduit dans le Code pénal. Il était en effet craint que cette nouvelle cause d'irresponsabilité pénale bouleverse l'équilibre du chapitre du Code pénal consacré aux « causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité » en ouvrant la voie à des causes spéciales d'irresponsabilité. De plus, cette réforme n'était pas satisfaisante puisque les forces de sécurité ne bénéficiaient toujours pas des mêmes exemptions que celles prévues pour les gendarmes dans le

Code de la défense. Or, conserver un régime distinct entre les différentes forces de sécurité sur l'usage des armes était très difficilement justifiable.

L'article 122-4-1 du Code pénal a alors été abrogé par la loi du 28 février 2017<sup>382</sup>. Pour autant le cadre de l'usage des armes applicable aux forces de la sécurité n'a pas été supprimé. En effet, la loi de 2017 a créé une nouvelle disposition dans le Code de la sécurité intérieure. L'article L435-1 prévoit alors que les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent faire usage de leurs armes dans cinq hypothèses. Les quatre premiers cas reprennent les quatre cas d'usage des armes antérieurement prévus pour les gendarmes à l'article L. 2338-3 du Code de la défense, en les rendant plus précis, et le cinquième cas correspond à celui qui était visé à l'article 122-4-1 du Code pénal. Ces dispositions recourent ainsi tous les cas de figure dans lesquels les forces de sécurité peuvent recourir à leurs armes : légitime défense de soi-même ou d'autrui, défense des lieux et des personnes entrant dans leur mission et prévention d'une réitération probable. Ce texte a un domaine plus restreint que l'ancien article 122-4-1 du Code pénal puisqu'il ne s'applique qu'aux agents de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale. Les agents des douanes et les militaires assurant la défense et la sécurité sur le territoire de la République en vertu de réquisitions légales ne sont plus visés.

Désormais cet article est l'unique disposition encadrant l'usage des armes par les forces de sécurité, puisque désormais l'article L2338-3 du Code de la défense, applicable aux seuls militaires de la gendarmerie nationale, se contente de renvoyer à l'article L435-1 du Code de la sécurité intérieure.

## 2- Engagement limité de la responsabilité pénale pour faute non intentionnelle

L'article L4123-11 du Code de la défense dispose que « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, les militaires ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie ». Ainsi, le Code de la défense prévoit une exception au droit commun en faveur des militaires.

En effet, en vertu du droit commun, une infraction peut être constituée par une faute non

---

382 Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique

intentionnelle. Ainsi, constitue un délit toute faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales<sup>383</sup>. Les diligences normales sont appréciées au regard de la nature des missions ou des fonctions de l'auteur, des compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Le Code de la défense prévoit une exception à cette disposition générale. Ainsi, le principe est que le militaire est irresponsable lorsqu'il commet des faits non intentionnels dans l'exercice de ses fonctions. Deux conditions doivent alors être remplies pour que la responsabilité du militaire ne soit pas engagée : l'absence d'intention et le contexte des faits. Cependant, le Code de la défense prévoit que le militaire peut tout de même engager sa responsabilité pour faits non intentionnels dans deux cas. Tout d'abord, le Code de la défense prévoit que le militaire qui commet des faits non intentionnels dans l'exercice de ses fonctions est irresponsable « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal ». Cet alinéa prévoit alors que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Ainsi, si le militaire peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il commet une faute simple, ce n'est pas le cas lorsqu'il commet une faute aggravée. Ensuite, le Code pénal prévoit que les militaires engagent également leur responsabilité pour faute non intentionnels lorsqu'« il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie ». Ainsi, un militaire ayant commis des faits non intentionnels dans l'exercice de ses fonctions peut engager sa responsabilité lorsqu'il n'a pas accompli les diligences normales. Comme en droit commun, les diligences normales sont appréciées au regard des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits. Mais le Code de la défense prévoit un autre faisceau d'indices. Ainsi, il impose aux juges de prendre également en compte les « difficultés propres aux missions » des militaires pour apprécier s'il y a lieu ou non d'engager la responsabilité du militaire. Or, au regard des difficultés propres au métier d'armes, il apparaît que cette disposition peut permettre de limiter largement l'engagement de la responsabilité du militaire pour des faits non intentionnels. De plus, le Code de la défense précise que les diligences normales

---

383 Art. 121-3 du Code pénal

doivent notamment être appréciées « au regard de l'urgence dans laquelle ils ont exercé leurs missions, des informations dont ils ont disposé au moment de leur intervention et des circonstances liées à l'action de combat ». Ainsi, le législateur impose aux juges de prendre en compte la spécificité militaire pour décider s'il y a lieu ou non d'engager la responsabilité du militaire.

### 3- Excuse pénale quant à la protection d'une zone de défense

L'article L4123-12 du Code de la défense prévoit qu'« outre les cas de légitime défense, n'est pas pénalement responsable le militaire qui déploie, après sommations, la force armée absolument nécessaire pour empêcher ou interrompre toute intrusion dans une zone de défense hautement sensible et procéder à l'arrestation de l'auteur de cette intrusion ».

Ainsi, le Code de défense vise à restreindre la responsabilité du militaire qui use de la force armée pour protéger une zone de défense hautement sensible. Le législateur a voulu permettre au militaire de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger une zone de défense, sans qu'il soit dissuadé d'agir par crainte de voir sa responsabilité engagée. Cette restriction de responsabilité s'explique par l'intérêt et le danger que représente une zone de défense. Ainsi « constitue une zone de défense hautement sensible la zone définie par voie réglementaire à l'intérieur de laquelle sont implantés ou stationnés des biens militaires dont la perte ou la destruction serait susceptible de causer de très graves dommages à la population, ou mettrait en cause les intérêts vitaux de la défense nationale »<sup>384</sup>.

Cependant, l'action du militaire pour protéger une zone de défense reste encadrée. Plusieurs conditions doivent être remplies pour que sa responsabilité ne soit pas engagée. Tout d'abord, avant de recourir à la force armée, le militaire doit avoir procédé à des sommations. Ensuite, le déploiement de la force armée doit être absolument nécessaire. Enfin, le recours à la force armée doit avoir pour but exclusif l'empêchement ou l'interruption de l'intrusion et l'arrestation de l'auteur de cette intrusion.

### 4- Excuse pénale quant aux OPEX

L'article L4123-12 du Code de la défense prévoit que « n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération mobilisant des

---

384 Art. L4123-12 du Code de la défense



capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises, quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'exercice de sa mission ».

Cette disposition a été adoptée pour remédier à l'inadaptabilité des causes d'irresponsabilité du droit commun aux situations auxquelles sont confrontés les militaires dans le cadre des OPEX.

Ainsi, le législateur vise à restreindre l'engagement de la responsabilité des militaires dans le cadre des OPEX lorsqu'ils recourent à des mesures de coercition, à la force armée ou en donnent l'ordre. Cependant, pour que les militaires soient exonérées de leur responsabilité, il faut que des conditions soient remplies. Tout d'abord, les militaires doivent agir à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises. Ensuite, ils doivent avoir agi dans le respect des règles du droit international. Enfin, il faut que l'acte du militaire soit nécessaire à l'exercice de sa mission.

Ainsi, le législateur accroît la protection du militaire en multipliant les cas dans lesquels, quand bien même il aurait commis une infraction, il n'engage pas sa responsabilité. Le militaire bénéficie également du soutien de l'Administration.

## **II) Intervention de l'Administration**

Si la protection fonctionnelle vise à protéger le fonctionnaire des menaces et des violences auxquelles il peut être confronté à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, elle vise également à le protéger lorsque sa responsabilité est mise en cause. En tant que fonctionnaires, le militaire bénéficie de cette protection. Cette disposition a d'ailleurs été reprise par le statut général des militaires de 2005. L'article 15 dispose ainsi que « l'État est également tenu d'accorder sa protection au militaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ». Cette protection est cependant soumise à des conditions (A) et peut revêtir plusieurs formes (B).

### **A) Conditions de la mise en œuvre de la protection fonctionnelle**

La protection fonctionnelle est due lorsque le militaire est poursuivi par un tiers à raison de faits qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions, et qui peuvent, en conséquence, être qualifiés de faute de

service. Ainsi, pour que le militaire puisse invoquer un droit à protection en cas de poursuites civiles ou pénales engagées à son encontre, aucune faute personnelle détachable du service ne doit lui être imputable. Dans le cas d'une faute personnelle commise par le militaire, l'Administration ne pourra mettre en œuvre la protection fonctionnelle.

Il faut ainsi distinguer la faute de service de la faute personnelle. C'est la jurisprudence administrative qui est venue préciser les contours de ces notions.

La faute de service est une simple erreur ou une négligence commise par un agent dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire pendant le service, avec les moyens du service et en dehors de tout intérêt personnel. Il en est ainsi d'un soldat qui conduit, sous les ordres d'un gradé, un camion militaire et qui, en vue d'éviter un choc avec le camion le précédant par coup de volant, renverse et blesse un cycliste. Le Tribunal des conflits<sup>385</sup> a en effet retenu que « dans les conditions où il s'est présenté, le fait imputable à ce militaire, dans l'accomplissement d'un service commandé, n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions », ce qui entraîne ainsi la compétence des juridictions administratives. Constitue également une faute de service le fait pour un officier et un sous-officier d'avoir organisé et dirigé un exercice de tir lors de conditions atmosphériques défavorables, sans avoir pris les précautions nécessaires. En l'espèce, du fait de cette négligence un chasseur alpin, qui participait à cet exercice de tir, était décédé enseveli dans une avalanche. La Cour de cassation<sup>386</sup> confirme l'arrêt d'appel selon lequel « les deux officiers, se trouvant en service commandé, ont commis des fautes de service », entraînant la compétence des tribunaux administratifs.

En revanche, lorsque les faits pour lesquels l'agent est poursuivi révèlent « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » et se détache matériellement ou intellectuellement du service, ils seront qualifiés de faute personnelle. En pratique, une faute est personnelle lorsqu'elle revêt un caractère d'exceptionnelle gravité, un excès de comportement ou encore des préoccupations d'ordre privé. Trois catégories de fautes personnelles ont alors été distinguées.

Premièrement, un militaire ne pourra demander la mise en œuvre de la protection fonctionnelle si les faits révèlent des préoccupations d'ordre privé telles que la malveillance ou la volonté de nuire. Il en va ainsi des excès de comportement ou d'une faute caractérisée par son exceptionnelle gravité.

---

385 TC, 14 janvier 1935, n°00820, *Thépaz*

386 Cass. Crim., 3 février 1987, n°85-91.598

Par exemple, le Conseil d'état, dans un arrêt du 17 décembre 1999<sup>387</sup> a qualifié de faute personnelle le fait pour un militaire de carrière, en l'espèce un lieutenant, d'avoir tué une personne par un tir à balles réelles en dehors de tout exercice de tir organisé par l'autorité supérieure. Le Conseil d'état retient en effet que « la faute commise, bien qu'étant intervenue dans le service, avait le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice par l'intéressé de ses fonctions ; qu'en raison de son extrême gravité cette faute justifie qu'ait été mise à la charge du requérant la totalité des conséquences ».

Ensuite, la protection fonctionnelle sera également rejetée pour les fautes commises en dehors de l'exercice des fonctions puisque celles-ci sont matériellement détachables du service, mêmes si elles présentent un lien avec elles. Ces fautes sont considérées, selon l'expression consacrée par la jurisprudence, comme « non dépourvues de tout lien avec le service ». Le plus souvent, il s'agit de fautes commises dans le prolongement de l'accomplissement du service. À titre d'illustration, la CAA de Paris, dans un arrêt en date du 26 juin 2006<sup>388</sup>, a qualifié de faute personnelle l'accident causé par un militaire qui détourne la destination normale du véhicule qui lui a été confié pour l'accomplissement d'une mission déterminée. Dans les faits, un gendarme avait été chargé de transporter du courrier. Pour effectuer cette tâche, un véhicule de service lui avait été confié. Il avait alors pris à son bord, sans autorisation, un autre appelé du contingent qui souhaitait effectuer un retrait d'argent. Pour se faire, le gendarme a effectué un détour, lors duquel il perdit le contrôle du véhicule et percuta un autre véhicule. La CAA retient alors que le gendarme « s'est écarté de l'itinéraire direct qu'il aurait dû suivre pour effectuer la mission qui lui était assignée ; que ce détour était motivé par une fin étrangère au service et qu'il n'est pas établi qu'il y aurait été autorisé par son supérieur hiérarchique ». Ainsi, l'accident doit être apprécié comme résultant d'une faute personnelle.

Enfin, un militaire ne pourra bénéficier de la protection lorsqu'il a commis une faute purement personnelle, soit celle qui est dépourvue de tout lien avec le service. Elle présente alors un caractère exclusivement « privé » car elle n'a pas été commise à l'occasion du service et elle n'a pas été rendue possible par la détention régulière de moyens du service. Par exemple, le Conseil d'état, dans un arrêt du 28 juillet 1951<sup>389</sup>, a jugé que le militaire en permission qui cause un accident avec son véhicule personnel commet une faute personnelle dépourvue de tout lien avec le service.

---

387 CE, 17 décembre 1999, n°199598, *Moine*

388 CAA Paris, 26 juin 2006, n° 03PA01323, *Ministre de la Défense*

389 CE, 28 juillet 1951, *Société standard des pétroles*

C'est à l'Administration de juger si la faute constitue une faute de service ou une faute personnelle. Le militaire qui conteste l'appréciation de l'Administration et le refus de lui accorder la protection fonctionnelle peut formuler un recours devant le tribunal administratif.

Si toutes les conditions exigées sont remplies, le militaire peut bénéficier de la protection fonctionnelle. Celle-ci peut alors revêtir plusieurs formes.

## **B) Formes de la protection fonctionnelle**

Le choix de la forme de la protection fonctionnelle est laissée à l'appréciation de l'Administration. Le plus souvent, elle prend la forme d'une protection juridique (1) et d'une garantie civile (2).

### 1- La protection juridique

L'Administration doit apporter l'assistance juridique nécessaire au militaire poursuivi en justice et bénéficiant de la protection fonctionnelle. Elle peut ainsi l'aider à recourir au ministère d'avocat soit en lui proposant les services de l'avocat de l'Administration, soit en prenant en charge les honoraires de l'avocat choisi par lui. Elle peut également prendre en charge les frais d'avocat de la partie adverse s'il a été condamné à les payer. De plus, lorsque la responsabilité pénale d'un militaire est mise en cause, il peut bénéficier de l'appui de l'Administration pour organiser sa défense qui doit notamment mettre à la disposition tous les documents utiles à prouver qu'il a accompli normalement ses fonctions. Également, des autorisations d'absence peuvent être accordées pour répondre aux demandes de la justice, notamment lorsqu'il est convoqué à une audition. La protection peut également être mise en œuvre par le remboursement des frais exposés par le militaire dans le cadre des actions intentées à l'encontre de son accusateur, en cours ou à l'issue du procès pénal. À titre d'exemple, le militaire pourra être remboursé des sommes qu'il aura dû avancer pour poursuivre son accusateur pour diffamation ou dénonciation calomnieuse. Le régime est d'autant plus protecteur que le Conseil d'état a décidé que le caractère d'acte créateur de droits de la décision accordant la protection de l'État à un militaire poursuivi pour des faits survenus à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, fait obstacle à ce que l'Administration puisse légalement retirer, plus de quatre mois après sa signature, une telle décision, hormis dans l'hypothèse où celle-ci aurait été obtenue par fraude<sup>390</sup>.

---

390 CE, 14 mars 2008, n° 283943, *M.Portalis*

## 2- La garantie civile

En cas de condamnation civile prononcée à raison d'une faute de service, les militaires bénéficient également d'une garantie. L'Administration peut ainsi être tenue de prendre en charge le montant des dommages et intérêts prononcés à son encontre. Ainsi, la victime qui demande réparation pourra être indemnisée directement par l'Administration. À l'origine, la garantie civile est une création prétorienne du Conseil d'état. Dans son arrêt Raymond en date du 8 février 1924<sup>391</sup>, il reconnaît l'obligation pour l'État de prendre à sa charge la condamnation civile d'un soldat mobilisé, mis à la disposition du préfet de la Loire par l'autorité militaire et auteur d'un accident de la circulation alors qu'il était en service, au volant de sa voiture personnelle également mise à la disposition du préfet. Cette garantie fut ensuite insérée dans le statut général des fonctionnaires et celui des militaires. L'article 15 du statut général de 2005 dispose en effet qu'en cas de poursuites exercées par un tiers contre des militaires pour faute de service sans que le conflit d'attribution ait été élevé, « l'État doit, dans la mesure où aucune faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions n'a été commise, les couvrir des condamnations civiles prononcées contre eux ».

Ainsi, il apparaît que le législateur a largement étendu la protection du militaire. Pour cela de nombreuses dispositions spécifiques ont été adoptées ces dernières années et beaucoup de moyens ont été mis en œuvre. Ces dispositions particulières laissent à penser qu'un nouveau droit militaire est en train d'émerger, tourné vers la protection du militaire.

---

391 CE, 8 février 1924, *Raymond*

## CONCLUSION

Ces dernières années, les spécificités du droit applicable aux militaires se sont effacées progressivement, au gré des réformes. Ce mouvement qui n'a cessé de s'amplifier a pu laisser penser que le droit militaire avait vocation à disparaître. Ainsi, au terme du processus, le droit spécial aurait laissé place au droit commun qui se serait totalement immiscé dans les armées. Pourtant, un tel raisonnement semble hâtif.

Tout d'abord, au sein même des réformes qui ont tendu à rapprocher le droit militaire du droit commun, des indices de la subsistance du droit militaire sont visibles. En effet, si le droit commun tend à s'appliquer par principe, de nombreuses exceptions perdurent.

De plus, il apparaît que certains aspects du droit militaire ont été entièrement préservés du mouvement tendant à rapprocher le droit militaire du droit commun. Il en est ainsi du système répressif particulier applicable aux militaires, indispensable au bon fonctionnement de l'armée.

Puis, il apparaît que de nouvelles spécificités émergent. Ainsi, si des spécificités disparaissent, de nouvelles viennent les remplacer, tendant à alimenter le droit militaire et à le faire resurgir. Un nouveau droit militaire serait alors en train de naître.

Ainsi, quand bien même, l'armée s'est rapprochée de la société, elle reste soumise à une organisation et à un fonctionnement qui lui sont propres. Or, les lois ne peuvent aller à leur encontre, au risque de remettre en cause l'institution militaire elle-même, et par répercussion la défense nationale. Le législateur a ainsi raisonnablement limité l'immixtion du droit commun dans l'armée afin que soient prises en considération les spécificités du métier d'armes.

Ainsi, malgré les nombreuses fluctuations auxquelles il est soumis, il apparaît que le droit militaire a encore de beaux jours devant lui.

# BIBLIOGRAPHIE

## I) Ouvrages généraux

DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, 3e, éd. PUF, Paris, 2017, 388p., ISBN : 978-2-13-073691-2

LEROY (J.), *Droit pénal général*, 6e, éd. LGDJ, Paris, 2016, 538p., ISBN : 978-2-275-04530-6.

PRADEL (J.), *Droit pénal général*, 21e, éd. Cujas, Paris, 2016, 781p., ISBN : 978-2-254-16404-2

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, 5e, éd. PUF, Paris, 2015, 766p., ISBN : 978-2-13-065196-3.

GALISSET (C.-M.), *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets et ordonnances... publiés depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Tome 1, éd. Blanchet éditeur, Paris, 1843, 1370p. Disponible sur : [https://books.google.fr/books/about/Corps\\_du\\_droit\\_français\\_ou\\_recueil\\_comp.html?id=GBtHAAAACAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.fr/books/about/Corps_du_droit_français_ou_recueil_comp.html?id=GBtHAAAACAAJ&redir_esc=y) (Consulté le 04/04/2018).

## II) Ouvrages spéciaux

BRAUN (G.), COMTE (A.), ZIWIE (W.), *Les droits du soldat : statut, discipline et justice militaire*, éd. F. Maspero, Paris, 1975, 131p., LCCN: 75520421

COCHARD (J.), *Armée, guerre et droit pénal : journée d'études du 19 mai 1984*, éd. Cujas, Paris, 1986, 116p., LCCN: 87203058

DOAREL (R.), FRIN (P.), *La responsabilité des militaires : réflexions sur la judiciarisation des théâtres d'opérations*, éd. Economica, Paris, 2013, 210p., ISBN: 978-2-7178-6567-7

DOLL (P.-J.), *Analyse et commentaire du code de justice militaire*, éd. LGDJ, Paris, 1966, 418p., LCCN: 670716711

HERRY (J.-L.), *La fonction militaire*, éd. Berger-Levrault, Paris, 1976, 285p., ISBN: 2701301068

HEYRIES (H.), *Histoire militaire, études de défense et politiques de sécurité : des années 1960 à nos jours : bilan historiographique et perspectives épistémologiques*, éd. Economica, Paris, 2012, 497p., ISBN: 978-2-7178-6103-7

HUGUENEY (P.), *Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaires : crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État*, éd. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1940, 173p.

IRONDELLE (B.), *La réforme des armées en France : sociologie de la décision*, éd. Presses de Sciences Po, Paris, 2011, 338p., ISBN: 978-2-7246-1199-1

WIRTH (J.-P.), *La condition militaire*, éd. Dalloz, Paris, 2014, 320p., ISBN : 978-2247139330

### **III) Encyclopédies et répertoires**

RAYNES (S.), *Justice militaire*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mars 2012.

AGOSTINI (F.), *Compétence*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2005.

FITTE-DUVAL (A.), *Fonctionnaire et agent public*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, avril 2011

### **IV) Actes de colloques, de discours et de congrès**

Intervention télévisée de Jacques Chirac, président de la République, le 22 février 1996

Discours sur la politique de défense de M. Emmanuel Macron, candidat aux élections présidentielles, à l'hôtel des Arts et Métiers, Paris, le 18 mars 2017.

Audition sur la condition militaire devant la Commission de la Défense, Maréchal des logis chef Patrick B., représentant du Conseil supérieur de la condition militaire,, le 21 novembre 2017.

### **V) Chroniques et articles de doctrine**

DE ANDRADE (A.), « Une particularité de la procédure pénale applicable aux militaires : l'avis du ministre de la Défense », RSC 2002, p.71.

BONIFACE (P.), « Les opérations militaires extérieures », *Pouvoirs*, vol. 125, n°. 2, 2008, p. 55. Disponible sur : <<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-2-page-55.htm#pa1>>

BOSSIS (G.), « L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge : une illustration des limites du rapprochement du statut des militaires et du droit commun des fonctionnaires », RFDA 2005, p.778.

CEDRIC (S.), « Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire », Commentaire de décision, Cons.const., 3 février 2012, n° 2011-218 QPC. Disponible sur : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011218QPC2011218qpc.pdf>> (Consulté le 29/04/2018).



COHEN (S.), « Le pouvoir politique et l'armée », *Pouvoirs*, vol. 125, n°2, 2008, p.19. Disponible sur : <<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-2-page-19.htm>> (Consulté le 28/03/2018).

DEMESY (C.), « La liberté syndicale et le droit de négociation collective des militaires », RFDA 2003, p.546.

DOMINIQUE DE L. (M.), « Incompatibilité des fonctions de militaire en activité avec un mandat électif local », Commentaire de décision, Cons.const., 28 novembre 2014, n° 2014-432 QPC. Disponible sur : <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014432QPC2014432qpc\\_ccc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014432QPC2014432qpc_ccc.pdf)> (Consulté le 28/04/2018).

EDELSTEIN (M.), « Le militaire-citoyen, ou le droit de vote des militaires pendant la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n°310, 1997, p.585. Disponible sur : <[https://www.persee.fr/doc/ahrf\\_0003-4436\\_1997\\_num\\_310\\_1\\_2078](https://www.persee.fr/doc/ahrf_0003-4436_1997_num_310_1_2078)> (Consulté le 26/02/2018).

GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Juridictions militaires et d'exception : perspectives comparées et internationales rapport général garanties procédurales et droit au recours », *Archives de politique criminelle*, vol. 29, n°1, 2007, p.241. Disponible sur : <<https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2007-1-page-241.htm>> (Consulté le 08/02/2018).

GUILLAUMONT (O.), « Que reste-t-il de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite ? », AJFP 2003, p.21.

MATSOPOULOU (H.), « La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des écoutes de l'Elysée », Commentaire d'arrêt, Cass. Crim., 30 septembre 2008, n°07-82.249, D. 2008, p.2975.

DE MONTECLER (M.-C.), « Feu vert à la création d'associations professionnelles de militaires », AJDA 2015, p.1445.

POISSONNIER (G.), « La fin de l'interdiction absolue des syndicats au sein des armées », D. 2014, p.2560.

PONSEILLE (A.), « À propos du délit d'embuscade de l'article 222-15-1 du code pénal », RSC 2009, p.535.

PRADEL (J.), « Pour une légitime défense spécifique aux membres des forces de l'ordre », D. 2016, p.2525.

SAAS (C.), « La justice militaire en France », *Archives de politique criminelle*, vol. 29, n°1, 2007, p.183. Disponible sur : <<https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2007-1-page-183.htm>> (Consulté le 13/03/2018).

TZUTZUIANO (C.), « L'usage des armes par les forces de l'ordre ; de la légitime défense... à la légitime défense en passant par l'autorisation de la loi », RSC 2017, p.699.

VERSTAPPEN (C.), « Les droits sociaux des militaires », *Pouvoirs*, vol. 125, n°2, 2008, p.109. Disponible sur : <<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-2-page-109.htm>> (Consulté le 07/02/2018).

ZARCA (A.), « L'Europe des droits de l'homme et la liberté syndicale des militaires », *AJFP* 2015, p.42.

« Réforme de la législation militaire », *Gazette des tribunaux*, éd. De Paris, n°4813, 8 et 9 février 1841. Disponiblesur :<[http://data.decalog.net/enap1/liens/Gazette/ENAP\\_GAZETTE\\_TRIBUNAU\\_X\\_18410208.pdf](http://data.decalog.net/enap1/liens/Gazette/ENAP_GAZETTE_TRIBUNAU_X_18410208.pdf)> (Consulté le 21/03/2018).

## **VI) Rapports et documents officiels**

Mandement de Montdidier au Sénéchal de Beaucaire du 1er mai 1347

Ordonnance du Plessis-les-Tours de 1467

Ordonnance du 25 juillet 1665

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789

Décret du 22 décembre 1789

Décret du 28 février 1790 sur la constitution militaire

Loi du 22 septembre 1790

Loi du 29 octobre 1790

Décret du 20 février 1791

Décret 5 août 1792

Loi du 12 mai 1793

Loi du 16 mai 1793

Constitution française du 24 juin 1793

Loi du 22 janvier 1794

Loi du 18 septembre 1795

Loi 6 avril 1796

Loi du 3 novembre 1796

loi du 11 novembre 1796

Loi du 23 mars 1797

Ordonnance du roi portant règlement sur le service intérieur, la police et la discipline des troupes d'infanterie, du 13 mai 1818

Ordonnance du roi, sur le service intérieur de l'infanterie du 2 novembre 1833

Décret du 5 mars 1848 portant suffrage universel masculin

Loi du 15 mars 1849 électorale, listes, collèges électoraux, électorat et éligibilité

Décret du 2 décembre 1851, acte fondateur du coup d'État

Décret du 2 février 1852 organique pour l'élection des députés au corps

Loi du 5 mai 1855

Loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée

Loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés

Circulaire du 21 janvier 1877

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels

Loi du 9 décembre 1884 portant modification aux lois organiques sur l'organisation du Sénat et les élections de sénateurs.

Décret du 20 octobre 1892 portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie

Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

Circulaire du 21 juin 1906

Décret du 25 mai 1910 portant règlement sur le service intérieur des corps de troupe

Décret du 14 mai 1912

Décret du 6 septembre 1914 relatif au fonctionnement des conseils de guerre

Règlement du service dans l'armée de 1924

Loi du 9 mars 1928 portant révision du code de justice militaire pour l'armée de terre

Décret du 1er avril 1933 portant règlement du service dans l'armée

Règlement du service dans l'armée de 1936

Ordonnance n°45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires

Circulaire du 28 avril 1948

Circulaire ministérielle du 13 mai 1948 relative aux règles à suivre concernant la politique dans l'armée

Circulaire du 13 novembre 1948

Avis consultatif du Conseil d'État du 21 juin 1949

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950

Décret n°53-871 du 22 septembre 1953 portant création de tribunaux permanents des forces armées, de tribunaux de cassation permanents des forces armées et d'établissements pénitentiaires des forces armées

Loi n°54-1295 du 29 décembre 1954 portant congé spécial pour exercice de fonctions électives aux militaires

Décret n° 56-381 du 1er octobre 1956 portant Code électoral

Constitution française du 4 octobre 1958

Ordonnance n° 58-977 du 17 octobre 1958 relative à l'utilisation du vote par procuration ou par correspondance pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale

Ordonnance n° 58-1329 du 23 décembre 1958 relative à la situation " hors cadre " et à la position " spéciale hors cadre " des personnels militaires

Ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires

Rapport déposé à l'Assemblée nationale au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées, le 4 novembre 1959, n°337

Ordonnance n°62-529 du 27 avril 1962 prise sur le fondement de l'article 16 de la Constitution de 1958

Ordonnance n°62-618 du 1 juin 1962 instituant une Cour militaire de justice

Loi n°63-23 du 15 janvier 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'art. 698 du Code de procédure pénale

Loi n°63-1255 du 21 décembre 1963 relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement

Loi n°65-542 du 8 juillet 1965 portant institution d'un code de la justice militaire

Décret n°66-749 du 1 octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées

Loi n° 66-1037 du 29 décembre 1966 relative à l'exercice des fonctions judiciaires militaires

Loi n°69-1044 du 21 novembre 1969 relative au Conseil supérieur de la fonction militaire

Loi n° 71-424 du 10 juin 1971 portant Code du service national

Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

Décret n°75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de discipline générale dans les armées

J.O. Assemblée nationale, 2ème séance, 14 avril 1982, p.1129

Loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 relative à relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'État et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national

Décret n° 98-86 du 16 février 1998 modifiant divers décrets portant statuts particuliers de certains corps d'officiers et de sous-officiers et officiers marinières des armées, de la gendarmerie et de la délégation générale pour l'armement

Loi n°99-929 du 10 novembre 1999 portant réforme du Code de justice militaire et du Code de procédure pénale

« Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires », *Les documents de travail du Sénat*, Série Législation comparée, 22 mai 2002, n°LC 105, ISSN 1263-1760.

Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites

Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Denoix de Saint Marc, 29 octobre 2003

Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

Projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, avis n°367, au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, déposé le 23 mars 2011.

Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et l'allégement de certaines procédures juridictionnelles

Projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, n°383, Sénat, déposé le 8 octobre 2013

Loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale

« L'interdiction absolue des syndicats au sein de l'armée française est contraire à la Convention », Communiqué de presse, CEDH, 2 octobre 2014.

Circulaire du 15 avril 2014 présentant les dispositions des lois n°2011-1862 du 13 décembre 2011 et n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relatives aux affaires militaires

Loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense

Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

Arrêté du 21 octobre 2016 pris en application des articles R. 4126-1 à R. 4126-7 du code de la défense relatifs aux associations professionnelles nationales de militaires

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique

« La fonction militaire dans la société française », Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires, 11ème rapport, septembre 2017, p.19

Projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, n°659, Assemblée nationale, déposé le 6 février 2018

Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le service national universel, n°667, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées, Assemblée nationale, déposé le 14 février 2018

## **VII) Jurisprudence**

CE, 8 février 1924, *Raymond*

TC, 14 janvier 1935, n°00820, *Thépaz*

CE, 28 juillet 1951, *Société standard des pétroles*

Cass. Crim., 16 juillet 1986, non publié, D. 1988, p.390  
Cass. Crim., 3 février 1987, n°85-91.598  
Cass. Crim., 2 octobre 1987, n°87-80.858  
Cass. Crim., 26 septembre 1990, n°90-81.691  
Cass. Crim., 17 novembre 1993, n°93-83.320  
CE, 17 décembre 1999, n°199598, *Moine*  
CE, 28 novembre 2003, n° 233466, *M. Gérard S.*  
CAA Paris, 26 juin 2006, n° 03PA01323, *Ministre de la Défense*  
CE, 14 mars 2008, n° 283943, *M. Portalis*  
Cass. Crim., 30 septembre 2008, n°07-82.249  
Cass. Crim., 9 février 2010, n°09-81.399  
Cons.const., 3 février 2012, n° 2011-218 QPC  
CEDH, 2 octobre 2014, n° 10609/10, *Matelly c. France*  
CEDH, 2 octobre 2014, n° 32191/09, *Adefdromil c. France*  
Cass. Crim., 18 novembre 2014, n°13-88.001  
Cons.const., 28 novembre 2014, n° 2014-432 QPC  
CE, 22 septembre 2017, n°404921, *M.K.*  
CE, 9 février 2018, n° 406742

### **VIII) Archives**

DULIERE (P.), *La responsabilité pénale des militaires français en temps de paix*, Mémoire de master en droit de la matière pénale, sous la direction de Frédéric Archer, Université catholique de Lille, 2016, 122p.

QUAGLIERINI (B.), *Le militaire: entre citoyen, agent public et soldat*, Thèse de doctorat en droit, sous la direction de Delphine Costa, Université d'Avignon, 2017, 426p.

## IX) Webographie

« L'Assemblée autorise les militaires à devenir conseillers municipaux », *Europe 1* (en ligne), 23 mars 2018. Disponible sur : <<http://www.europe1.fr/politique/lassemblee-autorise-les-militaires-a-devenir-conseillers-municipaux-3607037>> (Consulté le 15/04/2018).

BELLAN (M.), « Service national universel : les recommandations du groupe de travail », *Les Echos* (en ligne), 30 avril 2018. Disponible sur : <<https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/0301627939750-service-national-universel-les-recommandations-du-groupe-de-travail-2172979.php>> (Consulté le 10/05/2018).

« Burkina/agression sexuelle: un militaire français condamné », *Le Figaro* (en ligne), 12 juin 2017. Disponible sur : <<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/06/12/97001-20170612FILWWW00195-burkinaagression-sexuelle-un-militaire-francais-condamne.php>> (Consulté le 12/05/2018)

<https://www.defense.gouv.fr/csfm/la-concertation/presentation-du-csfm>

<https://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/secret-defense/secret-defense>

<https://www.defense.gouv.fr/familles/votre-espace/condition-militaire/associations-professionnelles-nationales-de-militaires/associations-professionnelles-nationales-de-militaires>

[https://www.defense.gouv.fr/content/download/467987/7465098/18\\_la\\_loyaute.pdf](https://www.defense.gouv.fr/content/download/467987/7465098/18_la_loyaute.pdf)

<https://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/ressources-humaines/bilan-social>

DIGNAT (A.), « 4 novembre 1904 ; L'affaire des fiches », *Hérodote* (en ligne), 11 mars 2018. Disponible sur : <[https://www.herodote.net/4\\_novembre\\_1904-evenement-19041104.php](https://www.herodote.net/4_novembre_1904-evenement-19041104.php)> (Consulté le 28/04/2018).

HESSENBRUCH (P.), « Fin du service militaire : premiers pas il y a 20 ans », *Ministère des armées* (en ligne), 22 février 2016. Disponible sur : <<https://www.defense.gouv.fr/re/actualites/articles/fin-du-service-militaire-premiers-pas-il-y-a-20-ans>> (Consulté le 10/05/2018).

[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_1\\_dapm\\_20170714.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_dapm_20170714.pdf)

<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/la-vie-hors-detention-10040/la-semi-liberte-11996.html>

KREMPEF (A.), « La justice militaire n'existe plus en France ? », *France info* (en ligne), 19 juin 2015. Disponible sur : <[https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-vrai-du-faux/la-justice-militaire-nexiste-plus-en-france\\_1781121.html](https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-vrai-du-faux/la-justice-militaire-nexiste-plus-en-france_1781121.html)> (Consulté le 18/04/2018).

LAGNEAU (L.), « Faut-il autoriser les militaires à adhérer à un parti politique? », *Opex 360* (en ligne), 16 mai 2015. Disponible sur : <<http://www.opex360.com/2015/05/16/faut-il-autoriser-les-militaires-adherer-parti-politique/>> (Consulté le 21/04/2018).

LAGNEAU (L.), « En 2017, 1.544 cas de désertion ont été constatés dans les armées », *Opex 360*



(en ligne), 18 avril 2018. Disponible sur : <<http://www.opex360.com/2018/04/18/2017-1-544-cas-de-desertion-ont-ete-constates-armees/>> (Consulté le 08/05/2018).

LECLERC (J.-M.), « 84 agressions par jour contre les forces de l'ordre », *Le Figaro* (en ligne), le 18 janvier 2016. Disponible sur : <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/01/18/01016-20160118ARTFIG00339-84-agressions-par-jour-contre-les-forces-de-l-ordre.php>> (Consulté le 15/05/2018).

<http://www.lhistoire.fr/le-coup-d-etat-de-louis-napoleon-bonaparte>

« Pratique du contentieux des affaires pénales militaires », *ENM* (en ligne), 8 mars 2017. Disponible sur : <[http://www.enm.justice.fr/?q=actu-08mars2017\\_Pratique-du-contentieux-des-affaires-penales-militaires](http://www.enm.justice.fr/?q=actu-08mars2017_Pratique-du-contentieux-des-affaires-penales-militaires)> (Consulté le 10/04/2018).

« Paris : les femmes de militaires manifestent leur colère », *RTL* (en ligne), 26 août 2017. Disponible sur : <[www.rtl.fr/actu/debats-societe/operation-sentinelle-femmes-militaires-colere-manifestent-a-paris-7789846174](http://www.rtl.fr/actu/debats-societe/operation-sentinelle-femmes-militaires-colere-manifestent-a-paris-7789846174)> (Consulté le 15/05/2018).

SAISI (L.), « Notre république, le pouvoir civil et ses rapports aux chefs militaires », *Idées Saisies* (en ligne), 2 août 2017. Disponible sur <<http://www.ideesaisies.org/notre-republique-le-pouvoir-civil-et-ses-rapports-aux-chefs-militaires-par-louis-saisi/>> (Consulté le 14/03/2018).

« Un général condamné pour homicide involontaire pour la mort d'un sergent », *20 minutes* (en ligne), 12 décembre 2011. Disponible sur : <<https://www.20minutes.fr/societe/839678-20111209-general-condamne-homicide-involontaire-mort-sergent>> (Consulté le 12/05/2018).

<http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/defense/operations-militaires-externes-france-opex.html>

# TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>2</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>3</b>
<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>6</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE – ATTÉNUATION DES SPÉCIFICITÉS DU DROIT MILITAIRE.....</b>	<b>19</b>
<b>CHAPITRE I) REcul GRADUEL DES RESTRICTIONS AUX DROITS ET LIBERTÉS DES MILITAIRES.....</b>	<b>21</b>
<b>SECTION 1) RÉGIME RESTRICTIF TRADITIONNEL.....</b>	<b>21</b>
I) Restrictions dans le domaine de la vie publique.....	22
A) Restriction des droits politiques .....	22
1- Atteinte au droit de vote.....	22
2- Atteinte au droit d'éligibilité.....	25
3- Atteinte au droit de créer et d'adhérer à un groupement politique.....	26
B) Restriction des libertés de l'esprit.....	26
1- Atteinte à la liberté d'opinion.....	27
2- Atteinte à la liberté d'expression.....	28
3- Atteinte à la liberté d'information.....	30
II) Restrictions dans le domaine de la vie professionnelle.....	30
A) Droits progressivement reconnus aux fonctionnaires.....	30
B) Régime dérogatoire applicable aux militaires .....	32
<b>SECTION 2) REMISE EN CAUSE CONTEMPORAINE.....</b>	<b>34</b>
I) Émergence de droits et libertés dans le domaine de la vie publique.....	34
A) Accession aux droits politiques.....	34
1- Reconnaissance définitive du droit de vote et du droit d'éligibilité.....	35
2- Remise en cause de l'interdiction d'adhérer à des groupements politiques.....	37
B) Accession aux libertés de l'esprit.....	39
1- Libertés et droits reconnus en principe.....	39
2- Subsistance de limites justifiée par les missions de l'armée.....	40
II) Vers une liberté d'association et une liberté syndicale.....	43
A) Interdiction critiquée en droit interne.....	43
B) Interdiction condamnée par la CEDH.....	45

1- Intervention de la CEDH.....	45
2- Réaction du législateur français.....	46

**CHAPITRE II) DISPARITION PROGRESSIVE DES DÉROGATIONS RELATIVES À LA JUSTICE MILITAIRE.....48**

**SECTION 1) SUPPRESSION DES JURIDICTIONS MILITAIRES.....48**

I) Compétence traditionnelle des tribunaux d'exception.....	48
A) Histoire des tribunaux militaires.....	49
1- Origine des tribunaux militaires.....	49
2- Évolution des tribunaux militaires sous la Révolution.....	50
3- Justice militaire issue du Code de justice militaire de 1857.....	51
4- Justice militaire sous le Code de justice militaire de 1965 .....	52
B) Apparition de brèches.....	53
II) Compétence de principe actuelle des juridictions de droit commun.....	55
A) Réformes à l'origine du rapprochement avec le droit commun .....	55
B) Régime actuellement en vigueur.....	57
1-En temps de paix : compétence des JDCS.....	57
a- Compétence des JDCS.....	57
b- Composition des JDCS.....	59
2- En temps de guerre : compétence des juridictions militaires.....	60
a- Tribunaux territoriaux des forces armées.....	60
b- Tribunaux militaires aux armées.....	61
c- Tribunaux prévôtaux .....	61

**SECTION 2) DÉMILITARISATION DE LA PROCÉDURE PÉNALE.....62**

I) Rapprochement avec la procédure pénale de droit commun.....	62
A) Avant la réforme de 1982.....	62
1- Procédure antérieure au procès .....	63
2- Procédure pendante au procès.....	65
3- Particularités du jugement .....	66
B) Depuis la réforme de 1982.....	67
1- Phase préparatoire.....	67
2- Phase décisive.....	68
II) Subsistance de particularités.....	68
A) Spécificités prévues en temps de paix.....	69
B) Spécificités prévues en temps de guerre.....	71

**DEUXIÈME PARTIE - SUBSISTANCE DE LA SPÉCIALITÉ DU DROIT MILITAIRE.....74**

**CHAPITRE I) PÉRENNITÉ D'UN DROIT RÉPRESSIF PARTICULIER .....76**

<b>SECTION 1) SUBSISTANCE DES INFRACTIONS EN MATIÈRE MILITAIRE.....</b>	<b>76</b>
I) Infractions de droit commun en matière militaire.....	77
A) Infraction commise par un militaire en lien avec les fonctions .....	77
B) Notion d'infraction commise dans l'«exercice du service ».....	78
II) Infractions purement militaires.....	79
A) Infractions en violation des engagements.....	80
1- Infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires .....	80
a- Insoumission et mutilations volontaires.....	80
b- Désertion et autres infractions liées .....	81
2-Infractions contre l'honneur ou le devoir.....	83
B) Infractions contraires à l'obéissance.....	84
1-Infractions contre la discipline.....	84
2 -Infractions aux consignes.....	86
<b>SECTION 2) SUBSISTANCE DE SANCTIONS SPÉCIFIQUES .....</b>	<b>87</b>
I) Sanctions prononcées en vertu de la fonction.....	87
A) Simplification de l'ancien système.....	87
B) Étendue des droits et garanties .....	90
II) Peines appliquées en vertu du droit pénal.....	91
A) Particularités quant au prononcé des peines .....	92
1- Application de peines spécifiques.....	92
a- La destitution .....	92
b- La perte de grade.....	93
2- Peines de droit commun inapplicables.....	94
B) Particularités quant à l'exécution des peines.....	96
<b>CHAPITRE II) MISE EN PLACE D'UN RÉGIME PROTECTEUR RENFORCÉ.....</b>	<b>99</b>
<b>SECTION 1) PROTECTION DU MILITAIRE VICTIME D'INFRACTION.....</b>	<b>99</b>
I) Protection en aval des infractions.....	100
A) Protection assurée par le droit pénal.....	100
1- Création d'infractions spécifiques.....	100
2- Mise en œuvre de circonstances aggravantes.....	102
3- Extension de la protection.....	104
B) Protection assurée par l'Administration.....	105
1- Conditions de la protection.....	106
2- Formes de la protection.....	107
II) Protection en amont des infractions.....	108
A) Intégration du citoyen dans l'armée.....	108
1- Journée d'Appel à la Préparation de la Défense.....	109
2-Vers la mise en place d'un nouveau service national ?.....	110

B) Intégration du militaire dans la société.....	112
1- Mise en place d'institutions.....	113
a- Le Conseil supérieur de la fonction militaire (CSFM).....	113
b- Le Haut comité d'évaluation de la condition militaire (HCECM).....	114
2- Apparition d'associations professionnelles nationales militaires (APNM).....	115
a- Régime juridique des APNM.....	115
b- Place des APNM au sein de la société.....	116
<b>SECTION 2) PROTECTION DU MILITAIRE AUTEUR D'INFRACTION .....</b>	<b>117</b>
I) Contournement de la responsabilité pénale.....	118
A) Application des causes d'irresponsabilité de droit commun .....	118
1- Ordre de la loi.....	118
2- Commandement de l'autorité légitime.....	119
3- État de nécessité.....	120
4- Légitime défense.....	121
B) Restrictions spécifiques à l'engagement de la responsabilité pénale.....	122
1- Création d'une cause d'irresponsabilité spéciale quant à l'usage des armes.....	122
2- Engagement limité de la responsabilité pénale pour faute non intentionnelle.....	125
3- Excuse pénale quant à la protection d'une zone de défense .....	127
4- Excuse pénale quant aux OPEX.....	127
II) Intervention de l'Administration .....	128
A) Conditions de la mise en œuvre de la protection fonctionnelle.....	128
B) Formes de la protection fonctionnelle.....	131
1- La protection juridique.....	131
2- La garantie civile.....	132
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>133</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>134</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>145</b>

