



HAL
open science

Le militaire : entre citoyen, agent public et soldat

Bertrand Quaglierini

► **To cite this version:**

Bertrand Quaglierini. Le militaire : entre citoyen, agent public et soldat. Droit. Université d'Avignon, 2017. Français. NNT : 2017AVIG2058 . tel-01753376

HAL Id: tel-01753376

<https://theses.hal.science/tel-01753376>

Submitted on 29 Mar 2018

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

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

UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

ÉCOLE DOCTORALE 537 « Culture et patrimoine »



FACULTÉ DE DROIT

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Bertrand QUAGLIERINI

Le 7 décembre 2017

LE MILITAIRE : ENTRE CITOYEN, AGENT PUBLIC et SOLDAT

Directrice de thèse :

Madame Delphine COSTA

Professeure à Aix-Marseille Université

JURY :

- | | |
|-------------------------|--|
| - Mme Delphine COSTA | Professeure de droit public, Aix-Marseille Université, directrice de thèse. |
| - M. Pierre FRESSOZ | Maître de Conférences en droit public, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse. |
| - Mme Roseline LETTERON | Professeure de droit public, Université Paris-Sorbonne, rapporteur . |
| - M. Xavier LATOUR | Professeur de droit public, Université de Nice-Sophia Antipolis, rapporteur . |
| - Mme Catherine RIBOT | Professeure de droit public, Université de Montpellier. |

L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur

Remerciements

Mes premiers remerciements sont adressés au Professeure Delphine COSTA pour la confiance qu'elle m'a accordée, la patience dont elle a témoignée, ainsi que les conseils avisés et les encouragements qu'elle m'a apportés durant toutes ces années.

Je tiens également à remercier l'ensemble de mes collègues, civils et militaires, qui m'ont soutenu dans mes recherches notamment en m'adressant les rapports et études qui m'ont permis d'aborder ma thèse de la manière la plus complète qu'il soit.

Je tiens enfin à remercier tout particulièrement mes proches qui m'ont apporté tout le soutien nécessaire à la rédaction de la présente thèse, dissipant mes doutes et m'apportant la motivation de poursuivre.

Principales abréviations

AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJFP	Actualité juridique – Fonction publique
AJP	Actualité juridique – Pénal
APNM	Association professionnelle nationale militaire
Ass.	Assemblée
CAI	Conflits armés internationaux
CANI	Conflits armés non-internationaux
CCSDN	Commission consultative du secret de la Défense nationale
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
CFM	Conseil de la fonction militaire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPCMR	Code des pensions civiles et militaires de retraite
CPMIVG	Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre
CRM	Commission des recours des militaires
CSFM	Conseil supérieur de la fonction militaire
D.	Recueil Dalloz
DCA	Droit des conflits armés
DRH-MD	Direction des ressources humaines du ministère de la Défense
Dr. Pén.	Revue de droit pénal
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
HCECM	Haut comité d'évaluation de la condition militaire
JCI	Jurisclasseurs
JORF	Journal officiel de la République française
MINDEF	Ministère de la Défense (actuellement ministère des Armées)
RAPO	Recours administratif préalable obligatoire
Rev. adm.	Revue administrative
Rec. Leb.	Recueil Lebon
S.	Recueil Sirey

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE	1
Chapitre préliminaire- Le militaire, un soldat avant tout.....	18
PARTIE I- LE MILITAIRE : UN « CITOYEN SPECIAL » REHABILITE DANS SES DROITS	85
Titre 1 - L'exercice du « droit de cité ».....	85
Chapitre 1 - Le droit de vote des militaires aux élections publiques.....	86
Chapitre 2 - Une éligibilité des militaires aux élections publiques.....	97
Titre 2 - Un droit au respect de la vie privée.....	115
Chapitre 1 - Le droit à la vie familiale.....	116
Chapitre 2 - La liberté d'exercer sa croyance religieuse.....	135
Chapitre 3 - Une liberté d'exprimer ses opinions personnelles en dehors du service	150
PARTIE II- LE MILITAIRE : UN AGENT PUBLIC « ATYPIQUE »	186
Titre 1 - Une expression professionnelle circonscrite mais se libérant progressivement	186
Chapitre 1 - Une expression individuelle « étouffée » pour préserver le secret et la discipline.....	186
Chapitre 2 - Une expression collective institutionalisée au sein du dialogue social	223
Titre 2 - Une obligation d'obéir encadrée.....	268
Chapitre 1 - Des limites à une obligation d'obéissance excessive : la désobéissance.....	268
Chapitre 2 - Une contestation possible des décisions du commandement	286
Titre 3 - Des protections juridique, sociale et médicale	343
Chapitre 1 - Une protection face aux désagréments liés à l'activité des militaires	343
Chapitre 2 - Une protection nécessitant l'exercice « convenable » du service.....	364
CONCLUSION GENERALE	386

Introduction générale

« *Pour faire un bon soldat, il faut défaire un civil* »

Cette critique de Boris VIAN, si elle se justifiait de son vivant¹, est bien moins vraie actuellement tant la dichotomie traditionnelle entre le civil et le militaire s'est progressivement atténuée depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle.

Les militaires utilisent généralement le terme « civil » pour désigner « l'homme² qui n'est pas militaire³ ». Cette dénomination discriminante se retrouve aussi bien en opération pour distinguer les combattants des populations protégées⁴ que dans le langage usuel pour désigner ceux ne portant pas l'uniforme. D'autres « sobriquets » sont également utilisés tel que celui de « Pékin » ; lequel est d'ailleurs à l'origine d'une célèbre réplique de TALLEYRAND alors qu'un Général lui expliquait « *nous autres militaires, nous avons l'habitude d'appeler "pékin" tout ce qui n'est pas militaire* ». « *C'est comme nous* », lui répondit TALLEYRAND, « *nous appelons "militaire" tout ce qui n'est pas civil !⁵* »

Dans son rapport portant sur la révision du statut général des militaires, la commission présidée par Monsieur Renaud DENOIX DE SAINT MARC⁶ s'interrogeait sur la définition d'un militaire. La réponse « tautologique » qui consistait à affirmer qu'il s'agissait d'un agent public relevant du statut général des militaires était, contrairement à ce qu'affirmait ledit rapport, un premier élément de

¹ Boris VIAN est né le 10 mars 1920 à Ville-d'Avray (92410) et est mort à Paris le 23 juin 1959.

² Et, fort heureusement, progressivement la femme.

³ Définition du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : www.cntrl.fr

⁴ Le droit des conflits armés (droit international humanitaire) se fonde notamment sur le principe de la protection de la population civile. Les civils qui ne prennent pas part aux combats ne doivent en aucun cas faire l'objet d'attaques, et ils doivent être épargnés et protégés : Convention de Genève (IV) sur les personnes civiles, 12 août 1949 ; Protocole addition (II), *relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* 8 juin 1977 ; article 3 commun aux cinq Conventions de Genève.

⁵ « *Un pékin moyen* », BOBBERA C. : www.defense.gouv.fr, actualités, 15 juillet 2015.

⁶ « *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC, 29 octobre 2003 : www.ladocumentationfrancaise.fr.

réponse participant à orienter la réflexion. En effet, la situation juridique des militaires s'est toujours caractérisée par de nombreuses restrictions, voire des interdictions d'exercice de leurs droits et libertés ; un *capitis deminutio*⁷ qui a longtemps exclu les militaires de la société civile, en faisant des « citoyens de seconde zone » de la même manière que les détenus⁸. Dès lors, le fait de leur reconnaître la qualité d'agent public est la consécration d'un long processus tendant à rapprocher statutairement la fonction publique militaire sur la fonction publique civile. Néanmoins, l'état militaire emporte également des particularités irréductibles qui distinguent les militaires des autres agents publics. La définition du militaire s'envisage ainsi nécessairement à la fois compte tenu des dispositions communes avec les autres agents publics et des dispositions qui leur sont spécifiques ; lesquels ont longtemps aménagé un régime juridique extrêmement restrictif. Dans son 11^{ème} rapport, le Haut Comité d'évaluation de la condition militaire définit d'ailleurs les militaires comme « *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*⁹ ».

Le *capitis deminutio* des militaires s'est principalement justifié dans la nécessité de disposer d'une Armée puissante. En effet, outre l'équipement et le matériel, ce sont bien les capacités des soldats qui faisaient la différence dans des conflits face à des forces étrangères. L'efficacité d'une armée nécessite, en outre, que ses soldats soient rudement entraînés et préparés, soumis à une discipline stricte et rigoureuse, animés d'un esprit guerrier et combatif, capables d'affronter tout type de situations périlleuses. L'armée spartiate sous la Grèce antique en est une parfaite illustration puisque l'Histoire s'en souvient principalement comme une armée de soldats extrêmement aguerris

⁷ « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », SÉNÉCHAL Michel, Thèse de doctorat, Lille, 1962.

⁸ Les militaires peuvent d'ailleurs être mis aux arrêts au titre d'une sanction disciplinaire. Une telle sanction étant conforme à la Constitution : Conseil constitutionnel, décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, www.conseil-constitutionnel.fr. Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 1^{er} juin 2015, n°48, pp.231-239, SURREL Hélène.

⁹ « *La fonction militaire dans la société française* », Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires, 11^{ème} rapport, septembre 2017, p.19.

et redoutés des forces ennemies. PLUTARQUE écrivait d'ailleurs que la seule réputation de ces soldats¹⁰ « *frappait d'effroi leurs adversaires qui, même avec des forces égales, ne se croyaient pas lutter sur un pied d'égalité contre des Spartiates*¹¹ ». Aussi, les sujétions imposées aux militaires et, plus particulièrement, la discipline et la soumission, étaient gage d'efficacité lors des conflits. Ces sujétions forgèrent progressivement l'esprit militaire indispensable aux soldats. Alfred DE VIGNY affirmait d'ailleurs que « *la servitude militaire est lourde et inflexible comme le masque de fer du prisonnier sans nom, et donne à tout homme de guerre une figure uniforme et froide*¹² ». Le *capitis deminutio* des militaires étaient donc exigé eu égard aux missions exercées et, quelle que soit l'époque, les États ont longtemps opéré une distinction entre leurs citoyens et leurs militaires ; l'Armée possédant ses propres règlements, ses codes et protocoles, sa culture, ainsi que ses juridictions et ses sanctions. Un État dans l'État modelant l'esprit militaire.

Cependant, à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le régime juridique des militaires a progressivement évolué afin de permettre à ces derniers d'exercer leurs droits et libertés en tant que citoyens mais également en tant que travailleurs. Ces évolutions ont été possibles principalement en raison, d'une part, de la consécration des droits fondamentaux et, d'autre part, de la professionnalisation de l'Armée ainsi que de la nécessité d'adapter la réponse militaire aux évolutions des conflits armés.

S'agissant des droits fondamentaux des militaires, nous y entendons l'ensemble des droits et libertés, tout autant civils, politiques, économiques et sociaux essentiels à l'individu et assurés dans un État de droit¹³. Dans notre étude, ces droits correspondent plus particulièrement, en premier

¹⁰ Précisément, il faisait référence des hoplites spartiates, fantassins armés très lourdement d'une lance et d'une épée courte, portant un casque, une cuirasse, des cnémides (protégeant les jambes).

¹¹ « *PLUTARQUE, vies parallèles* », HARTOG François, OZANAM Anne-Marie, 30 novembre 2001, Quarto, Gallimard.

¹² « *Servitude et grandeur militaires* », DE VIGNY Alfred, p. 22, impr. de A. Lahure (Paris), 1885 : Gallica, département Réserve des livres rares.

¹³ La définition de droits fondamentaux est une entreprise bien délicate tant cette catégorie juridique rassemble des droits et libertés affirmés à des époques distinctes (les droits politiques sont de « première génération » et les droits au travail, au logement ou à la santé sont de la « seconde génération ») et d'origines disparates (Constitution, loi, traités internationaux, jurisprudences...). Sur cette problématique voir en particulier « *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?* », AJDA, Hors série du 20 juillet 1998 ; notamment les articles de PICARD

lieu, aux « *droits et libertés reconnus aux citoyens* » tel que l'envisage le statut général des militaires¹⁴. Le législateur fait référence au citoyen afin d'inclure aux droits et libertés reconnus à tout individu, les droits « de cité » ; c'est -à-dire le droit de vote et d'éligibilité. Précisons toutefois que de manière dérogatoire, certains militaires ne sont pas citoyens français de sorte qu'ils ne puissent pas exercer ces derniers droits. C'est le cas des militaires servant à titre étranger, plus communément appelés « Légionnaires¹⁵ ». En second lieu, nous étudierons les droits fondamentaux des militaires sous l'angle « professionnel », c'est-à-dire qui s'exerce dans le cadre du service¹⁶.

L'avènement des droits et libertés fondamentaux s'est tout d'abord concrétisé pour les militaires en 1945 lorsque le Général Charles de Gaulle, alors dirigeant le Gouvernement provisoire de la République française, reconnut par ordonnance le droit de vote des militaires¹⁷ après avoir reconnu celui des femmes¹⁸. Puis, les militaires ont bénéficié des évolutions considérables dans la protection des droits et libertés fondamentaux. Au niveau international, la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme le 3 mai 1974 et, plus particulièrement l'article 25 de la Convention concernant le droit de requête individuel¹⁹, ont pu remettre en cause des restrictions ou interdictions dont la nécessité et/ou la proportionnalité étaient contestables. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme condamna la France par deux arrêts s'agissant de l'interdiction faite aux militaires de pouvoir constituer un groupement professionnel

Étienne « *l'émergence des droits fondamentaux en France* » (p.6). Voir aussi « *le juge administratif et les droits fondamentaux* », SAUVÉ Jean-Marc, AJDA 2016, p.2420.

¹⁴ L'article L4121-1 du Code de la défense dispose que « *les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens* ».

¹⁵ Du moins, jusqu'à leur naturalisation.

¹⁶ Notamment l'expression professionnelle, le dialogue social, le droit à un recours effectif...

¹⁷ Ordonnance n°45-1839 du 17 août 1945 *relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires, modifiant l'article 33 et abrogeant l'article 31 dernier alinéa de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale*.

¹⁸ Article 17 de l'ordonnance du 21 avril 1944 *portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération*, Journal officiel n°34 du 22 avril 1944, p.325

¹⁹ Ratification du 2 octobre 1981. Voir en ce sens « *la reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme* », COHEN-JONATHAN Gérard, Annuaire français de droit international, 1981, volume 27, numéro 1, pp.269-285.

ayant pour objet statutaire la défense des intérêts professionnels des militaires²⁰. Au niveau national, la réforme constitutionnelle de 2008 a également constitué un progrès remarquable dans la protection des droits et libertés des militaires. L'article 61-1 de la Constitution prévoit ainsi le droit pour tout justiciable d'exercer une question prioritaire de constitutionnalité, permettant de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. C'est ainsi que le juge constitutionnel a pu mettre fin à l'incompatibilité entre l'état militaire et le mandat électif de conseiller municipal²¹. En outre, dès 1972, le législateur a défini dans un statut général des militaires un équilibre entre les sujétions auxquelles ils étaient contraints et les compensations et garanties qui en découlaient. La loi du 13 juillet 1972 *portant statut général des militaires*²² avait pour fonction originale de définir un cadre législatif unique, se substituant à l'ensemble des textes propres aux différents corps de chaque armée ou service. Ce faisant, le législateur amenait une cohérence globale aux textes régissant l'ensemble des militaires et leur accordait un statut général conforme aux dispositions de l'article 34 de la Constitution. Mais, lors des travaux préparatoires de cette loi, il est rapidement apparu qu'elle avait également pour objectif de faire évoluer les textes antérieurs afin que l'Armée ne soit plus une « entité "à part" (...) très longtemps tenue éloignée de la vie normale des citoyens²³ ». Aussi, le statut général des militaires de 1972 s'inspira du statut des fonctionnaires de l'État²⁴ pour s'en rapprocher autant que possible ; sous réserve naturellement des impératifs commandés par la condition militaire qui était « soumise à certaines règles qui lui [interdisaient] d'adopter celles de la fonction publique²⁵ ».

²⁰ Cour européenne des droits de l'Homme, 5e section, 2 octobre 2014, *Affaire MATELLY contre France*, req. n°10609/10, §58, JurisData numéro 2014-022214. Cour européenne des droits de l'Homme, 5e section, 2 octobre 2014, *Affaire ADEFDROMIL contre France*, req. n°32191/09, §56, JurisData numéro 2014-022215. Journal du droit international (Clunet), 1^{er} octobre 2015, n° 4/2015, pp. 1276-1279, GUILLOT Philippe Ch.-A..

²¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, *Lorgeril* : www.conseil-constitutionnel.fr. « Arrêt (de rigueur) pour la banalisation du statut des militaires », VIDELIN Jean-Christophe, *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, 1^{er} septembre 2015, n°5, pp. 244-248.

²² Loi n°72-662 du 13 juillet 1972 publiée au JORF du 14 juillet 1972, p. 7430.

²³ Propos tenus par Monsieur Jean BROCARD à l'Assemblée Nationale : Compte-rendu intégral, 12^{ème} séance, 2^{ème} séance du mardi 2 mai 1972, www.assemblee-nationale.fr.

²⁴ Ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 *relative au statut général des fonctionnaires*.

²⁵ Monsieur Jean BROCARD : *ibidem*.

Le rapprochement du statut général des militaires sur celui des fonctionnaires a été un objectif bien plus marqué lors de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires²⁶ puisque la commission de révision du statut général des militaires présidée par Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC préconisait « *de libéraliser largement ces règles chaque fois que les exigences du métier militaire le permettent, de façon à rapprocher la situation des militaires de celle des autres agents de l'État*²⁷ ». Ce rapprochement statutaire se voulait plus ambitieux que celui de 1972 puisque le rapport de la commission de révision préconisait de mettre fin au « *cantonement juridique*²⁸ » des militaires. Aussi, reprenant la logique qui prévalait en 1972, le législateur de 2005²⁹ affirma que les militaires jouissent, par principe, de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Mais, exceptionnellement, certains étaient restreints voire interdits³⁰. En outre, le nouveau statut général libéralisa l'exercice des droits civils et politiques des militaires et reconnut des garanties professionnelles, reprenant ainsi la plupart des préconisations de la commission.

Outre la prise en compte de l'évolution de la société³¹, l'intervention législative de 2005 avait également pour dessein de réformer l'ancien statut général pour tenir compte de la professionnalisation de l'Armée. En effet, le chef de l'État annonça le 22 février 1996, à l'occasion d'un entretien télévisé, une profonde réforme de la Défense. Le service militaire, tel qu'institué par la loi *Berteaux* de 1905³², devait être supprimé car il répondait uniquement aux nécessités d'une époque révolue exigeant « *des poitrines à opposer à d'autres poitrines*³³ ». Finalement, la loi de

²⁶ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 publiée au JORF n°72 du 26 mars 2005 p. 5098. Précisons que cette loi a été abrogée par l'ordonnance n°2007-465 du 29 mars 2007 afin d'être codifiée à droit constant. Les dispositions de la loi du 2005 ont été insérées dans une partie 4 du Code de la défense intitulée « le personnel militaire ».

²⁷ « *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC, 29 octobre 2003 : www.ladocumentationfrancaise.fr.

²⁸ « *Principes de droit public* », Maurice HAURIOU, Paris, éditions Tenin, 1910.

²⁹ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005, op. cit..

³⁰ Ce principe et son exception sont désormais affirmés à l'article L4121-1 du Code de la défense.

³¹ Individualisme, judiciarisation...

³² Loi du 21 mars 1905 modifiant la loi du 15 juillet 1889 *sur le recrutement de l'Armée et réduisant à deux ans la durée du service dans l'Armée active*, promulguée au Journal officiel du 23 mars 1905, Bulletin des lois, n° 2616, p. 1265.

³³ Extrait du discours de Jacques CHIRAC dans son allocution télévisée du 23 mai 1996.

1997 portant réforme du service national³⁴ ne supprima pas l'appel sous les drapeaux mais le suspendit pour tous les Français nés après le 31 décembre 1978. Une évolution du statut des militaires était ainsi indispensable dans une Armée composée de professionnels engagés dans des missions dont le succès n'est plus conditionné au nombre de soldats et à leur soumission « aveugle » au commandement. En outre, la réduction des effectifs militaires induite par la disparition des appelés du contingent a nécessité l'organisation d'un recrutement massif, devant séduire aussi bien de jeunes hommes que de jeunes femmes. Dès lors, les conditions de travail et de vie militaires ont dû être réenvisagées, principalement en modifiant substantiellement le style de commandement, substituant une logique de soumission au commandement à celle d'« *adhésion aux missions confiées*³⁵ ».

Le législateur de 2005 réaffirma tout de même la spécificité des militaires en précisant dès l'article premier du statut général que « *l'état militaire [exigeait] en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité*³⁶ ». À cet égard, ce n'est pas de manière anodine que le législateur utilise l'expression « état militaire » au lieu de « *qualité militaire*³⁷ », tel qu'il emploie celle de « *qualité de fonctionnaire*²⁸ » dans la loi dite *Le Pors*³⁸. En effet, une qualité se définit comme « une caractéristique » alors qu'un état est « la manière d'être ». Il résulte de cette nuance sémantique que l'état militaire prime sur toute autre qualité de l'intéressé. En atteste la jurisprudence du Conseil d'État, *Chef d'escadron MATELLY*, de 2011 qui précise que « *la circonstance que l'intéressé collabore, avec l'accord de sa hiérarchie, à des travaux du Centre national de la recherche scientifique, qualité qui ne lui confère pas le statut*

³⁴ Loi n°97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national.

³⁵ « *Droit de la fonction publique. État- Collectivités locales- Hôpitaux* », AUBY Jean-Marie, AUBY Jean-Bernard, JEAN-PIERRE Didier, TAILLEFAIT Anthony, Précis, Dalloz, 7^{ème} édition, p.473.

³⁶ Désormais devenu l'article L4111-1 du Code de la défense.

³⁷ Définitions du Centre national de ressources textuelles et lexicales : www.cntrl.fr.

³⁸ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *Loi dite loi Le Pors*. Notamment l'article 5 prévoit « *nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire (...)* ».

de chercheur et ne lui permet en tout état de cause pas de se prévaloir de la liberté d'expression reconnue aux universitaires³⁹ ».

L'article L4111-1 du Code de la défense, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 20 juillet 2016⁴⁰, précise que les sujétions et les obligations spécifiques mais également les garanties et les compensations apportées par la Nation aux militaires, sont des composantes de la condition militaire. Ces dispositions spécifiques ont pour fondement le fait que les militaires exercent « *la mission fondamentale d'user de la force ouverte dans le cadre de conflits armés⁴¹* ». Aussi, la condition militaire doit pouvoir « *déroger au droit commun dans toute la mesure nécessaire à la pérennité de ces principes fondateurs, mais aussi et réciproquement dans cette seule mesure et en prévoyant des contreparties, plutôt que des compensations, aux sujétions spéciales qu'il impose* ».

Par conséquent, le régime juridique des militaires repose sur un équilibre entre, d'une part, un régime juridique commun avec les fonctionnaires et, d'autre part, un régime juridique atypique prévoyant aussi bien des sujétions que des contreparties fondées sur la particularité des missions.

Cependant, l'équilibre tel qu'établi par le législateur de 2005 a pu être remis en cause à de multiples reprises⁴² de sorte que l'on pourrait se demander si le statut général devrait, une nouvelle fois, être réformé pour prendre en compte les évolutions intervenues depuis. Par ailleurs, malgré les rapprochements du statut général des militaires sur celui des fonctionnaires, force est de constater que « les vieilles habitudes ont la vie dure » et l'image du soldat soumis et demeurant silencieux perdure dans la conscience populaire. En atteste notamment les sanctions prononcées à l'encontre de Jean-Hugues MATELLY suite à ses interventions dans la presse, tenant des propos critiques

³⁹ Conseil d'État, 11 janvier 2011, *Chef d'escadron Matelly* : req. n°338461. Voir Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 - Section 2 -§ 1 -B -2 -c -L'opinion exprimée par l'expression.

⁴⁰ Ordonnance n° 2016-982 du 20 juillet 2016 *prise en application de l'article 30 de la 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*.

⁴¹ « *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC : op. cit., p.2.

⁴² S'agissant notamment de l'éligibilité des militaires : Conseil constitutionnel, décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015 : op. cit.. Ou encore de la création et l'adhésion d'un groupement professionnel : Cour européenne des droits de l'Homme, 5e section, 2 octobre 2014, *Affaires MATELLY & ADEFDROMIL* : op. cit..

sur l'organisation de la Gendarmerie⁴³. En atteste également le « limogeage » du Général Bertrand SOUBELET⁴⁴ suite à ses propos lors de son audition devant la commission parlementaire de lutte contre l'insécurité⁴⁵. Quelques années plus tard, le Général SOUBELET fut également destitué de ses fonctions⁴⁶ suite à la parution de son livre⁴⁷ étayant les propos qu'il tenait à l'Assemblée Nationale. Cette mise à l'écart fut d'ailleurs commentée par Monsieur Alain JUPPÉ par les propos suivants : « *un militaire c'est comme un ministre : ça ferme sa gueule ou ça s'en va*⁴⁸ ». Enfin, plus récemment, la réflexion malheureuse du Général Pierre DE VILLIERS (chef d'état-major des armées) sur le budget de la Défense lui valut d'être remercié de ses fonctions par le Chef des armées⁴⁹. Cette retenue se retrouve également dans les armées étrangères ; en atteste le remplacement outre Atlantique du Général MCCHRISTAL⁵⁰ après une publication très critique sur la stratégie de l'administration OBAMA⁵¹.

Les législateurs de 1972 et de 2005 sont tous d'eux intervenus pour instituer un statut général aux militaires prenant en compte les évolutions de toute nature⁵² et permettre à ces derniers d'être placés dans une situation juridique plus proche de celle des fonctionnaires plutôt que de celles des détenus qui présentait, pourtant, plus de similarités⁵³. Néanmoins, nous pourrions nous demander

⁴³ La plus significative avait été celle prononcée par décret du Président de la République suite à la publication d'un article concernant le rapprochement Police/Gendarmerie et sa participation à une émission sur le même thème. La radiation des cadres prononcée à son encontre a finalement été annulée par le Conseil d'État, jugeant cette dernière disproportionnée : Conseil d'État, 11 janvier 2011, *Chef d'escadron MATELLY* : n° 338461, Juris-Data n°2011-000206, JCP G, 2 mai 2011, pp.887-893.

⁴⁴ À l'époque, le Général SOUBELET était le directeur des opérations et de l'emploi de la gendarmerie nationale.

⁴⁵ Commission parlementaire de lutte contre l'insécurité, séance du 18 décembre 2003, Assemblée nationale : videos.assemblee-nationale.com.

⁴⁶ Commandant la Gendarmerie d'outre-mer.

⁴⁷ « *Tout ce qu'il ne faut pas dire* », SOUBELET Bertrand, 24 mars 2016, Plon.

⁴⁸ Propos tenus par Monsieur Alain JUPPÉ le 25 avril 2017 devant les étudiants de Science Po Bordeaux. Voir notamment « *Juppé regrette d'avoir demandé aux militaires de "fermer leur gueule"* », QUINAULT-MAUPOIL Tristan, Le Figaro, 12 mai 2016.

⁴⁹ « *La démission du général Pierre de Villiers suscite une onde de choc* », GUIBERT Nathalie, *Le Monde*, 20 juillet 2017.

⁵⁰ Anciennement Chef des forces américaines et alliées en Afghanistan.

⁵¹ « *The Runaway General* », HASTING Michael, *Rolling Stone*, 24 juin 2010.

⁵² Juridiques, sociales, géopolitiques...

⁵³ Le parallèle avec les détenus est d'autant plus pertinent que le statut général actuel des militaires prévoit encore la sanction des arrêts disciplinaires : Conseil constitutionnel, décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015,

si le rapprochement initié en 1972 et poursuivi en 2005 était suffisant. En effet, force est de constater que l'interdiction qui était faite aux militaires de constituer et d'adhérer à des groupements professionnels, laquelle valut deux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme, n'avait pas d'équivalence dans la fonction publique⁵⁴. Nous faisons le même constat s'agissant de l'incompatibilité qui était prévue dans le Code électoral à l'égard des militaires s'agissant de l'exercice d'un mandat de conseiller municipal⁵⁵. *A contrario*, il est également crucial que les militaires soient « des fonctionnaires atypiques », ayant un statut qui leur est propre eu égard à la nature de leur mission. Aussi, après avoir présenté la démarche et la méthodologie de recherche entreprises pour l'étude du régime juridique des militaires (§1), nous précisons la problématique à laquelle la présente thèse s'efforce de répondre ainsi que les enjeux qui en découlent (§2).

§ 1 - La démarche entreprise et la méthodologie de recherche

L'étude du statut juridique des militaires est traditionnellement rattachée au droit administratif et, plus particulièrement, au droit de la fonction publique⁵⁶. Mais la situation juridique des militaires n'est pas exclusivement régie sous l'angle du droit administratif. En effet, les aspects du recours à la force sont régis par le droit pénal⁵⁷, voire par le droit international public humanitaire lorsque ce recours intervient dans le cadre de conflits armés⁵⁸. Bien que le statut général des militaires soit la trame principale de notre étude, laquelle est ainsi à dominante de droit public ; nous avons également axé nos recherches sur d'autres disciplines juridiques puisqu'il serait inopportun

www.conseil-constitutionnel.fr. Voir Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 1 -D -4 -Une mesure disciplinaire conforme à la Constitution.

⁵⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 5e section, 2 octobre 2014, *Affaires MATELLY & ADEFDROMIL* : op. cit..

⁵⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015 : op. cit..

⁵⁶ Par exemple : « *Statut général des militaires* », THOMAS-TUAL Béatrice, JurisClasseur Administratif, Fascicule 197, avril 2014, Lexis Nexis.

⁵⁷ Voir notamment « Justice militaire », RAYNE Serge, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mars 2012, Dalloz.

⁵⁸ « *Manuel de droit des conflits armés* », Direction des affaires juridiques - sous-direction du droit international et du droit européen - bureau du droit des conflits armés, Secrétariat Général pour l'Administration, ministère de la Défense, édition 2012.

d'appréhender l'étude du statut juridique des militaires sans notamment y inclure leur faculté de recourir à la force. En outre, l'esprit militaire⁵⁹ s'étant forgé au fil de l'Histoire, certaines sujétions doivent nécessairement être étudiées au regard des régimes juridiques antérieurs. Néanmoins, il aurait été inapproprié d'étudier les régimes juridiques antérieurs à la Révolution française, notre étude n'ayant pas une finalité historique. Par ailleurs, du fait des engagements de la France envers des organisations internationales⁶⁰, les militaires français sont très souvent employés aux côtés de militaires étrangers. Cet engagement commun des troupes nous a conduit à comparer, sous certains aspects, les régimes juridiques des soldats étrangers. De même, au niveau national, le rapprochement progressif entre le statut général des militaires et celui des fonctionnaires nous a amené à relever des dispositions communes ainsi que celles étant spécifiques.

Notre démarche vise à préciser la situation juridique des militaires et se motive du fait qu'il n'existe quasiment pas d'études globales et récentes sur le sujet. En effet, la plupart des thèses n'intéressent que certains aspects du statut juridique des militaires, principalement ayant attiré à leur expression⁶¹ ou à leur responsabilité pénale⁶².

Ce faisant, notre méthodologie de recherche a consisté, de manière très logique, à analyser l'ensemble des travaux réalisés par la doctrine mais, plus particulièrement, par les commissions parlementaires, notamment en vue de la réforme de statut général des militaires, concrétisée par la loi du 24 mars 2005⁶³ ou plus épisodiquement par les lois de programmation militaire⁶⁴.

⁵⁹ Qui s'articule aujourd'hui autour du sacrifice, la discipline, la disponibilité, le loyalisme et la neutralité.

⁶⁰ Principalement l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord ou même l'Union européenne.

⁶¹ Par exemple : « *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ? Enjeux et perspectives* », BACCHETTA Clara, 2004, Paris : Economica.

⁶² « *La responsabilité des militaires : réflexions sur la judiciarisation des théâtres d'opérations* », DOUARÉ Ronan et FRIN Philippe, 2013, Paris : Economica.

⁶³ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005, op. cit..

⁶⁴ Telle la 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* qui introduit la possibilité pour les militaires de créer et adhérer à des associations professionnelles nationales militaires.

En outre, l'administration militaire étant très « réglementée », notre recherche a concerné aussi bien les textes à valeur réglementaire⁶⁵ que ceux destinés à assurer une communication au sein du ministère⁶⁶. Précisons, d'ailleurs, que les termes « ministère de la Défense » et « ministère des Armées » seront indifféremment employés tout au long de notre étude. Nous avons également examiné les rapports et études aussi bien réalisés par le ministère⁶⁷ que par des organismes extérieurs⁶⁸.

Par ailleurs, notre recherche a consisté à analyser la jurisprudence aussi bien des juridictions nationales qu'internationales. Rappelons, en effet, que les principales dernières évolutions du régime juridique des militaires ont eu pour origine la décision d'une juridiction⁶⁹.

À cette approche déductive, nous avons ajouté une approche plus pratique, fondée sur notre expérience professionnelle. En effet, c'est à la fois en tant que doctorant et officier juriste que nous avons entrepris et réalisé notre thèse de recherche. Et il nous semble que cette seconde approche soit tout aussi importante que la première. En effet, l'Armée française est une institution très ancienne, soucieuse de perpétuer des valeurs et traditions qui, pour certaines, ont traversé les époques sans trop être altérés⁷⁰. Aussi, il est crucial d'adjoindre une approche pragmatique pour comprendre ainsi qu'évaluer les particularités juridiques propres aux militaires et préciser quelle est la situation juridique des militaires pour, éventuellement, déterminer les évolutions qui devraient y être apportées.

⁶⁵ Notamment, ceux figurant dans la partie réglementaire du Code de la défense.

⁶⁶ Notamment les notes, directives et instructions dépourvues de valeur réglementaire.

⁶⁷ Notamment les bilans sociaux et rapports d'activité des services (DRHMD) ainsi que les études des instituts (IHEDN, IRSEM)

⁶⁸ Notamment des études réalisées par d'autres ministères (Économie et finances) ainsi que des associations (ADEFDROMIL).

⁶⁹ En plus de la condamnation de la France par la CEDH sur l'interdiction de créer ou d'adhérer à un groupement professionnel, la QPC du Conseil constitutionnel abrogeant les dispositions aménageant une incompatibilité entre état militaire et le mandat de conseiller municipal ; citons notamment l'arrêt de la Cour de cassation s'agissant de la mise en cause du commandement pour des manquements à l'obligation de sécurité et de prudence : Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 mai 2012 : pourvoi n°12-81.197 ; « *Recevabilité de l'action des familles de soldats français tués en Afghanistan* », Dalloz actualité, 22 mai 2012, note LAVRIC.

⁷⁰ Nous pensons bien évidemment aux 5 sujétions essentielles de l'état militaire, définies à l'article L4111-1 du Code de la défense : sacrifice, discipline, disponibilité, loyalisme, neutralité.

§ 2 - Problématique et enjeux de l'étude

Le régime juridique des militaires n'a cessé d'évoluer depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Cette évolution s'est principalement manifestée, d'une part, en reconnaissant aux militaires de pouvoir jouir de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens⁷¹ et, d'autre part, en rapprochant progressivement le statut général des militaires sur celui des fonctionnaires.

Ces derniers sont d'ailleurs également astreints à des restrictions dans l'exercice de leurs droits et libertés de sorte que la doctrine s'est souvent demandée si le fait d'appartenir à la fonction publique transformait le fonctionnaire en « *citoyen à part ou à part entière*⁷² » ; voire, comme l'affirmait Maurice HAURIOU, en « *citoyen spécial*⁷³ ». Ce questionnement est d'autant plus pertinent à l'égard des militaires qui accomplissent des missions particulières et sont astreints à un cantonnement juridique bien plus sévère que celui des autres agents publics. Les restrictions, voire les interdictions, à l'exercice de certains droits et libertés sont statutairement prévues de sorte qu'en plus d'être des citoyens spéciaux, les militaires sont également des « *fonctionnaires atypiques*⁷⁴ ».

Néanmoins, ces spécificités juridiques des militaires, qui dérogent au droit commun⁷⁵, doivent obligatoirement se justifier par les nécessités inhérentes à l'accomplissement des missions spécifiques⁷⁶, sans excéder les limites du but recherché. Ainsi, au-delà de ces spécificités, les militaires sont régis par le droit commun régissant les autres agents publics. Par conséquent, le régime juridique des militaires place ces derniers entre citoyen, agent public et soldat.

⁷¹ Article 6 de la loi du 13 juillet 1972, *ibidem*.

⁷² « *La fonction publique- Le droit applicable aux trois fonctions publiques (État – Territoriale- Hospitalière)* », Emmanuel AUBIN, 6^{ème} édition, Galino, Lextenso éditions.

⁷³ « *Précis de droit constitutionnel* », Maurice HAURIOU, 2^{ème} édition, p.114.

⁷⁴ « *Droit de la fonction publique. État- Collectivités locales- Hôpitaux* », AUBY Jean-Marie, AUBY Jean-Bernard, JEAN-PIERRE Didier, TAILLEFAIT Anthony, Précis, Dalloz, 7^{ème} édition, p.475.

⁷⁵ En particulier au droit de la fonction publique ainsi qu'aux droits et libertés fondamentaux s'agissant de droits et obligations professionnelles ou non. Également au droit pénal s'agissant de l'usage de la force dans le cadre de conflits armés.

⁷⁶ Notamment, le recours à la force légitime et efficiente des armes. In « *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », *op. cit.*, p.1.

Citoyen tout d'abord puisque tel que l'affirme l'article L4121-1 du Code de la défense « *les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens* ». Tel que nous l'évoquions précédemment, la référence aux citoyens s'entend à la fois comme les droits et libertés reconnus à tous les individus ainsi que ceux inhérents à la citoyenneté tels que les droits de vote et d'éligibilité. Nous verrons en effet qu'en plus d'avoir été diminués dans leur droit en tant qu'individus, les militaires ont longtemps été exclus de leur droit de cité⁷⁷.

Agent public, ensuite, car « *le militaire sert l'État au sein des armées*⁷⁸ » et, en ce sens, il est assujéti à de nombreuses dispositions régissant les agents de la fonction publique civile, qu'ils soient fonctionnaires ou des agents publics contractuels⁷⁹.

Soldat, enfin. Bien que ce terme soit un synonyme de militaire, nous lui apportons une nuance supplémentaire en ce qu'il s'emploie plus souvent pour désigner des hommes⁸⁰ de guerre, donc avec une forte connotation opérationnelle⁸¹. Lors de ses missions spécifiques, le soldat peut être confronté à des situations extrêmes, nécessairement régies par des dispositions particulières ; lui imposant des sujétions spéciales et, réciproquement, des protections et garanties toutes aussi spécifiques.

Les enjeux de notre analyse globale du régime juridique des militaires sont, en premier lieu, de déterminer si ce dernier aménage un juste équilibre entre, d'une part, les dispositions communes avec les autres agents publics garantissant l'exercice de droits et libertés reconnus aux citoyens et, d'autre part, les dispositions spécifiques commandées par les nécessités des missions, restreignant fortement l'exercice des droits et libertés des soldats. En effet, bien que l'une des conditions à l'engagement soit d'être citoyen français⁸², force est de constater que si les fonctionnaires sont, aujourd'hui encore, des « *citoyens spéciaux*⁸³ », les militaires ont longtemps été des « *citoyens diminués* ».

⁷⁷ Précisons de manière anecdotique que l'expression droit de cité peut aussi s'utiliser dans le langage militaire pour désigner le défilé des troupes dans les rues au son des tambours, drapeaux déployés et baïonnettes au canon.

⁷⁸ *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », op. cit., p. 2.

⁷⁹ « *Agents publics contractuels* », fiches d'orientations, août 2016, Dalloz.

⁸⁰ Et, fort heureusement, de plus en plus de femmes.

⁸¹ À titre d'exemple, l'Armée de Terre a élaboré un « Code du soldat » à destination de ses militaires engagés en opération. Précisons en outre que le terme « soldat » peut aussi être employé pour désigner un militaire non gradé ; néanmoins, nous n'utiliserons pas sous cette acception dans notre étude.

⁸² À l'exception, bien entendu, de l'engagement à titre étranger.

⁸³ « Précis de droit constitutionnel », Maurice HAURIOU, op. cit..

Le législateur et le pouvoir réglementaire ayant restreint autant que possible le *capitis deminutio* qui frappait les militaires antérieurement, il convient de déterminer si des « réminiscences » persistent et si elles satisfont les conditions de nécessité et de proportionnalité qui les justifieraient dans l'hypothèse, de plus en plus fréquente, d'un contrôle juridictionnel aussi bien national qu'international.

En second lieu, l'enjeu de cette étude est de déterminer si le rapprochement du statut des militaires sur celui des fonctionnaires, initié dès 1972, est désormais suffisant. En effet, le régime juridique des militaires fait souvent l'objet de comparaisons, en particulier s'agissant des dispositions spécifiques, que ce soit au niveau national au regard des dispositions de droit commun régissant les autres agents publics ; ou au niveau international au regard du régime juridique des militaires étrangers.

Des comparaisons statutaires au niveau national sont d'autant plus pertinentes que certains corps de l'Armée assurent des missions qui sont également exercées par des fonctionnaires. Tel est le cas notamment de la Gendarmerie nationale dont les missions analogues à celles de la Police nationale peuvent parfois susciter, au mieux, de la concurrence, au pire, de la rivalité. Cette dualité est l'héritière du souhait de Napoléon 1^{er} qui affirmait que « *la manière la plus efficace de maintenir la tranquillité d'un pays, [c'était] une surveillance moitié civile, moitié militaire, répandue sur toute la surface, qui donne les rapports les plus précis* ». C'est également le cas de la Brigade de sapeurs-pompiers de Paris⁸⁴ et du Bataillon de marins-pompiers de Marseille⁸⁵ dont les missions principales⁸⁶ sont exercées sur le reste du territoire national par des sapeurs-pompiers professionnels⁸⁷ et/ou volontaires⁸⁸.

⁸⁴ Articles R1321-19 à R1321-24-1 du Code de la défense, L2512-17 à L2512-17 du Code général des collectivités territoriales.

⁸⁵ Articles R1321-25 du Code de la défense et L2513-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁸⁶ Secours d'urgence à personne et lutte contre l'incendie.

⁸⁷ Qui selon l'article L723-2 du Code de la sécurité intérieure sont des fonctionnaires territoriaux relevant des services départementaux de secours et d'incendie.

⁸⁸ Dont l'engagement est basé sur le volontariat et le bénévolat, exerçant les mêmes activités que les sapeurs-pompiers professionnels mais tout en étant régi par les articles L723-3 à 20 du Code de la sécurité intérieure.

C'est enfin le cas des militaires engagés sur le territoire national qui, dans le cadre notamment de l'opération SENTINEL⁸⁹, participent à une mission maintien de l'ordre traditionnellement accomplie par les forces de l'ordre⁹⁰.

Par ailleurs, si les spécificités inhérentes à la condition militaire justifient les sujétions des militaires, elles motivent également les garanties et les compensations particulières qui leurs sont accordées. Aussi, un rapprochement statutaire atténuant les sujétions militaires conduit, *de facto*, à atténuer ces compensations principalement pécuniaires⁹¹.

Rappelons enfin qu'actuellement, la fonction militaire regroupe plus de 320 000 hommes et femmes d'active, auxquels il faut ajouter près de 62 000 réservistes exerçant 30 jours par an. Sans compter les 400 000 retraités qui perçoivent une pension militaire d'invalidité⁹². L'étude de la situation juridique des militaires est ainsi loin d'être anodine. Les armées procédant à des campagnes constantes de recrutement, *a fortiori* avec des menaces d'attentat élevées sur le territoire national.

Par conséquent, nous verrons -à titre liminaire- que les militaires sont des soldats avant tout et se distinguent ainsi, notamment par leurs sujétions, des autres agents publics au point de constituer une catégorie d'agents de l'État à part entière. (Chapitre préliminaire)

Nous verrons toutefois que les spécificités militaires tendent à être encadrées de sorte que les militaires ne soient pas marginalisés vis-à-vis des autres citoyens (partie 1) ; ainsi que des autres agents publics (partie 2).

⁸⁹ Le Général Jean-Pierre BOSSER, chef d'état-major de l'Armée de Terre, reconnaissait lui-même que les militaires s'engageaient principalement pour servir sur des théâtres d'opérations extérieurs de sorte que l'opération SENTINELLE ne les faisait pas « rêver ». In « *l'opération militaire SENTINELLE, cible des critiques* », ALONSO Pierre, *Libération*, 9 août 2017.

⁹⁰ Voir en ce sens « *la participation des militaires à la sécurité intérieure* », 27^{ème} session nationale « Sécurité et justice », 2015-2016, groupe de diagnostic stratégique n°2, Institut national des Hautes Études de la Sécurité et de la Justice.

⁹¹ Notamment les indemnités pour charge militaire.

⁹² « *La fonction militaire dans la société française* », Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires, 11^{ème} rapport, septembre 2017, p.20.

Chapitre préliminaire- Le militaire, un soldat avant tout

Malgré un rapprochement progressif du statut général des militaires vers celui des fonctionnaires et agents de l'État, les réformes successives n'ont pas abouti à considérer les militaires comme des agents publics *stricto sensu*. La volonté de conserver un statut général distinct de celui des autres agents publics n'a jamais été remise en cause et cette différenciation s'explique principalement en raison du caractère spécifique des missions exécutées par les armées. Certes, cela n'a pas été sans revendiquer le bénéfice des certaines dispositions des uns et des autres⁹³ ; néanmoins le principe de distinguer la fonction publique civile et la fonction publique militaire apparaît actuellement incontestable. À tel point que la Haute juridiction administrative a pu affirmer, à l'occasion d'un avis⁹⁴ relatif à la possibilité de concourir pour accéder à la fonction publique hospitalière, que la disposition législative désignant les « fonctionnaires et agents de l'État » n'incluait pas les militaires⁹⁵.

En outre, les spécificités qui perdurent dans les statuts généraux successifs des militaires démontrent parfaitement qu'en dépit d'un rapprochement, le militaire est un soldat avant d'être un agent de l'État. C'est, à notre sens, cette « facette de soldat » qui caractérise toutes les particularités de l'état militaire (Section 1). Ces particularités sont principalement un engagement à servir de manière bien plus contraignante que de manière générale dans les fonctions publiques civiles, imposant une disponibilité constante et des préparations rigoureuses (Section 2). Ces particularités se retrouvent également dans la caractéristique principale des militaires d'avoir la capacité de recourir légalement à la force (Section 3). Et c'est bien du fait de ces particularités que le modèle des armées apparaît bien singulier par rapport aux trois fonctions publiques.

⁹³ L'illustration la plus emblématique résulte des comparaisons qui peuvent être réalisées entre gendarmes et policiers. Leurs missions étant souvent analogues, les différences statutaires peuvent parfois agacer.

⁹⁴ Conseil d'État, Avis, 24 mars 1988 : Avis du Conseil de l'État, assemblée générale, séance du 24 mars 1988, n°343.614, www.conseil-etat.fr.

⁹⁵ Ni même les magistrats.

Section 1 - Une physionomie particulière du format des armées

Du fait des exigences opérationnelles, éprouvantes aussi bien physiquement que moralement, la politique mise en œuvre pour la gestion du personnel militaire est très différente de celle mise en œuvre pour la gestion du personnel civil.

Tout d'abord, il est exigé un dynamisme se traduisant, principalement, par la nécessité d'une population militaire relativement jeune. De ce fait, en plus des conditions d'âge définies au recrutement et tout au long de la carrière⁹⁶, l'engagement s'exécute principalement de manière temporaire (§1).

Et bien que la promotion interne aux catégories supérieures soit favorisée, permettant aux soldats de monter en grade (voire d'être titularisés), l'importance des « flux sortants » de militaires au sein du ministère, exige une politique de reconversion efficace (§2).

§ 1 - Un engagement principalement temporaire

L'engagement des militaires au sein des Armées est principalement temporaire puisque l'administration militaire a majoritairement recours à des engagements sous contrat à durée déterminée (A). Néanmoins, durant leur engagement, les militaires sont encouragés à « aller à l'avancement » dans le grade (B).

A - Un recours majoritairement au contrat à durée déterminée

Alors que l'accès à la fonction publique civile se fait principalement par voie de concours⁹⁷ et que la voie contractuelle constitue l'exception au principe, il en va tout différemment dans la fonction

⁹⁶ Contrairement à la fonction publique dont la condition d'âge a principalement disparu depuis l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 *relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État*. Ainsi l'article L4132-1 du Code de la défense prévoit un âge minimum de 17 ans (16 ans en tant que volontaire dans les armées) et les statuts particuliers exigent globalement un âge inférieur à 30 ans pour accéder au premier grade d'une catégorie, sauf par le jeu de la promotion interne.

⁹⁷ Le principe du concours n'est pas une exigence constitutionnelle mais il constitue une garantie fondamentale de la fonction publique qui peut être dérogée par la loi conformément à l'article 34 de la Constitution. Voir en ce sens : « *Constitution et fonction publique* », TAILLEFAIT Anthony, nouveaux cahiers de Conseil constitutionnel n°37, octobre 2012.

publique militaire. Dans son 8^{ème} rapport, le Haut comité d'évaluation de la condition militaire relève que les besoins à satisfaire dans l'administration militaire sont beaucoup plus larges que dans l'administration civile. La politique de ressource humaine mise en œuvre doit, en effet, « *permettre le renouvellement permanent d'un personnel majoritairement sous contrat, jeune, apte physiquement et techniquement à remplir les missions opérationnelles des armées et la prise en compte efficace d'activités diversifiées ouvrant des droits individuels également variés* »⁹⁸.

1 - Un ratio titulaires / contractuels inversé par rapport à la fonction publique civile

L'engagement particulier dans les armées a pour conséquence des disparités vis-à-vis des militaires et des autres agents publics au sein du ministère de la Défense, voire vis-à-vis des militaires entre eux. Ainsi, les bilans sociaux publiés chaque année par la Direction des ressources humaines du ministère de la Défense relèvent un âge moyen du militaire notablement plus jeune que celui d'un agent public. À titre d'illustration, en 2011, il était de 32,6 ans pour les militaires contre 46,8 ans pour les civils⁹⁹. En 2015, les âges moyens ont légèrement reculé, principalement du fait de l'allongement de l'âge légal pour le départ à la retraite institué depuis 2010¹⁰⁰, néanmoins l'écart de l'âge moyen entre personnel civil et militaire est toujours aussi conséquent : il est de 33,4 ans pour les militaires et de 47,7 ans pour les civils¹⁰¹.

Par ailleurs, le nombre de militaires de carrière n'est pas très élevé en comparaison de celui du personnel civil titulaire affecté au ministère de la Défense. Les bilans sociaux révèlent que le

⁹⁸ « *L'administration des militaires* », Haut comité d'évaluation de la condition des militaires, 8^{ème} rapport : mai 2014 : Paris, ministère de la Défense, p.5.

⁹⁹ « *Bilan social 2011* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective, p.8.

¹⁰⁰ Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites et décret n° 2010-1740 du 30 décembre 2010 portant application de diverses dispositions de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites aux fonctionnaires, aux militaires et aux ouvriers des établissements industriels de l'État.

¹⁰¹ « *Bilan social 2015* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective, p.8.

pourcentage de militaires de carrière est de 37%¹⁰² dans les armées alors que le nombre de personnels civils titulaires au ministère de la Défense s'élève à 57,3%¹⁰³.

Les armées sont ainsi majoritairement composées de militaires sous contrat plutôt que de militaires de carrière¹⁰⁴. Les bilans sociaux établissent clairement cette particularité. Nous relevons ainsi que dans la période allant de 2011 à 2015, les militaires servant en vertu d'un contrat représentent 63% des effectifs totaux. Ce ratio entre militaires contractuels et de carrière a toujours été constant, même en dépit de l'évolution du format des armées tantôt dans le sens d'une déflation des effectifs¹⁰⁵, tantôt dans le sens d'une stabilisation¹⁰⁶. La contractualisation concerne toutes les catégories puisque si le contrat est l'unique mode de recrutement des militaires du rang, bien d'autres militaires servent également en vertu d'un contrat dans la catégorie¹⁰⁷ des officiers¹⁰⁸ et des sous-officiers¹⁰⁹.

De surcroît, les militaires servant en vertu d'un contrat ne sont pas les seuls à connaître un engagement provisoire, voire précaire¹¹⁰. En effet, l'effectif militaire est également composé de

¹⁰² « *Bilan social 2015* » : ibidem p.14.

¹⁰³ « *Bilan social 2015* » : ibidem p.8.

¹⁰⁴ À l'exception de la Gendarmerie Nationale.

¹⁰⁵ La loi de programmation militaire 2009-2014 prévoyait une réduction pluriannuelle du format des armées de 54 000 emplois au total ; principalement dans les emplois du soutien.

¹⁰⁶ L'actualisation de la loi de programmation militaire 2014-2019 (n° 2013-1168 du 18 décembre 2013) par la loi du 28 juillet 2015 (n° 2015-917 du 28 juillet 2015) instaure une « *moindre déflation* » jugée nécessaire au lendemain des attentats qui s'étaient produits en 2015. Cette mesure ne remet pas en cause la déflation mise en œuvre progressivement, elle l'ajuste simplement. Voir Rapport n°547 (2014-2015) de M. Jean-Pierre RAFFARIN relatif au « *projet de loi actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense* », Paris : Sénat, p.42 et suivantes.

¹⁰⁷ Certes, à des proportions bien inférieures que dans la catégorie des militaires du rang.

¹⁰⁸ 24% d'officiers sous contrat dans les armées en 2015 : « *Bilan social 2015* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective, p.14..

¹⁰⁹ 46% de sous-officiers et officiers marinières sous contrat selon le « *Bilan social 2015* » : Ibidem.

¹¹⁰ Les contrats sont exclusivement conclus pour une durée déterminée.

volontaires¹¹¹ des armées, de réservistes¹¹² et de commissionnés¹¹³ dont le point commun est également un engagement par le biais d'un contrat et pour une durée déterminée.

La distinction entre militaires de carrière et sous contrat conduit nécessairement à des particularités dans l'exercice de certains droits.

2 - Militaires de carrière, militaires sous contrat : un statut similaire mais non identique

Le livre 1^{er} de la 4^{ème} partie du Code de la défense relatif au statut général des militaires est applicable à tout militaire, quelle que soit la nature de son engagement¹¹⁴. Néanmoins, des statuts particuliers à certains militaires, pris par décret en Conseil d'État, peuvent déroger au statut général si les dispositions qui y sont prévues ne répondaient pas aux besoins propres d'un corps particulier¹¹⁵. De même, au sein du statut général, le législateur a expressément établi une distinction entre la « catégorie » des militaires de carrière et ceux qui ne le sont pas.

L'article L4132-2 du Code de la défense précise que sont militaires de carrière les officiers et sous-officiers¹¹⁶ qui sont admis à cet état après en avoir fait la demande. Ils sont ensuite nommés ou promus à un grade hiérarchique et ne peuvent perdre la qualité militaire que dans les cas prévus aux articles L4139-12 à L4139-15 du Code de la défense¹¹⁷.

Quant aux militaires qui ne sont pas de carrière¹¹⁸, l'article L4132-5 du Code de la défense y entend les officiers sous contrat, les militaires engagés, les militaires commissionnés, les volontaires, les volontaires stagiaires du service militaire adapté et les militaires servant à titre étranger.

¹¹¹ Voir notamment les articles L121-1 à L121-3 du Code du service national. Ainsi que le décret n° 2008-955 du 12 septembre 2008 *relatif aux volontariats militaires*.

¹¹² Voir notamment les articles L4211-1 à L4211-8 pour la participation des citoyens à la réserve opérationnelle ; articles L4221-1 à L4221-10 pour les modalités de l'engagement dans la réserve opérationnelle.

¹¹³ Voir notamment le décret n° 2008-955 du 12 septembre 2008 *op. cit.*.

¹¹⁴ L'article L4111-2 alinéa 1 du Code de la défense prévoit en effet qu'il « s'applique aux militaires de carrière, aux militaires servant en vertu d'un contrat, aux militaires réservistes qui exercent une activité au titre d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité et aux fonctionnaires en détachement qui exercent, en qualité de militaires, certaines fonctions spécifiques nécessaires aux forces armées ».

¹¹⁵ Article L4111-2 alinéa 2 du Code de la défense.

¹¹⁶ Ainsi qu'officiers mariniers.

¹¹⁷ Notamment la démissions, l'atteinte de la limite d'âge pour admission obligatoire à la retraite, mesures disciplinaires, réforme définitive...

¹¹⁸ L'expression utilisée par le législateur « *militaires d'active autres que de carrière* » est bien dépréciatrice. « *Droit de la défense* », BAUDE Florent et VALLÉE Fabien, Paris : Ellipses, p.419.

En plus du recrutement, la différence majeure entre ces deux « catégories » de militaires réside dans la durée de l'engagement, ce qui va nécessairement avoir des conséquences sur leurs droits. Et le fait que la seconde catégorie de militaires soit définie négativement par rapport à la première a pour première conséquence que ces derniers ne peuvent pas prétendre bénéficier des dispositions expressément prévues pour les militaires de carrière. La nature juridique de cet engagement contractuel a d'ailleurs suscité quelques interrogations jurisprudentielles en l'absence de dispositions législatives.

a - La nature administrative du contrat d'engagement

La nature juridique de l'engagement contractuel des militaires a longtemps soulevé des difficultés. Les problématiques étaient d'établir la juridiction compétente entre l'ordre judiciaire et administratif et de savoir si les militaires « contractuels » étaient tenus aux seules stipulations contractuelles ou s'ils étaient assujettis aux mêmes dispositions que les militaires de carrière.

Dans un arrêt du 10 décembre 1878¹²⁰, la Cour de cassation consacrait la nature contractuelle de l'engagement militaire. Monsieur DESJARDINS, avocat général concluait d'ailleurs que « *le contrat d'engagement militaire est une convention librement consentie de la part de l'engagé qui s'oblige envers l'Etat et dans laquelle l'Administration stipule comme simple partie contractante sans statuer ni disposer par voie de commandement comme autorité publique. Aucune disposition spéciale de la loi n'a dessaisi les juges civils du droit d'en connaître. Il est régi, quant à la forme, par l'article 50 de la loi du 27 juillet 1872, lequel se borne à emprunter au Code civil les principales formalités dont ledit contrat est entouré, sans déroger en rien aux règles spéciales de la compétence. Enfin le décret du 30 novembre 1872, qui n'a pu ni voulu créer une juridiction exceptionnelle au profit du ministre de la guerre, laisse intacte la compétence des tribunaux ordinaires, pour vider entre l'autorité militaire et l'engagé les questions contentieuses concernant la validité du contrat dont il s'agit* ». Néanmoins, l'application pure et simple des règles de droit privé sur le louage de service n'était pas compatibles avec le bon fonctionnement du service.

¹²⁰ Cour de cassation, civ., 10 décembre 1878, *Garnier* : Sirey 1879.1.222.

Édouard LAFERRIÈRE contesta la nature strictement contractuelle de l'engagement militaire en précisant que l'engagement s'opérait soit par la voie de l'appel soit par enrôlement volontaire et que « dans ce dernier cas un contrat se forme entre l'engagé et l'Etat, ce contrat se lie étroitement à l'acte d'enrôlement¹²¹ (...). La vérité est que l'État ne contracte ici que parce qu'il enrôle. Il fait une opération de recrutement, qui est au premier chef un acte de la puissance publique, et qui reste tel nonobstant les éléments contractuels qui viennent s'y associer¹²² ».

Par suite, dans son arrêt du 16 juillet 1920, le Conseil d'État reconnut que l'engagement des militaires constituait un contrat administratif. En l'espèce, il s'agissait du recours d'un engagé volontaire contestant la décision du ministre de la Guerre de le renvoyer dans ses foyers, alors même que ce dernier avait été mobilisé pour la durée de la guerre. La Haute juridiction administrative précisa que l'expression « contracter un engagement pour la durée de la guerre » n'impliquait pas que l'État était lié envers les engagés volontaires par des stipulations synallagmatiques jusqu'à la cessation légale des hostilités. Il s'agissait *a contrario* pour les individus engagés d'être soumis jusqu'à cette date au même statut juridique que l'ensemble des individus appelés par l'ordre de mobilisation générale¹²³. L'engagement étant conclu avec une personne publique (l'État)¹²⁴, pour l'exécution d'une mission d'intérêt générale et soumettant les cocontractants à des dispositions exorbitantes des droits commun¹²⁵, la nature administrative du contrat semblait alors évidente. Elle le devint bien plus en 2005, alors que le législateur confirmait définitivement la nature réglementaire de l'engagement via l'article L4111-2 du Code de la défense. Cet article affirme, en outre, que les militaires servant en vertu d'un contrat sont régis par les dispositions législatives et réglementaires prévues dans leur statut. Aussi, à moins de dispositions spécifiques prévues dans le statut général des militaires ou dans certains statuts particuliers, tenant

¹²¹ « *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* », Édouard LAFERRIÈRE, deuxième édition, 1896, I, p. 614.

¹²² Édouard LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 616.

¹²³ Conseil d'État, 16 juillet 1920, *Chirac*, JÈZE Gaston, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Chevalier-Maresque : Paris, p.537.

¹²⁴ Critère organique. Conseil d'État, 21 mars 1983, *UAP*, req. n°02256 : Rec. p. 537 ; AJDA 1983, p. 356, concl. LABETOULLE ; D. 1984, jurispr. p. 33, note AUBY et HUBRECHT ; Rev. adm. 1983, p. 368, note PACTEAU.

¹²⁵ Critères matériels. Voir « *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges, Conseil d'État, 31 juillet 1912* », ROUSSELET Vincent et DUFOUR Vincent, *Diplôme : la revue des étudiants en droit*, n°15, février 1995, p.8.

le plus souvent à la durée de l'engagement et aux conséquences de la « précarité » de ce dernier, les militaires servant en vertu d'un contrat sont globalement assujettis aux mêmes dispositions que les militaires de carrière.

b - Un engagement contractuel nécessairement à durée déterminée

Nous l'avons évoqué dans les développements précédents¹²⁹, l'Administration militaire se distingue de l'Administration civile en ce qu'elle a recours majoritairement à des engagements contractuels. Rappelons que, dans la fonction publique civile, le recrutement d'agents contractuels doit répondre à des besoins temporaires de l'Administration ou, exceptionnellement, à des besoins permanents mais justifiés par des circonstances particulières et selon une procédure exigeante¹³⁰. En outre, si le contrat de l'agent était renouvelé au-delà de six années, ce dernier serait alors considéré comme étant à durée indéterminée¹³¹, ceci pour « lutter contre la précarité dans la fonction publique¹³² ».

Pas de « lutte contre la précarité » dans les armées puisqu'aucun dispositif de « pérennisation » n'est prévu pour que l'engagement devienne à durée indéterminée passé un certain nombre d'années. Le seul engagement à durée indéterminée est celui des militaires de carrière ; les autres sont nécessairement à durée déterminée. Nous expliquions précédemment la nécessité pour l'Armée de compter dans ses rangs des militaires « jeunes », expliquant cette « précarité » dans l'engagement¹³³. Néanmoins, nous relevons que la politique de lutte contre la précarité des agents publics contractuels dans l'Administration civile, faisant suite à l'indignation populaire largement

¹²⁹ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -A - Un recours majoritairement au contrat à durée déterminée.

¹³⁰ Voir l'annexe de la circulaire du ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, n°RDF1314245C datée du 22 juillet 2013.

¹³¹ Voir le guide méthodologique annexé à la circulaire du ministre de la fonction publique daté du 20 octobre 2016, en particulier le développement concernant le recrutement des agents publics contractuels.

¹³² Pour reprendre les termes employés par le législateur dans la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 *relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*.

¹³³ « *L'administration des militaires* », Haut comité d'évaluation de la condition des militaires, 8^{ème} rapport : mai 2014 », p.5.

relayée par les media¹³⁴, n'a pas « passé les portes des enceintes militaires » puisque dans de nombreux corps, des militaires du rang servent depuis plus de 15 ans par contrats successivement renouvelés¹³⁵.

La première conséquence de cet engagement à durée déterminée est que ce dernier est soumis à renouvellement dès son terme. Il n'existe pas de limite au nombre de renouvellements, la limite se trouve dans le nombre d'années de service. Ainsi, le contrat d'un militaire du rang au sein de l'Armée de Terre peut -théoriquement- être renouvelé jusqu'à 27 ans de service¹³⁶. Le refus de renouvellement peut être décidé par le militaire ou par l'Administration. C'est d'ailleurs la seconde conséquence de cet engagement : le militaire n'a pas l'obligation de servir au-delà de son contrat¹³⁷ mais, réciproquement, il n'a pas non plus de droit à être renouvelé¹³⁸.

Néanmoins, l'Administration militaire a mis en place des mécanismes destinés à pallier la précarité puisque, d'une part, la promotion catégorielle interne est favorisée (et donc éventuellement une « activation¹³⁹ ») ; d'autre part, un système de primes et de reconversion accompagne le départ des militaires.

B - Un avancement de grade encouragé

L'article L4131-1 du Code de la défense prévoit une hiérarchie militaire structurée en quatre catégories : les militaires du rang, les sous-officiers ou officiers mariniers, les officiers, ainsi que les Maréchaux et Amiraux de France. L'avancement de grade s'opère soit au choix, soit au choix

¹³⁴ Voir notamment « *La précarité s'installe dans la fonction publique* », THÉOBALD Marie, Le figaro, 17 avril 2015, www.lefigaro.fr.

¹³⁵ Pour autant, nous le verrons par la suite, les militaires bénéficient de mécanismes financiers et/ou de reconversion destinés à pallier cette précarité : Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 2 -Des mécanismes assurant la reconversion des militaires au terme de leur engagement.

¹³⁶ Article L4139-16 II du Code de la défense : 20 ans pour les officiers sous contrat, 17 ans pour les militaires commissionnés, 27 ans pour les militaires engagés, 5 ans pour les volontaires.

¹³⁷ Conseil d'État, 31 mai 1989, *Pierron* : req. n° 92077, RDSS 1990. 49, 15 mars 1990, note DUBOIS. S'agissant du lien en service d'un médecin militaire ayant accompli la durée de service mentionnée dans son acte d'engagement.

¹³⁸ Conseil d'État, 28 juin 2010, *Christophe A.* : req. n°329201, Inédit au Recueil Lebon. S'agissant du refus de renouvellement d'un officier sous contrat dans le personnel de l'aviation légère de l'Armée de Terre.

¹³⁹ L'activation correspond à la titularisation.

et à l'ancienneté, soit à l'ancienneté. Les conditions pour être promu au grade supérieur sont précisées, outre les généralités prévues par les articles L4136-1 et suivants du Code de la défense, par les statuts particuliers. La fonction publique prévoit, quant à elle, également une promotion interne¹⁴⁰ mais plus restreinte puisqu'elle peut s'opérer soit au choix, après avis de la commission administrative paritaire et dans les conditions fixées par les décrets particuliers¹⁴¹, soit par la réussite d'un examen professionnel.

La promotion interne est bien plus utilisée au sein des armées que dans la fonction publique civile. En effet, les durées limitées des engagements et des parcours professionnels induites par l'impératif de jeunesse ne doivent pas non plus conduire à fragiliser l'expérience des militaires, *a fortiori* dans des fonctions d'encadrement. Ainsi, la fidélisation¹⁴² des militaires se manifeste notamment par la promotion interne et, tel que le relève l'observatoire économique de la Défense dans son bulletin ECODEF¹⁴³, « *l'aspect promotion des militaires fait partie des éléments les plus importants de la vie du personnel tant il marque la progression de sa carrière et échelonne l'évolution de ses compétences et la montée en puissance de ses responsabilités* ». Entre 2012 et 2013, l'observatoire économique de la Défense relève d'ailleurs que 4%¹⁴⁴ des militaires ont changé de catégorie, 13,9%¹⁴⁵ ont changé de grade et 33, 5% d'échelon. Par comparaison, en 2013, seuls 0,7%¹⁴⁶ des personnels civils de la Défense¹⁴⁷ ont bénéficié d'un avancement hors

¹⁴⁰ À titre d'exemple, l'article 26 de la loi 84-16 du 11 juillet 1984 pour la fonction publique de l'État.

¹⁴¹ Valeur professionnelle et acquis de l'expérience professionnelle relevés lors des notations annuelles.

¹⁴² Ou *a contrario* la lutte contre le « turn over ».

¹⁴³ « *Dynamiques sociodémographiques des effectifs militaires* », BAUDRY Mathieu: ECODEF, n°71 avril 2015, le bulletin de l'observatoire économique de la Défense (SGA/DAF/OED), p.6.

¹⁴⁴ Environ 2% en 2015 : 3 859 militaires ayant changé de catégorie sur un effectif total de 202 964 militaires. « *Bilan social 2015* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective, p. 56.

¹⁴⁵ Environ 12,7% en 2015 : 25 955 militaires ayant changé de grade sur un effectif total de 202 964 militaires. « *Bilan social 2015* », op. cit., p.57.

¹⁴⁶ 472 personnels civils sur un effectif total de 63 696 personnels civils. Notons également que compte tenu du nombre de conditionnant, le ratio de promus est de 1,7%. « *Bilan social 2013* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective, p.55.

¹⁴⁷ Hors ouvriers d'État.

promotion par concours avec changement de catégorie et 2, 5%¹⁴⁸ ont bénéficié d'un changement de grade.

En outre, l'avancement permet éventuellement aux militaires sous contrat d'être activés, c'est-à-dire être titularisés. Par exemple, la perspective pour un militaire du rang dans l'Armée de Terre d'être activé n'est envisageable que si, dans un premier temps, il accède par l'avancement à la catégorie des sous-officiers. S'en suivront d'autres conditions, notamment l'obtention du brevet supérieur technique de l'Armée de Terre (BSTAT). Globalement, en 2015, 1,20% des militaires du ministère de la Défense ont été activés¹⁴⁹ ; en comparaison au sein du même ministère, seuls 0,07% des personnels civils ont été titularisés¹⁵⁰ la même année.

L'impératif de jeunesse et le caractère momentané de l'engagement de la plupart des militaires qui en découle justifient que des mécanismes permettent à ces derniers de quitter l'institution en pouvant se reconvertir dans le « monde professionnel civil ».

§ 2 - Des mécanismes assurant la reconversion des militaires au terme de leur engagement

La partie 4 du Code de la défense relative au personnel militaire comporte des dispositions régissant la fin de l'état militaire¹⁵¹. Plus particulièrement, le législateur a prévu deux séries de dispositifs : d'une part, des dispositifs d'accès à la fonction publique civile (A) ; d'autre part, des dispositifs d'aide au départ (B).

A - L'accès à la fonction publique civile

Deux dispositifs sont prévus par le Code de la défense permettant de faciliter l'accès aux emplois de la fonction publique civile. Le premier intéresse le militaire lauréat d'un concours de la fonction publique (1) ; le second intéresse le militaire accédant aux emplois de la fonction publique autrement que par concours (2).

¹⁴⁸ 1 623 personnels civils sur un effectif total de 63 696 personnels civils. « *Bilan social 2013* », op.cit. p. 55.

¹⁴⁹ 2511 activations dont 97,9% de sous-officiers : « *Bilan social 2015* », op. cit. p.54.

¹⁵⁰ 46 titularisations, tous niveaux confondus : « *Bilan social 2015* », ibidem p. 55.

¹⁵¹ Partie 4, livre 1^{er}, titre 3, chapitre 3.

1 - Le militaire lauréat d'un concours de la fonction publique

L'article L4139-1 du Code de la défense prévoit la faculté pour un militaire admis à un concours de la fonction publique civile ou accédant à la magistrature, de bénéficier d'une mise en détachement¹⁵². Cette faculté n'est toutefois possible que sous certaines conditions. Tout d'abord, le militaire doit avoir accompli au moins quatre années de service. Ensuite, il doit avoir informé son autorité d'emploi de sa démarche visant à un recrutement sans concours ou de son inscription au concours. Sur ce point, les dispositions du Code de la défense ne précisent pas si le compte-rendu du militaire doit être nécessairement réalisé avant l'échéance du concours ou des entretiens en vue du recrutement. En effet, compte tenu du calendrier des épreuves ou des entretiens et du plan annuel des mutations, le militaire candidat sera certainement enclin à rendre compte de sa démarche le plus tard possible. Néanmoins, dans l'hypothèse d'un recrutement sans concours, l'autorité d'emploi sera rapidement informée de la démarche du militaire puisque, généralement, le dossier de candidature exige un avis hiérarchique¹⁵³. Enfin, le militaire ne devra pas s'être engagé à se maintenir en service en raison d'une formation spécialisée¹⁵⁴, de l'octroi d'une prime au recrutement ou à la fidélisation.

La mise en détachement permet au lauréat de conserver son état militaire jusqu'à sa titularisation et son reclassement dans le corps ou cadre d'emploi d'accueil. À ce titre, il aura droit, jusqu'au terme de son état militaire, de percevoir une rémunération égale à celle qu'il percevait en activité ; le ministère de la Défense¹⁵⁵ versera le cas échéant l'indemnité compensatrice¹⁵⁶. La mise en

¹⁵² Cette disposition s'étend également au recrutement sans concours dans un corps ou cadre d'emploi de fonctionnaire de catégorie C.

¹⁵³ Voir, à titre d'illustration, le dossier de candidature pour une nomination directe en qualité d'auditeur de justice (article 18-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

¹⁵⁴ L'arrêté du 18 août 2016 fixe la liste des formations spécialisées et la durée du lien au service qui leur est attachée.

¹⁵⁵ Ou de l'Intérieur pour la Gendarmerie nationale.

¹⁵⁶ L'article R4138-9 II du Code de la défense précise que l'indemnité est « égale à la différence entre, d'une part, la solde indiciaire brute, l'indemnité de résidence, le supplément familial de solde, l'indemnité pour charges militaires et les primes et indemnités liées à la qualification qu'il aurait perçus s'il était resté en position d'activité et, d'autre part, le traitement indiciaire brut, les indemnités de résidence et à caractère familial, et les primes et indemnités allouées au titre du nouvel emploi ».

détachement lui permet également de pouvoir établir son ancienneté dans ses nouvelles fonctions compte tenu de sa durée de service. À ce titre, les articles R4139-5 à 9 du Code de la défense précisent les conditions pour fixer la durée de service et l'échelon du militaire ayant bénéficié d'une mise en détachement.

Précisons toutefois qu'à défaut d'être placés en position de détachement¹⁵⁷, les militaires lauréats d'un concours ne pourront pas prétendre à une reprise de leur ancienneté acquise en qualité de militaire. Cette distinction de traitement des lauréats selon qu'ils aient ou non été placés en détachement ne constitue pas pour autant une inégalité contraire à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme¹⁵⁸.

2 - Le militaire accédant aux emplois de la fonction publique

Les articles L4139-2 et 3 du Code de la défense prévoient la possibilité pour les militaires de pouvoir accéder à des emplois de la fonction publique au titre de la reconversion.

a - Les emplois « vacants »

Un premier dispositif appelé couramment « emplois vacants » prévu à l'article L4139-2 du Code de la défense permet l'accès à un emploi de la fonction publique aux militaires ayant des conditions de grade et d'ancienneté prévues aux articles D4139-11 du même code¹⁵⁹. Cet accès concerne les postes des catégories A, B ou C des trois fonctions publiques (étatique, territoriale ou hospitalière). Le militaire postulant doit formuler sa demande de détachement dans l'emploi par voie hiérarchique à l'autorité gestionnaire dont il relève. Après agrément du ministre¹⁶⁰, la demande

¹⁵⁷ Soit parce qu'ils n'en remplissent pas les conditions relatives à leur durée d'engagement dans l'armée et à l'information préalable de l'administration sur leur candidature au concours, soit parce qu'ils ont omis d'en formuler la demande

¹⁵⁸ Voir en ce sens : Conseil d'État, 7 mars 2014, *M. B.* : req. n°375179, inédit au recueil Lebon ; s'agissant d'une QPC invoquée devant la juridiction administrative sur les dispositions prévues à l'article L4139-1 du Code de la défense.

¹⁵⁹ Pour un officier : 10 années ou 15 années de service dont 5 en tant qu'officier. Pour un sous-officier ou un militaire du rang : 10 années de service.

¹⁶⁰ Ministre de la Défense ou de l'Intérieur pour les militaires de la Gendarmerie nationale.

est soumise pour avis à la Commission nationale d'orientation et d'intégration¹⁶¹ puis l'autorité ayant le pouvoir de nomination dans le corps d'accueil se prononce dans un délai d'un mois suivant la transmission de cet avis. Si la candidature est retenue et que le militaire accepte son affectation, il est mis à disposition de l'administration ou l'établissement public d'accueil pour effectuer un stage probatoire d'une durée de deux mois. Au terme de cette période, s'il donne satisfaction, par décision conjointe du ministre et de l'autorité ayant le pouvoir de nomination dans le corps d'accueil, il sera placé en position de détachement et tenu de suivre une formation d'adaptation à l'emploi.

À l'issue du détachement¹⁶², l'intéressé peut, soit demander son intégration dans le corps d'accueil, soit demander sa réintégration dans son corps d'origine. Dans le premier cas, l'autorité ayant le pouvoir de nomination dans le corps d'accueil pourra alors, soit prolonger d'une année supplémentaire le détachement, soit prononcer l'intégration dans le corps d'accueil ; auquel cas, le militaire sera radié des cadres ou rayé des contrôles de l'armée active à la date de son intégration. La même autorité peut également prononcer la réintégration du militaire dans son corps d'origine.

b - Emplois réservés

L'article L4139-3 du Code de la défense prévoit la possibilité pour les militaires, à l'exception des officiers de carrière ou commissionnés, de se porter candidat sur des postes mis au recrutement par la voie des emplois réservés. Les conditions sont précisées par le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre¹⁶³ aux articles L242-1 et suivants ainsi que R242-2 et suivants. Outre des conditions d'âge qui peuvent être prévues par les statuts particuliers des emplois désirés, le militaire doit avoir au moins accompli quatre années de service. Ce recrutement est aussi ouvert aux anciens militaires ayant quitté l'institution depuis moins de trois années. Les postes mis au recrutement par cette voie sont définis par l'application d'un pourcentage au nombre des postes déclarés vacants des catégories B et C. Les militaires candidats y postulent en s'inscrivant sur une liste nationale et/ou territoriale¹⁶⁴ et en réalisant un « passeport professionnel »

¹⁶¹ Dont la composition varie selon le corps dans lequel le militaire postule : article R4139-21 du Code de la défense pour la fonction publique de l'État, article R4139-30 pour la fonction publique territoriale et article R4139-39 pour la fonction publique hospitalière.

¹⁶² Une année ou deux années pour une intégration dans le corps enseignant.

¹⁶³ Ci-après CPMIVG.

¹⁶⁴ Selon la fonction publique de rattachement.

récapitulant les diplômes obtenus et le parcours professionnel accompli. Eu égard à ses compétences et *desiderata*, il sera inscrit sur une ou plusieurs listes alphabétiques d'aptitude, lesquelles sont établies compte tenu du domaine de compétences et/ou du métier. L'autorité administrative chargée du recrutement choisit les candidats parmi la liste d'aptitude correspondant au corps concerné et, éventuellement, convoque les candidats ayant un profil correspondant à celui recherché.

Une fois le candidat inscrit sur la liste d'aptitude, il est nommé en tant que stagiaire dans le corps concerné et effectue son stage en position de détachement.

La mise en détachement n'est cependant pas systématique puisque le militaire en fin de contrat peut également décider de résilier son contrat pour pouvoir bénéficier de sa pension militaire de retraite. Dans cette hypothèse, s'il n'est pas placé en position de détachement dès sa nomination dans la fonction publique jusqu'au moment de son intégration ou sa titularisation, le militaire accédant à un emploi réservé ne peut pas prétendre à la reprise de son ancienneté en service dans son nouvel emploi¹⁶⁵.

B - Autres dispositifs favorisant la reconversion

Il existe une multitude de dispositifs favorisant la reconversion des militaires, lesquels sont accessibles en fonction de la durée de service et du grade du militaire concerné. Ces dispositifs variant au gré des politiques définies en matière de ressources humaines, il ne serait pas pertinent de les étudier de manière exhaustive. Néanmoins, nous pouvons les regrouper en deux catégories, d'une part, les mesures financières ; d'autre part, les mesures visant à préparer l'insertion dans le nouvel emploi.

Précisons que, même si cela n'influe pas directement sur la reconversion des militaires, les dispositifs spécifiques des droits à la retraite des militaires seront souvent déterminants dans le choix du départ, amenant même à le retarder suivant les droits auxquels le militaire pourra prétendre.

¹⁶⁵ Voir en ce sens : Conseil d'État, 20 mai 2016, *M. B.* : req. n°375795, recueil Lebon 15 mai 2017 ; AJDA 2016, 1044, 30 mai 2016.

1 - Des dispositions spécifiques de droits à la retraite

Les spécificités en matière de droits à la retraite consistent principalement à permettre au militaire de percevoir sa pension de retraite plus tôt que les fonctionnaires et autres agents publics. En effet, bien que les dispositions prévues dans le Code des pensions civiles et militaires de retraite¹⁶⁶ soient communes aux militaires et fonctionnaires civils de l'État¹⁶⁷, la différence se situe principalement dans l'ancienneté requise pour l'ouverture des droits à pension. Ainsi, l'article L24 du CPCMR prévoit que la liquidation de la pension militaire intervient lorsqu'un officier réunit à la date de son admission à la retraite 27 années de service effectif¹⁶⁸. La durée est fixée à 17 années pour les militaires non officiers. Dans ces conditions, ils bénéficient d'une retraite à jouissance immédiate ; c'est-à-dire que la pension pourra être immédiatement liquidée, sans considération de l'âge du militaire retraité. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le militaire retraité ne réunissait pas suffisamment d'années de service, il pourra tout de même prétendre à la liquidation de sa pension militaire de retraite de manière différée, c'est-à-dire ultérieurement à son départ. Les limites d'âge ouvrant droit à pension dépendent des règles relatives aux 27 corps et statuts d'appartenance des militaires. L'article L4139-16 du Code de la défense détermine des limites situées entre 52 ans¹⁶⁹ et 67 ans¹⁷⁰ pour les officiers et 47 ans à 66 ans¹⁷¹ pour les sous-officiers.

Par comparaison, depuis un décret de 2011¹⁷², l'âge d'ouverture du droit à pension de retraite des fonctionnaires et des ouvriers de l'État est fixé à 62 ans pour les fonctionnaires nés à compter de l'année 1955 ; aucun dispositif de jouissance immédiate de la pension de retraite analogue à celui des militaires n'est prévu pour les fonctionnaires et ouvriers de l'État. Bien que les dispositions spécifiques aux militaires semblent bien plus avantageuses, il est crucial de rappeler que la

¹⁶⁶ Ci-après CPCMR.

¹⁶⁷ Les agents publics contractuels de l'État étant affiliés au régime général, ils ne peuvent prétendre aux dispositions du Code des pensions civiles et militaires de retraite.

¹⁶⁸ 20 années pour les officiers sous contrat.

¹⁶⁹ 52 ans pour les officiers subalternes de l'Armée et l'Aire, mais globalement la limite est à 59 ans pour la plupart des officiers subalternes et supérieurs.

¹⁷⁰ Officiers généraux médecins, pharmaciens (...), ingénieurs de l'armement (...).

¹⁷¹ Essentiellement pour les sous-officiers affectés dans des services non opérationnels.

¹⁷² Décret n° 2011-2103 du 30 décembre 2011 *portant relèvement des bornes d'âge de la retraite des fonctionnaires, des militaires et des ouvriers de l'État.*

possibilité pour les militaires de quitter le métier des armes encore « jeunes » s'inscrit au cœur de trois problématiques que relevait le ministre de la Défense suite à un rapport de la Cour des comptes de 2003 s'agissant des pensions de retraite des militaires: « *une problématique de gestion des effectifs et des carrières permettant de maintenir un taux de renouvellement suffisant afin de préserver l'indispensable jeunesse des unités militaires ; une problématique de reconversion en permettant à ces militaires effectuant des carrières courtes de réaliser leur reconversion civile à un âge où il est encore possible de trouver un emploi ; une problématique de condition militaire, en constituant une des contreparties des contraintes liées à l'état militaire (disponibilité, subordination, discipline, pénibilité, risque, ...)*¹⁷⁴ ».

2 - Mesures financières

Les mesures financières sont de deux ordres : d'une part, celles destinées à inciter au départ d'une certaine catégorie de militaires bien ciblée ; d'autre part, celles destinées à compenser la précarité des engagements contractuels.

a - L'incitation au départ

Les mesures d'incitation au départ n'ont pas pour vocation première d'assurer une reconversion aux militaires mais principalement de favoriser une réduction des effectifs en privilégiant le départ des militaires ayant un grade terminal dans leur catégorie. Cependant, il est évident que les militaires bénéficiaires de telles mesures ont, du moins pour les plus jeunes, une réelle perspective de reconversion. Ainsi, à titre d'illustration, la loi de programmation militaire pour les années 2014-2019¹⁷⁵ institua des mesures baptisées « promotion fonctionnelle », « pension afférente au grade supérieur » et « pécule d'incitation au départ ». La cible de ces mesures est bien spécifique

¹⁷⁴ « *Les pensions de retraite des militaires* », rapport public, 2003, Cour des comptes.

¹⁷⁵ 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.*

puisque globalement, ces mesures ne concernent que les militaires de carrière¹⁷⁶, ayant un certain grade¹⁷⁷ et avec une durée significative de service.

i - Pécule modulable d'incitation au départ

Il s'agit d'une somme d'argent dont le montant correspond à plusieurs soldes indiciaires brutes mensuelles perçues par le militaire lorsqu'il était en position d'activité¹⁷⁸. À titre d'exemple, il s'élève à 48 mois de solde indiciaire brute pour un officier ayant servi au moins 15 années. L'octroi du pécule est toutefois soumis à l'acceptation de l'armée d'appartenance ou la formation rattachée suivant les directives fixées par la direction des ressources humaines du ministère de la Défense¹⁷⁹, lesquelles tiennent compte des nécessités de service.

L'octroi du pécule prive toutefois son bénéficiaire de pouvoir souscrire un nouvel engagement dans les armées (sauf dans la réserve), d'être nommé dans un corps ou cadre d'emploi de l'une des fonctions publiques ou de conclure un contrat d'agent public dans les 5 années suivant sa radiation des cadres ou des contrôles ou encore de son admission dans la deuxième section des officiers généraux. À défaut, ce dernier sera tenu de rembourser intégralement les sommes perçues dans l'année de sa titularisation, de sa nomination ou de la conclusion de son contrat¹⁸⁰.

ii - Promotion fonctionnelle

Il s'agit de promouvoir des officiers ou sous-officiers de carrière en position d'activité au grade supérieur -au vu de leurs mérites et de leurs compétences- en contrepartie de leur départ à l'issue d'un préavis d'une durée précise. Au terme du processus de sélection pour pouvoir bénéficier de la promotion fonctionnelle et être inscrit sur un tableau d'avancement spécial sous des conditions fixées par décret en Conseil d'État¹⁸¹, la promotion fonctionnelle est décidée par le ministre de la

¹⁷⁶ Excluant de ce fait les militaires du rang, sauf pour le pécule modulable d'incitation au départ qui peut être octroyé aux militaires du rang (ou sous-officiers sous contrat) ayant totalisé entre 11 et 15 années de service.

¹⁷⁷ Pour les officiers, le grade de capitaine à colonel ou, pour les sous-officiers, le grade d'adjudant ou d'adjudant-chef s'agissant de la pension afférente au grade supérieur ;

¹⁷⁸ Le montant de référence sera celui de la dernière solde indiciaire brute reçue.

¹⁷⁹ Ci-après DRH-MD.

¹⁸⁰ Instruction n° 230096/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 du 11 février 2014 *relative aux modalités d'attribution du pécule modulable d'incitation au départ des militaires institué par l'article 38. de la 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.*

¹⁸¹ Décret n° 2014-713 du 26 juin 2014 *pris pour l'application de l'article 37 de la 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.*

Défense sous réserve de l'accord écrit préalable de l'intéressé d'occuper une fonction déterminée et, surtout, d'accepter d'être radié des cadres ou d'être admis dans la deuxième section des officiers généraux entre deux et quatre années suivant la promotion.

iii - Pension afférente au grade supérieur

Il s'agit d'octroyer à un militaire la liquidation immédiate d'une retraite correspondant au grade immédiatement supérieur à celui qu'il détenait lorsqu'il était en activité. À l'instar des deux mesures précédentes, la demande du militaire doit être agréée par le ministre de la Défense.

L'ensemble de ces dispositifs nécessitent que le militaire qui en demande le bénéfice ait clairement mesuré les conséquences de sa démarche puisqu'au total, elle aboutira à lui faire quitter l'institution militaire, du moins le service d'active. Par conséquent, au-delà de la simple candidature pour le bénéfice d'un des dispositifs d'incitation au départ, il est essentiel que le militaire ait prévu un projet professionnel cohérent de retour « à la vie civile ». L'agence « Défense mobilité », dont les missions seront étudiées dans le développement suivant relatif aux mesures préparant à l'insertion dans le nouvel emploi¹⁸², aura un rôle clé dans l'orientation des militaires ciblés par l'incitation au départ.

b - L'indemnité de précarité

L'engagement contractuel ayant pour conséquence d'organiser une précarité professionnelle au moment de la décision du renouvellement du contrat, *a fortiori* lorsque la durée de chaque contrat n'excède pas cinq années, l'administration militaire octroie en contrepartie une indemnité visant, notamment, à favoriser la reconversion des militaires contractuels.

i - Pour les militaires non-officiers

Tel que nous l'évoquons dans le développement précédent¹⁸³, les militaires non-officiers peuvent également demander à pouvoir bénéficier d'un pécule modulable s'ils réunissent entre 11 et 15 années de service. En deçà d'une telle durée, entre 9 et 11 années de service, ils pourront tout de même prétendre à l'octroi d'une indemnité de départ pour les personnels non-officiers¹⁸⁴ qui sera

¹⁸² Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 2 -B -3 -Mesures préparant à l'insertion dans un nouvel emploi.

¹⁸³ Cf. note 176.

¹⁸⁴ Ci-après IDPNO.

légèrement moins élevée que le pécule modulable¹⁸⁵. Néanmoins, pour qu'un militaire puisse y prétendre, la résiliation du contrat ne doit pas intervenir de manière anticipée et à sa demande¹⁸⁶. Au-delà de 15 années de service, les militaires non-officiers pourront prétendre à une indemnité proportionnelle de reconversion destinée à faciliter leur reconversion¹⁸⁷. Notons toutefois qu'à la différence du pécule modulable¹⁸⁸ et de l'IDPNO¹⁸⁹, l'indemnité proportionnelle de reconversion¹⁹⁰ n'est pas exonérée de l'impôt sur le revenu et, de ce fait, il est fortement probable qu'un militaire non-officier ne soit pas tenté de quitter l'institution militaire entre 15 et 17 années de service puisque, en plus de percevoir une indemnité qui accroîtra l'assiette de son foyer fiscal, il ne pourra pas prétendre à bénéficier d'une retraite à jouissance immédiate¹⁹¹.

ii - Pour les officiers sous contrat

L'article 12 du décret du 12 septembre 2008¹⁹² prévoit que les officiers sous contrat ont droit à une prime à l'expiration de leur contrat dès lors que l'engagement total de l'officier ait eu une durée supérieure ou égale à quatre ans. Le montant de cette prime correspond à la solde afférente aux derniers grade et échelon détenus par l'officier à la cessation de son contrat, majorée en fonction du nombre d'enfants à charge. Le versement est mensuel et sa récurrence dépend des années de service effectuées¹⁹³.

¹⁸⁵ 18 mois de solde s'agissant du pécule modulable et 14 mois s'agissant de l'indemnité de départ.

¹⁸⁶ Conseil d'État 9 mai 2011, *Melle A* : req. n°330317.

¹⁸⁷ Décret n° 2011-705 du 21 juin 2011 relatif à l'indemnité proportionnelle de reconversion.

¹⁸⁸ Circulaire n° 131351/DEF/DGA/DRH/SDGS/RS portant sur les modalités d'attribution du pécule modulable d'incitation au départ des militaires pour l'année 2016, article 1.3.

¹⁸⁹ BOI-RSA-CHAMP-20-30-10-30-20140428, n°125.

¹⁹⁰ Instruction n° 230618/DEF/SGA/DRH-MD/SPGRH/FM4 relative à l'indemnité proportionnelle de reconversion, article 9.

¹⁹¹ Voir en ce sens : Cour administrative d'appel de Marseille, 23 février 2016, *M. C.* : req. n°14MA00154, inédit au Recueil Lebon. S'agissant d'un militaire non officier ayant quitté l'institution après 15 années de service et engageant la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois et, plus particulièrement de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

¹⁹² Décret n° 2008-939 du 12 septembre 2008 relatif aux officiers sous contrat.

¹⁹³ Trois, six, neuf, douze ou dix-huit selon que la cessation du contrat soit intervenue avant la fin de la sixième, de la huitième, de la dixième, de la douzième année de service en qualité d'officier sous contrat.

Cette prime participe également à favoriser la reconversion de l'officier sous contrat mais son versement s'interrompt dès lors qu'il est titularisé dans un emploi au sein d'une des fonctions publiques ou souscrit un nouvel engagement au sein des armées et formations rattachées.

3 - Mesures préparant à l'insertion dans un nouvel emploi

Dans l'objectif essentiel de lutter contre le chômage des anciens militaires mais également de leur conjoint, le ministre de la Défense a institué par décret du 10 juin 2009¹⁹⁴ une agence de reconversion de la Défense dénommée « Défense mobilité ». Cette dernière est née du regroupement des agences antérieurement rattachées à chaque armée¹⁹⁵. Cette agence a pour mission essentielle d'assurer l'accompagnement vers l'emploi des militaires¹⁹⁶ et de leur conjoint. Au total, en 2015, « Défense mobilité » a accompagné 11 000 reclassements¹⁹⁷, dont 20% dans la fonction publique¹⁹⁸ et 80% dans le secteur privé. À cette fin, elle propose au ministre de la Défense et met en œuvre les orientations de la politique générale relative à la reconversion, compte tenu des impératifs de gestion des militaires.

Afin de faciliter l'insertion professionnelle des militaires, l'article L4139-5 du Code de la défense prévoit que, sur demande agréée¹⁹⁹, le militaire peut bénéficier des dispositifs mis en place afin de préparer son retour à la vie civile. À cette fin, « Défense mobilité » dispose de nombreux procédés, notamment la valorisation de l'expérience acquise tout au long de l'engagement par des

¹⁹⁴ Arrêté du 10 juin 2009 portant *création de l'agence de reconversion de la défense*.

¹⁹⁵ Air Mobilité, Marine Mobilité et Terre Reconversion.

¹⁹⁶ Mais également des personnels civils de la défense, en situation de réorientation professionnelle hors des fonctions publiques, qui en formulent la demande.

¹⁹⁷ Chiffres communiqués par la DRH-MD dans le document intitulé « *chiffres clés 2015* » : www.defense-mobilite.fr.

¹⁹⁸ Via les mécanismes d'accès à la fonction publique étudiés précédemment.

¹⁹⁹ Insistons sur le point que la reconversion n'est pas un droit pour le militaire.

certifications professionnelles²⁰⁰ ou des validations des acquis de l'expérience²⁰¹ et également l'accompagnement²⁰² et la formation²⁰³ des militaires quittant l'institution.

Ces dernières prestations peuvent être délivrées au militaire ayant accompli au moins 4 années de service durant un congé de reconversion et/ou un congé complémentaire de reconversion prévus aux R4138-28 et R4138-29 du Code de la défense. Toutefois, ces mesures ne sauraient constituer un droit pour le militaire²⁰⁴ ; elles nécessitent systématiquement un agrément hiérarchique.

a - Le congé de reconversion

Le congé de reconversion peut être accordé pour une durée maximale de 120 jours ouvrés et fractionnables, durant lesquels le militaire perçoit sa solde²⁰⁵ tout en étant placé en position de non-activité. Durant cette période, il devra se consacrer pleinement à la préparation d'une nouvelle activité professionnelle ; à défaut il pourra se voir notifier du ministre la fin de son congé par anticipation. Si la durée de ce congé s'avérait trop courte, il pourrait également demander à pouvoir bénéficier d'un congé complémentaire pour une durée maximale de 6 mois consécutifs. Tout au long de son congé, le militaire pourra exercer une activité lucrative mais sa rémunération militaire sera réduite après une période de congé de reconversion supérieure à 10 jours proportionnellement à la rémunération générée par sa nouvelle activité.

²⁰⁰ Par l'enregistrement au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP) des titres délivrés par les centres de formation et écoles du ministère.

²⁰¹ En 2015, « Défense mobilité » a réalisé 950 entretiens-conseils pour la constitution d'un dossier de demande de VAE : voir « *chiffre clés 2015* », op. cit..

²⁰² Notamment un accompagnement vers l'emploi par des bilans orientations et des bilans de compétences : « *Bilan reconversion 2014* », DRH-MD/Défense mobilité, p.24 : www.defense-mobilite.fr.

²⁰³ En 2014, « Défense mobilité » a permis de faire bénéficier 535 formations dans 18 domaines professionnels et 282 remises à niveau scolaire : « *Bilan reconversion 2014* », op. cit. p.26.

²⁰⁴ Conseil d'État, 28 juillet 2004, *M. Guy X* : req. n°263055, inédit au Recueil Lebon. S'agissant d'un officier de l'armée de Terre qui s'était vu attribué un congé de reconversion mais refusé la prise en charge financière d'une formation.

²⁰⁵ Y compris l'indemnité de résidence, le supplément familial de solde, l'indemnité pour charges militaires et, le cas échéant, la majoration de l'indemnité pour charges militaires.

b - Le congé pour la création ou reprise d'une entreprise

Les articles L4139-5-1, R4138-29-1 à 3 du Code de la défense prévoient la possibilité pour un militaire de bénéficier d'un congé pour la création ou la reprise d'une entreprise. La demande doit être adressée à l'autorité dont il relève, au moins deux mois avant la date de création ou de reprise de l'entreprise et doit comporter de nombreuses informations sur l'entreprise. L'autorité compétente doit ensuite saisir la commission placée auprès du ministre²⁰⁶, laquelle étudiera le dossier de demande et rendra un avis transmis au ministre. La décision de ce dernier doit être notifiée dans le mois suivant la réception de cet avis. À défaut de réponse, le silence vaut refus d'attribution. Dans l'hypothèse d'une décision favorable, celle-ci mentionnera la durée du congé.

Tel que pour le congé de reconversion, durant le congé de création ou de reprise d'une entreprise, le militaire placé en congé perçoit sa solde et ses accessoires²⁰⁷. Il peut également solliciter un renouvellement de sa période de congé pour création ou reprise d'une entreprise. En outre, l'attribution de tels congés n'est pas considérée comme un droit pour les militaires et la décision de l'octroi ou du refus n'a pas à être motivée tel que le prévoit la loi du 11 juillet 1979²⁰⁸. Le juge administratif n'exercera d'ailleurs qu'un contrôle restreint sur la décision du ministre²⁰⁹, lequel apprécie la pertinence du projet envisagé par le militaire ainsi que les besoins des armées. De la même manière, l'obtention d'un congé complémentaire de reconversion, de création ou de reprise d'une entreprise n'est pas automatique.

La jurisprudence du Conseil d'État de 2009 *Fabre* synthétise clairement ces dernières observations. En effet, le 6ème « considérant » affirme que « pour accueillir ou refuser le *congé complémentaire de reconversion prévu par les dispositions législatives précitées, le ministre de la défense, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation, apprécie le projet de reconversion présenté par le militaire intéressé et tient compte des besoins des armées et de la gestion des effectifs ; qu'ainsi, le ministre de la défense, après avoir accordé à M. A un congé de conversion d'une durée*

²⁰⁶ Article R*4122-19 du Code de la défense.

²⁰⁷ Article R4138-29-2 du Code de la défense.

²⁰⁸ Conseil d'État, 25 septembre 1987, *Lagraula* : req. n°44149, inédit au Recueil Lebon.

²⁰⁹ Conseil d'État, 8 novembre 2000, *Kindelberger* : req. n°209009, Recueil Lebon 2000.

de six mois, n'a pas commis d'erreur de droit en se fondant, pour refuser de lui accorder un congé complémentaire de reconversion, sur la circonstance que l'intéressé, diplômé de l'école spéciale militaire, quittait volontairement l'institution militaire alors que les besoins des armées et la gestion des effectifs rendent prioritaires les projets des candidats peu diplômés et contraints de quitter l'institution militaire ; que, ce faisant, le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation²¹⁰ ».

Conclusion de la section 1

Compte tenu de la spécificité des missions accomplies par l'Armée française, la physionomie de cette dernière apparaît bien différente, voire opposée, de celle des administrations civiles. En effet, dans l'objectif de conserver en permanence dynamisme et jeunesse « dans les rangs », l'institution militaire favorise un engagement temporaire des militaires via des contrats à durée limitée. Et entre les « contractuels », les « réservistes » et les « commissionnés » la majeure partie des personnels militaires ne servent que momentanément la Patrie. Il en résulte une politique générale de gestion des personnels bien différente de celles menées dans les administrations civiles. Gérant principalement des carrières « courtes » et faisant face à un « flux sortant » continu, les armées doivent apparaître attractives auprès des jeunes citoyens afin d'assurer le « flux entrant » nécessaire à assurer l'équilibre des effectifs. En outre, la précarité inhérente à un engagement temporaire appelle à des compensations qui se concrétisent par le versement d'indemnités ou primes et, le cas échéant, par un accompagnement destiné à favoriser la reconversion du militaire.

Les réformes successives de réduction des effectifs²¹¹ ainsi que de l'allongement légal de la durée de cotisation²¹² ont profondément complexifié les actions de gestion du personnel pour assurer un équilibre entre les « flux entrants et sortants ». Et bien que les attentats commis sur le territoire national depuis 2015 aient mis en lumière l'insuffisance des effectifs pour assurer l'ensemble des missions à l'intérieur et à l'extérieur du territoire, la « déflation » des effectifs militaires -si elle est désormais ralentie- n'en est pas moins remise en cause.

²¹⁰ Conseil d'État, 4 septembre 2009, *Fabre* : req. n°310078, inédit au Recueil Lebon.

²¹¹ Dès la décision de professionnalisation des armées en 1996, la loi n° 96-589 du 2 juillet 1996 *de programmation militaire pour les années 1997-2002* prévoyait une réduction des effectifs principalement dirigée vers les sous-officiers qui assuraient l'encadrement des appelés et volontaires dans les armées.

²¹² Notamment par la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 *garantissant l'avenir et la justice du système de retraites*.

Si les missions des Armées imposent une physionomie atypique de leur format, elles imposent également une préparation rigoureuse et une disponibilité constante de l'engagement des militaires.

Section 2 - Un engagement imposant une préparation rigoureuse et une disponibilité constante

C'est bien l'engagement des militaires qui distingue le plus ces derniers des fonctionnaires et autres agents publics. La spécificité de l'engagement des militaires s'exprime au travers d'une préparation rigoureuse (§1) et d'une disponibilité constante (§2).

§ 1 - Une disponibilité en tout lieu, en tout temps jusqu'au sacrifice suprême

L'article L4111-1 du Code de la défense rappelle que l'état militaire exige en toute circonstance un esprit de sacrifice, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité. Bien que d'autres agents publics partagent certaines de ces sujétions, la spécificité du statut général des militaires est de toutes les rassembler. Nous étudierons la discipline²¹³, le loyalisme et la neutralité²¹⁴ postérieurement dans notre étude pour, notamment, en comparer leur degré d'exigence vis-à-vis des autres agents publics. Les sujétions de disponibilité et de sacrifice sont, quant à elles, proprement spécifiques à l'état militaire : d'une part, la disponibilité qui assujettit le militaire à servir en tout lieu et en tout temps et le sacrifice, d'autre part, qui s'entend jusqu'au sacrifice suprême. Néanmoins, ses sujétions ont été progressivement précisées et donc encadrées. Aussi, la disponibilité permanente ne signifie pas une durée permanente de travail (A) et le sacrifice suprême d'exposer inutilement les soldats à un péril (B).

A - Une disponibilité permanente et non une durée permanente de travail

L'exigence de disponibilité est rappelée par l'article L4121-5 du Code de la défense en précisant que les militaires peuvent être appelés à servir en tout lieu et en tout temps. La portée de ce principe de disponibilité permanente ne signifie pas pour autant un véritable asservissement en

²¹³ Partie 2- Titre 2- Chapitre 1- Une obligation d'obéissance strictement encadrée.

²¹⁴ Partie 2- Titre 1- Chapitre 1- Une expression individuelle restreinte pour l'intérêt du service.

exigeant que les militaires soient « à la tâche vingt-quatre sur vingt-quatre ou même cloîtrés – à disposition ! – dans leur casernement en l'attente d'une intervention ²¹⁵».

Bien au contraire, hors opérations, missions ou stages, l'amplitude des horaires de travail est souvent analogue à celle des fonctionnaires civils et, à l'instar de ces derniers, les sujétions font souvent l'objet de compensations²¹⁶. Pour autant, la question de savoir si les militaires sont également astreints à une durée légale de travail s'est longtemps posée et, plus particulièrement à propos de l'application de la directive européenne 2003/88/CE²¹⁷ compte tenu des spécificités des militaires. Préalablement à cette directive, à l'occasion d'un rapport en 2002, le Sénat avait relevé une évolution des conditions de vie des militaires en s'inquiétant d'une importante dégradation, notamment du fait d'un rythme particulièrement élevé de l'activité de l'Armée de Terre. Le rapport illustre ce constat en démontrant que sur un total théorique de 208 jours d'activité annuelle, les militaires de l'Armée de Terre travaillaient 235 jours, soit 27 jours supplémentaires. En nombre d'heures de travail, alors que la loi sur l'aménagement et la réduction du travail²¹⁸ fixait pour référence un temps de travail annuel de 1 600 heures, le temps de travail dans l'armée de Terre s'élevait en moyenne à 2 184 heures (+ 36,5 %)²¹⁹.

La directive communautaire de 2003 tend à fixer les prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail. À cette fin, elle définit la durée maximale de travail hebdomadaire à 48 heures et à 8 heures celle du travail de nuit. Or, dans un rapport en 2002²²⁰, l'horaire hebdomadaire moyen relevé pour une catégorie comprenant à la fois les militaires et les policiers atteignait 44,7 heures. En outre, à l'occasion de son audition devant la commission sur la

²¹⁵ « *Droit de la défense* », BAUDE Florent et VALLÉE Fabien, Paris : Ellipses, 2012, p. 517.

²¹⁶ Par exemple l'attribution au personnel militaire d'une indemnité pour temps d'activité et d'obligations professionnelles complémentaires prévue par le Décret n°2002-185 du 14 février 2002.

²¹⁷ Directive 2003/88/CE du parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003 *concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail* (18.11.2003 L 299/9 Journal officiel de l'Union européenne).

²¹⁸ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 *relative à la réduction négociée du temps de travail*.

²¹⁹ Et même à 2 296 heures (+ 43,5 %) pour les 60 % de militaires ayant des activités extérieures à la garnison.

²²⁰ « *les horaires et l'organisation du temps de travail* », CHENU Alain, Économie et statistique, volume 352, n°1, 2002, INSEE, pp.151-167.

sécurité intérieure, le Général Philippe MAZY²²¹ ajoutait à ces 44,7 heures, 36,55 heures « *d'astreintes immédiates non rémunérées* ²²² » qu'il qualifiait comme « *le prix de [la] concession de logement* ». Il justifiait ces quelques 80 heures de travail hebdomadaire par la spécificité du statut général des militaires et -en particulier la disponibilité- qui était à la fois « *dérrogatoire au code du travail et aux normes communément appliquées aux agents de l'État*²²³ ».

Cette dernière affirmation s'est pourtant révélée erronée puisque quelques années plus tôt, en 2006, la Cour de justice de l'Union européenne indiquait que l'article 1^{er} de la directive européenne sur l'aménagement du temps de travail²²⁴ s'appliquait à « *tous les secteurs d'activités, privés ou publics* ». Elle affirmait également que si l'article 2 prévoyait une exception compte tenu des « *particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, par exemple dans les forces armées ou la police* », cette exception « *ne saurait [toutefois] trouver à s'appliquer que dans le cas d'événements exceptionnels à l'occasion desquels le bon déroulement des mesures destinées à assurer la protection de la population dans des situations de risque collectif grave exige que le personnel ayant à faire face à un événement de ce type accorde une priorité absolue à l'objectif poursuivi par ces mesures afin que celui-ci puisse être atteint*²²⁵ ».

En d'autres termes, d'une part, les militaires²²⁶ ne font pas exception à l'application de la directive européenne par leur seul statut. D'autre part, l'exception à l'application de la directive européenne doit être motivée par une situation d'une remarquable gravité.

Pourtant l'application aux militaires de la directive européenne a des conséquences extrêmement importantes en termes de gestion du personnel puisque, outre le plafond de 48 heures hebdomadaires de travail maximum, elle prévoit également un repos obligatoire journalier de 11

²²¹ Directeur des personnels militaires de la Gendarmerie Nationale en 2014.

²²² Général Philippe MAZY, audition devant la mission d'information sur la lutte contre l'insécurité, mardi 21 janvier 2014, www.videos.assemblee-nationale.fr : 25,42^{ème} minute.

²²³ Général Philippe MAZY, op. cit., 24^{ème} minute.

²²⁴ Directive 2003/88/CE du parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003, op. cit..

²²⁵ Cour de justice de l'Union européenne, 12 janvier 2006, *Commission européenne c/ Espagne*, C-132/04, Recueil Curia 2006, p.I-3*, Pub.somm.

²²⁶ Mais également les sapeurs-pompiers ou tout autre agent participant à la protection civile.

heures consécutives et un repos d'une journée par période de 7 jours. Dans une période où le format des armées tend à se réduire alors même que la menace s'accroît, y compris sur le territoire national, cette contrainte supplémentaire complexifie grandement le « casse-tête » que constitue la gestion du personnel militaire. *A fortiori* avec l'épée de Damoclès que représentent désormais les associations professionnelles nationales militaires face à des décisions qui n'auraient pas une assise juridique solide²²⁷.

Par un discours du 18 octobre 2017 aux forces de sécurité intérieure, le chef des armées Emmanuel MACRON annonçait qu'il envisageait de revoir les dispositions de la directive européenne pour que ces dernières ne régissent pas l'activités des militaires.

« Sur ce sujet du temps de travail, je dirai aussi très clairement que ma détermination est complète pour qu'aussi bien la gendarmerie que les militaires de manière plus générale ne soient pas concernés par la directive bien connue. Les choses sont claires, notifiées à qui de droit et seront portées jusqu'à leur terme²²⁸ ».

Néanmoins, nous ne concevons que très difficilement comment une telle ambition pourrait juridiquement aboutir.

B - Un sacrifice n'exonérant pas le commandement de veiller à la sécurité des soldats

« Il accomplit sa mission avec la volonté de gagner et de vaincre et si nécessaire au péril de sa vie²²⁹ »

« La mission est sacrée, tu l'exécutes jusqu'au bout, à tout prix²³⁰ ».

²²⁷ Pour illustration, voir « *Temps d'activité des Gendarmes et soldats, le gouvernement en infraction* », GendXXI, 3 février 2015, www.gendxxi.org. L'association indique dans un courrier adressé au ministre l'illégalité d'une instruction sur le temps de travail (instruction 1000) et l'appelle à remédier à cette situation avant d'être contrainte d'engager des procédures judiciaires.

²²⁸ Extrait du discours du chef des armées du 18 octobre 2017 à l'Élysée aux forces de la sécurité intérieure.

²²⁹ Article 2 du code du soldat.

²³⁰ Article 6 du code du légionnaire.

Le qualificatif « chair à canon » qui était donné aux soldats peu qualifiés, mal formés et équipés, prêts à être sacrifiés sous le feu ennemi, n'a plus de sens à notre époque. *A fortiori*, depuis la professionnalisation des armées, les soldats doivent être en mesure d'accomplir leur mission en contenant et en maîtrisant le plus que possible les risques inhérents à la dangerosité de leur mission. Aussi, l'esprit de sacrifice exigé dans le statut général ne s'entend pas comme la nécessité pour les soldats d'aller sciemment vers une mort certaine mais signifie simplement que le péril est une composante de la mission et qu'ainsi son accomplissement exclut tout droit de retrait fondé sur la dangerosité.

L'affaire d'Uzbin en est la parfaite illustration. Il était question de savoir si une responsabilité de l'État pouvait être engagée du fait de l'organisation de l'opération militaire ayant coûté la vie à 10 militaires français²³¹ et blessé 21 autres le 18 août 2008. En novembre 2009, des membres de la famille de ces militaires déposèrent plainte auprès du procureur de la République près le tribunal aux armées de Paris. Cette plainte visait des militaires non dénommés relevant des fautes commises dans la préparation et l'exécution de la mission. Les allégations de faute reposaient sur le livre de Monsieur Frédéric PONS²³². Selon les plaignants, la zone concernée aurait présentée une dangerosité avérée par la présence de Talibans ; l'état-major aurait d'ailleurs eu connaissance de la préparation d'une opération par les insurgés. En outre, la mission tragique de reconnaissance effectuée par les militaires français aurait été insuffisamment préparée puisqu'aucune reconnaissance aérienne préalable n'avait été réalisée et que le matériel²³³ et les moyens auraient été limités²³⁴, voire insuffisants. Par ailleurs, il aurait été signalé préalablement à la mission le comportement suspect d'un interprète afghan ayant passé un appel téléphonique alors que cela était strictement proscrit. Pour finir, l'encadrement aurait été principalement sollicité par une

²³¹ Trois sous-officiers et cinq soldats du 8^e régiment de parachutistes de l'infanterie de marine (RPIMa) de Castres et un sous-officier du 2^e régiment étranger parachutiste (REP) de Calvi. Un dixième militaire français a péri lors d'un accident de véhicule blindé, alors qu'il se rendait sur les lieux du combat.

²³² « *Opérations extérieures. Les volontaires du 8^e RPIMa. Liban 1978 – Afghanistan 2009* », PONS Frédéric, Juin 2009, Presse de la cité.

²³³ Munitions insuffisantes, faiblesse des moyens de radio.

²³⁴ Aussi bien les moyens d'appui en artillerie que les moyens d'appui aérien.

mission d'un tout autre genre : la visite d'une autorité étrangère²³⁵. En conclusion, les plaignants en déduisirent des manquements graves de la hiérarchie militaire.

Par décision de février 2010, le procureur de la République près le tribunal aux armées de Paris classa sans suite la plainte déposée. Mais les ayant-droits des militaires décédés se constituèrent partie civile auprès du juge d'instruction du tribunal des armées de Paris des chefs de mise en danger de la vie d'autrui et non empêchement d'un crime ou d'un délit. En mars 2011, par ordonnance, le juge d'instruction donna lieu à informer du chef d'homicide involontaire. Le parquet interjeta appel de ladite ordonnance ; laquelle fut confirmée par arrêt de la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris le 30 janvier 2012. Le procureur général forma enfin un pourvoi en cassation mais, dans un arrêt de 10 mai 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta le pourvoi²³⁶. La Haute Cour judiciaire précisa en effet que, d'une part, la juridiction spécialisée de Paris²³⁷ avait compétence sans aucune restriction pour connaître des infractions commises hors du territoire de la République par des militaires des forces armées ou à leur rencontre ; aucune fin de non-recevoir ne pouvant être opposée à la mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée mentionnée aux articles 85 et suivants du Code de procédure pénale²³⁸. D'autre part, alors que le moyen du ministère public consistait à prétendre qu'il n'y avait pas lieu à informer en raison de l'impossible qualification pénale des circonstances de la mort des soldats compte tenu de l'absence de relation de causalité entre l'organisation de la mission et ces décès, les juges de cassation relevèrent toutefois qu'il ressortait des faits démontrés qu'il avait pu y avoir une maladresse, une imprudence, une inattention, une négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ayant causé directement ou indirectement la mort de militaires français. En outre, ils rappelèrent qu'il n'existe aucune exonération de principe pour les actes involontaires réalisés par des militaires pendant des opérations en temps de paix ; l'article L 4111-1 du Code de la défense ne pouvant être compris en ce sens.

²³⁵ Visite d'un général de l'armée américaine.

²³⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 mai 2012 : pourvoi n°12-81.197 ; « *Recevabilité de l'action des familles de soldats français tués en Afghanistan* », Dalloz actualité, 22 mai 2012, note LAVRIC.

²³⁷ Anciennement le Tribunal aux armées de Paris.

²³⁸ Relatifs au dépôt de plainte avec constitution de partie civile.

Autrement dit, la hiérarchie militaire pouvait être tenue pour responsable des violations à une obligation de sécurité et de prudence quand bien même les militaires seraient tenus d'adopter un esprit de sacrifice pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême.

Pour mieux comprendre cette position inédite de la chambre criminelle de la Cour de cassation, nous rencontrons en 2012 Maître GILBERT COLLARD, avocat des parties civiles, pour recueillir ses observations. En substance, il nous précisait au cours de cet entretien que la hiérarchie militaire devait nécessairement porter une responsabilité sur l'organisation de la mission. Il catégorisait les missions en deux catégories selon leur urgence. En premier lieu, les missions dont l'urgence est omniprésente : leur organisation et mise en œuvre s'inscrivant dans des contraintes de délais, des défaillances pouvaient être plus « acceptables ». En second lieu, les missions bien moins urgentes, tel que c'était le cas -selon lui- pour la mission de reconnaissance exécutée par les militaires pris en embuscade : l'organisation ne devait souffrir d'aucune approximation, quitte - le cas échéant- à la reporter. Et d'en conclure que compte tenu de l'ensemble des défaillances qui existait en amont de la mission et qui était connu (voir causé) par la hiérarchie militaire, cette dernière aurait dû prudemment reporter la mission.

Mais, bien que nous reconnaissons également que les défaillances présentes dans l'organisation des missions doivent pouvoir être opposées à la hiérarchie militaire qui en est l'auteure, nous ne pensons pas qu'il soit pertinent de discriminer les missions en opérations extérieures selon qu'elles soient urgentes ou non. À notre avis, en opérations extérieures, *a fortiori* en Afghanistan à cette époque, toutes les missions sont nécessairement urgentes. La mission étant « sacrée », il n'existe pas de « petite mission ». Quel que soit leur importance ou leur degré d'urgence, toutes les missions doivent être accomplies. Une mission de reconnaissance revêt tout autant d'urgence que n'importe quelle autre mission, de sorte que l'organisation doit en être aussi minutieuse et méticuleuse que possible.

La sécurité des soldats en mission est d'autant plus exigée depuis la professionnalisation des armées. Aussi, en réaffirmant que les actes accomplis en opérations extérieures ne bénéficiaient d'aucune exonération de principe, s'agissant des responsabilités consécutives aux maladresses, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi et le règlement, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme que la professionnalisation de l'Armée a également eu pour conséquence des exigences bien supérieures à celles commandées à l'Armée de conscrits.

Néanmoins, le législateur est intervenu le 18 décembre 2013, d'une part, pour permettre au seul Procureur de la République la mise en mouvement de l'action publique si les faits ont été commis

par un militaire « 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 mer²³⁹ », d'autre part, pour encadrer les éventuelles mises en cause de militaires en opérations extérieures qui auraient accompli des infractions involontaires²⁴⁰.

§ 2 - Une préparation rigoureuse

Si vis pacem, para bellum

Le service des armes ne peut souffrir d'approximations ou d'hésitations. Il nécessite impérativement que les soldats soient formés, qu'ils se préparent à mettre en œuvre ce qu'ils ont appris et qu'ils s'entraînent régulièrement pour conserver leurs aptitudes. Mais, bien au-delà du seul métier des armes, ces exigences s'imposent à tous les militaires, qu'ils occupent ou non des fonctions éminemment opérationnelles puisque, en tout état de cause, même en occupant un poste administratif, un militaire peut être amené à exercer ses fonctions en opérations extérieures²⁴¹.

Le maintien des aptitudes professionnelles des militaires est exigé statutairement. En effet, l'article D4137-1 du Code de la défense prévoit que tout militaire a pour obligation de « *s'instruire pour tenir son poste avec compétence* », « *s'entraîner en vue d'être efficace dans l'action* » et « *se préparer physiquement et moralement au combat* ». Dès lors, la condition militaire consacre une place prépondérante à la formation et aux entraînements (A) ainsi qu'à la préparation physique et mentale des soldats (B).

²³⁹ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -B -2 -b -i -La mise en mouvement de l'action publique pour des infractions commises en opérations à l'extérieur du territoire national.

²⁴⁰ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -A -2 -Un usage particulier en opérations extérieures.

²⁴¹ De nombreuses fonctions du soutien sont primordiales pour qu'une opération soit possible. Même en opération, les soldats doivent pouvoir se restaurer, s'habiller ou s'équiper.

A - Une formation et un entraînement permanents

Chaque militaire reçoit des formations destinées à lui permettre d'exercer ses premières fonctions, à approfondir une spécialité ou mettre en œuvre un matériel, voire à accéder à un grade supérieur ou un niveau fonctionnel différent. L'action de formation est alors primordiale puisqu'elle conditionne l'efficacité opérationnelle des soldats. Entre 2014 et 2015, les actions de formation ont d'ailleurs augmenté de +27,9%²⁴².

S'agissant de la préparation et l'entraînement, le président de la République François HOLLANDE avait clairement exprimé la volonté de disposer de « forces bien entraînées » en prévoyant une « préparation des plans opérationnels d'intervention ». Aussi, le contrat opérationnel défini par le livre blanc de 2013 prévoit que les « armées devront être (...) entraînées pour remplir leurs missions de protection, de dissuasion et d'intervention à l'extérieur du territoire national²⁴³ ». Il s'agit notamment des exercices et manœuvres militaires qui peuvent se dérouler sur le territoire français²⁴⁴ ou à l'extérieur, parfois avec des armées étrangères alliées²⁴⁵.

B - La nécessité d'une bonne condition physique et mentale

S'agissant des conditions physique et mentale, la condition militaire impose un niveau de santé générale suffisant pour exercer les fonctions. Aussi, la pratique sportive occupe une place essentielle, voire cruciale, au sein de l'institution militaire. D'ailleurs, la condition physique est contrôlée à la fois par des examens médicaux (1) et des épreuves sportives (2). En outre, une excellente condition physique et mentale nécessite un comportement irréprochable (3).

1 - Une évaluation par des examens médicaux récurrents

L'aptitude physique et mentale des militaires et des candidats à l'admission est contrôlée à l'occasion du recrutement et au cours des visites médicales périodiques. Elle est définie sous forme d'un profil médical composé de sept sigles « SIGYCOP ».

²⁴² « Bilan social 2015 », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective, p.101.

²⁴³ Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale, 2013, p.88.

²⁴⁴ Notamment au camp de Canjuers qui, avec ses 35 000 ha de terrain et ses 14 ha de camp bâti, est le plus grand champ de tir d'Europe occidentale.

²⁴⁵ Citons à titre d'illustration les entraînements Franco-Égyptiens « Cléopâtre 2017 » réalisés dans les eaux territoriales égyptiennes en juillet 2017. « Méditerranée: manoeuvres conjointes entre la France et l'Égypte », *Le Figaro*, Flash Actu, 10 juillet 2017, www.lefigaro.fr.

S : à la ceinture scapulaire et aux membres supérieurs.

I : à la ceinture pelvienne et aux membres inférieurs.

G : à l'état général.

Y : aux yeux et à la vision (sens chromatique exclu).

C : au sens chromatique.

O : aux oreilles et à l'audition.

P : au psychisme.

Le médecin-expert détermine un coefficient pour chaque sigle afin d'évaluer l'aptitude du militaire ou candidat à l'admission. En deçà des prérequis, le militaire pourra perdre son aptitude²⁴⁶. À titre d'exemple, l'instruction relative aux normes médicales d'aptitude applicables au personnel militaire de l'armée de Terre du 26 juin 2013²⁴⁷ fixe les prérequis *minima* généraux pour chaque catégorie de militaires et précise, plus particulièrement, des prérequis plus restrictifs selon les spécialités : aussi un instructeur de combat devra avoir un coefficient de 1 aux sigles « S » et « I » alors qu'il peut être simplement que de 3 pour un opérateur système d'information et de communication et électromécanicien.

2 - Une évaluation par des épreuves sportives

Elles sont organisées à la fois au recrutement et périodiquement, tout au long de l'engagement des militaires. À titre d'exemple, chaque année dans l'armée de Terre, les militaires doivent se soumettre à un « contrôle de la condition physique du militaire ». Ces tests sont définis par une instruction du 13 novembre 2009²⁴⁸, laquelle distingue le contrôle de la condition physique

²⁴⁶ Ou le candidat à l'admission refuser son recrutement / intégration.

²⁴⁷ Instruction n° 812/DEF/RH-AT/PRH/LEG relative aux normes médicales d'aptitude applicables au personnel militaire de l'armée de terre, 26 juin 2013.

²⁴⁸ Instruction n° 1570/DEF/EMAT/ES/B.EMP/OUT/33 relative au contrôle de la condition physique du militaire pour l'armée de terre, 13 novembre 2009.

générale, commune à tous les militaires, du contrôle de la condition physique spécifique, destiné particulièrement aux militaires exerçant des fonctions éminemment opérationnelles. Ces tests sont essentiels puisque la notation en tiendra compte au titre de l'évaluation de l'aptitude physique du militaire, tel que le précise l'article R4135-1 du Code de la défense.

3 - Un comportement compatible avec les exigences physiques et mentales

La condition physique ainsi que la santé physique et mentale des militaires doivent satisfaire aux exigences déterminées d'aptitude. L'article L4132-1 3° du Code de la défense précise, en effet, que « *nul ne peut être militaire (...) s'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction* ». Cela signifie également qu'un militaire ne doit pas adopter un comportement de nature à le rendre inapte au service. Tel sera le cas de l'usage de stupéfiants ou d'alcool²⁴⁹ qui serait relevé lors de dépistage²⁵⁰. Tel sera également le cas lorsqu'un militaire refusera délibérément de se faire vacciner en dépit de l'obligation prévue à l'article D4122-12 du Code de la défense²⁵¹ ou même lorsqu'un militaire ne se sera pas soumis à l'épreuve annuelle de contrôle lui permettant de valider son brevet militaire de pilote²⁵².

Conclusion de la section 2

Des sujétions décrites par l'article L4111-1 du Code de la défense, la disponibilité et le sacrifice sont celles qui distinguent nettement les militaires des autres fonctionnaires et agents publics. Aussi, sont-ils appelés à servir en tout lieu et en tout temps, jusqu'au sacrifice suprême. Cela ne

²⁴⁹ De manière immodérée et/ou addictive.

²⁵⁰ Voir à titre d'exemple l'arrêté du 12 septembre 2016 *fixant les conditions physiques et médicales d'aptitude exigées des personnels militaires de la gendarmerie nationale et des candidats à l'admission en gendarmerie*, articles 3 et 4.

²⁵¹ Cour administrative de Bordeaux, 28 novembre 2016, *Mme B* : req. n°14BX03559, Inédit au Recueil Lebon. En l'espèce, un gendarme refusait de se soumettre aux campagnes de vaccinations obligatoires et s'était fait sanctionnée d'un blâme du ministre. La Cour administrative affirme que la sanction est fondée et précise que l'ordre donné au gendarme de se faire vacciner ne peut être considéré comme étant manifestement illégal puisque la vaccination vise à assurer le maintien en condition d'emploi opérationnelle des forces armées.

²⁵² Cour administrative de Lyon, 4 octobre 2016, *M. A. B* : req. n°14LY03031. En l'espèce, un officier placé en congé parental n'avait pas pu valider son brevet de pilote et fut rayé des personnels navigants de l'armée de l'Air. La Cour administrative confirme cette décision de radiation et précise que les qualifications civiles ne peuvent être équivalentes aux épreuves militaires.

signifie pas pour autant qu'ils soient « corvéables à merci » et de « la chair à canon ». En effet, sauf circonstances exceptionnelles, les militaires ne doivent pas être engagés au-delà de la durée maximale de travail prévue, notamment par l'Union européenne²⁵³ et ils doivent, surtout, observer un repos physiologique. Néanmoins, l'accroissement de la sollicitation de l'Armée sur le territoire national post-attentat ne participe pas à respecter ces obligations. En outre, une Armée professionnelle ne saurait tolérer que sous le prétexte de l'obligation de sacrifice, les missions et opérations ne soient pas « orchestrées » avec minutie et rigueur.

Par conséquent, la préparation et l'entraînement sont les composantes essentielles de l'activité des militaires. À ce titre, les militaires sont tenus de se maintenir dans une condition physique et mentale suffisante afin de satisfaire les aptitudes requises pour accomplir leur mission. Le contrôle de ces aptitudes se réalise notamment par des évaluations sportives et examens médicaux.

La préparation et l'entraînement sont d'autant plus essentiels que les missions des Armées vont principalement amener les militaires à « utiliser la violence légitime », laquelle ne peut laisser place à l'approximation.

Section 3 - « La capacité d'utiliser la force légitime »

« Un État est une communauté humaine qui revendique le monopole de l'usage légitime de la force physique sur un territoire donné. »²⁵⁴

La défense et la sécurité du territoire sont des fonctions régaliennes de l'État qui se sont affirmées « au fur et à mesure des développements de la res publica et leur montée en puissance a coïncidé avec l'affirmation de l'État sur le territoire national²⁵⁵ ». L'Armée française met en œuvre principalement les fonctions de défense et police et, dans le cadre de ses missions, elle est souvent amenée à recourir à la force. L'emploi de la force est d'ailleurs la caractéristique essentielle de l'Armée ; la défense de l'État, de sa sécurité et de ses intérêts a toujours nécessité des moyens

²⁵³ Directive 2003/88/CE du parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003 *concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail* (18.11.2003 L 299/9 Journal officiel de l'Union européenne).

²⁵⁴ Max Weber, « *le savant et le politique* », juillet 1919 : Plon, 1963.

²⁵⁵ Cycle de conférences du Conseil d'État 2013-2015 : Où va l'État ? Sixième conférence : « *l'État et les monopoles régaliens : défense, diplomatie, justice, police, fiscalité* ». Mercredi 9 juillet 2014 : document de synthèse des conférences : www.conseil-etat.fr.

coercitifs principalement axés sur la force. Néanmoins, dans un État de droit, le recours à la violence ne peut être légitime que s'il est légalement encadré; aussi, le législateur est intervenu maintes fois pour prendre en compte la spécificité des opérations militaires et permettre aux soldats d'engager des combats sans pour autant voir leur responsabilité pénale engagée(A) . En outre, compte tenu de la nature des missions accomplies par ces derniers, les règles de procédure pénale engagées à leur encontre comportent quelques spécificités (B).

A - Un engagement de la force strictement encadré

Les conditions du recours à la force par les militaires sont identiques à celles exigées d'autres agents publics pouvant également recourir à la force²⁵⁶ sur le territoire national (1). Et bien que durant de nombreuses années, la priorité des militaires a été d'être engagée en opérations extérieures, force est de constater qu'un redéploiement sur le territoire national s'est opéré, *a fortiori* au lendemain des attentats de « *Charlie Hebdo* » le 7 janvier 2015 et du « Bataclan » du 13 novembre 2015²⁵⁷ néanmoins, le Code de la défense prévoit le cas très spécifique de l'exercice de mesures de coercition, voire l'usage de la force armée, dans le cadre d'une mission à l'extérieur du territoire national (2).

1 - Un usage restreint aux conditions des faits justificatifs

Lorsqu'une infraction est constituée dans son ensemble, son auteur engage nécessairement sa responsabilité pénale. Néanmoins, il en irait différemment si ce dernier avait le droit, l'autorisation voire le devoir, de la commettre compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles l'infraction s'est réalisée. De la même manière, le recours à la force par les militaires doit s'inscrire dans ces hypothèses pour justifier la commission de l'infraction.

Ces hypothèses sont les faits justificatifs prévus aux articles 122-4 et suivants du Code pénal : l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime (a), d'une part ; l'état de nécessité et la légitime défense (b), d'autre part.

a - L'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime

La justification de l'emploi de la force par un militaire dans le cadre de sa mission peut résulter de l'ordre de la loi (i) et du commandement de l'autorité légitime (ii). L'article 122-4 du Code pénal

²⁵⁶ Tels que les policiers et les douaniers.

²⁵⁷ Nous précisons que nous englobons dans les attentats « du Bataclan » ceux perpétrés durant la « course mortifère » ainsi qu'au Stade de France.

prévoit, en effet, que ne peut être tenue pour responsable la personne qui accomplit soit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ; soit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

i - L'ordre de la loi

Outre les prérogatives de police judiciaire dont peuvent être investis les gendarmes²⁵⁸, l'acte prescrit ou autorisé correspondra généralement à l'arrestation flagrante d'un individu commettant un crime ou un délit tel que le prévoit l'article 73 du Code de procédure pénale. Néanmoins, la jurisprudence exige que les violences accomplies par l'agent interpellateur soient strictement nécessaires²⁵⁹ et proportionnées à la résistance opposée par l'auteur de l'infraction²⁶⁰.

L'acte prescrit ou autorisé pourra également être le déploiement de la force armée pour empêcher ou interrompre toute intrusion dans une zone de défense hautement sensible, conformément à l'article L4123-12 I du Code de la défense. Sauf circonstances particulières conditionnant l'utilisation de cette force armée²⁶¹, les articles R2363-5 et suivants du Code de la défense prévoient que le militaire chargé de la protection doit, avant d'utiliser son arme, procéder à trois sommations : « *Halte !* » ; « *halte ou je fais feu !* » ; « *dernière sommation, halte ou je fais feu* ». Puis, le même article précise qu'en toute hypothèse, il ne doit être fait usage que de la force armée absolument nécessaire ; ce qui renvoie également aux principes de nécessité et de proportionnalité de la légitime défense et de l'état de nécessité.

Outre les zones de défense hautement sensibles, la protection des installations militaires sur le territoire national peut également justifier l'usage des armes. À cet égard, l'article L2338-3 du Code de la défense prévoit un usage uniquement dans les conditions des alinéas 1° à 4° de l'article

²⁵⁸ Articles 16 à 19-1 pour les officiers de la police judiciaire et 20 à 21-2 pour les agents de police judiciaire.

²⁵⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 1er décembre 1955 : Bull. crim., n° 535. S'agissant d'un gendarme perpétrant des violences sans nécessité.

²⁶⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 13 avril 2005 : n°04-83.939 ; D.2005.2920. S'agissant d'un usage de la force disproportionné (arme à feu).

²⁶¹ Cela ne concerne que les sites identifiés « zones de défense hautement sensibles » tels que définis par les articles R2363-1 et suivants du Code de la défense.

L435-1 du Code de la sécurité intérieure²⁶² dans l'« *absolue nécessité et de manière strictement proportionnée* ».

ii - Le commandement de l'autorité légitime

Ce fait justificatif correspond à l'hypothèse d'un ordre donné à un subordonné par son supérieur hiérarchique. L'exécution de l'ordre devrait, en principe, exonérer l'exécutant de toute responsabilité. *A fortiori* dans l'Armée où le devoir d'obéissance constitue l'un des éléments principaux structurant la hiérarchie militaire puisque l'obéissance est la première obligation du subordonné²⁶³. Néanmoins, tel que le précise l'article 122-4 du Code pénal, le bénéfice de cette exemption est exclu lorsque l'exécutant accomplit un acte manifestement illégal. En outre, tel que nous le verrons par la suite, le subordonné doit même délibérément refuser d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur²⁶⁴. De ce fait, l'exécution d'un acte manifestement illégal engage nécessairement la responsabilité à la fois de celui qui l'a exigé et de celui qui l'a accompli²⁶⁵.

b - L'état de nécessité et la légitime défense

i - L'état de nécessité

L'article 122-7 du Code pénal prévoit une exonération de responsabilité pour celui qui, face à un danger actuel ou imminent, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien. L'état de nécessité ne requiert ainsi pas l'existence d'une attaque injuste à la différence de la légitime défense. Cette justification a été notamment invoquée dans le cas de l'usage d'une arme à feu par un policier alors qu'il appréhendait un individu armé en état d'excitation violente²⁶⁶. Néanmoins, en plus du caractère nécessaire de l'acte accompli, l'article 122-7 du Code pénal exige

²⁶² Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -A -1 -c - La création de règles d'usage des armes.

²⁶³ Partie 2- Titre 2- Chapitre 1- Une obligation d'obéissance strictement encadrée.

²⁶⁴ Partie 2- Titre 2- Chapitre 1- Section 1 - §2- Une désobéissance exigée vis-à-vis d'un ordre illicite

²⁶⁵ Pour illustration : Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2004, *Affaire des paillotes corses* : n° 03-81.763. S'agissant de l'incendie des « Paillotes » corses par des gendarmes sur ordre du Préfet. « *Affaire des paillotes : une preuve peut être illégale, mais pas l'ordre d'un préfet* », AJ Pénal 2004, p.451.

²⁶⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 18 novembre 2014 : n°13-88.001.

que les moyens employés soient proportionnés à la gravité de la menace. En somme, les mêmes caractéristiques que nous voyions précédemment²⁶⁷ et que nous retrouvons dans la légitime défense.

ii - La légitime défense

Prévue aux articles 122-4 et suivants du Code pénal, elle constitue le cadre principal dans l'usage de moyens coercitifs, *a fortiori* lorsque ces moyens ont consisté en l'utilisation d'armes²⁶⁸. D'ailleurs, jusqu'à la loi du 24 mars 2005²⁶⁹, la légitime défense était la seule disposition légale cadrant les interventions en opérations extérieures mais, tel que nous le verrons ultérieurement, elle n'était pas adaptée pour exonérer les militaires de leur responsabilité pénale lorsqu'ils faisaient usage de la force dans le cadre de leur mission²⁷⁰.

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 VIGIPIRATE²⁷¹. Néanmoins, elle s'est avérée inadaptée lors des attentats de Paris²⁷² et de Nice²⁷³. Dans un contexte de menace terroriste sur l'ensemble du territoire national, voire mondial, il était essentiel d'étendre la notion de légitime défense aux réalités du terrain et de permettre à l'ensemble des acteurs assurant la sécurité, notamment aux militaires de la mission SENTINELLE / VIGIPIRATE, de prévenir efficacement toute tentative d'attentats ou de « surattentats ».

²⁶⁷ Pour l'ordre de la loi.

²⁶⁸ Pas nécessairement d'armes à feu. Les militaires en mission Sentinelle / Vigipirate sont également équipés d'« aérosols anti-agression » et de bâtons de défense. Notons également que des techniques d'intervention opérationnelle rapprochée (TIOR) sont enseignées aux militaires pour pouvoir se défendre sans arme.

²⁶⁹ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires.

²⁷⁰ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -A -2 -Un usage particulier en opérations extérieures.

²⁷¹ Pour l'illustration d'agressions de militaires en patrouille lors d'une mission VIGIPIRATE : Cour de cassation, Chambre criminelle, 9 février 2010, Caporal-chef Laurent Y. : n°09-81.399, arrêt cité dans « *légitime défense* », BERNARDINI Roger, 2014 (actualisé en 2017), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, n°174. Notons qu'à l'époque des faits, les militaires qui patrouillaient étaient exclusivement équipés du fusil d'assaut et que les « règles d'engagement » excluait quasiment toute utilisation de l'arme à feu.

²⁷² 13 novembre 2015.

²⁷³ 14 juillet 2016.

À cette fin, en 2016, le législateur entreprit de créer un cas de légitime défense adapté aux caractéristiques des « tueries de masse » qui permettrait d'exonérer la responsabilité pénale des principaux agents et militaires chargés d'assurer la sécurité publique (policiers, gendarmes, douaniers et militaires déployés sur le territoire national). Aussi, la loi du 3 juin 2016 inséra dans le Code pénal un article 122-4-2²⁷⁴ précisant que « *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* ».

Néanmoins, cette première réforme n'était pas satisfaisante puisqu'il était tout d'abord reproché au législateur de ne pas permettre aux policiers de bénéficier des mêmes exemptions que celles prévues pour les gendarmes dans le Code de la défense. En effet, l'article L2338-3 ancien du Code de la défense prévoyait quatre cas dans lesquels les officiers et les sous-officiers de gendarmerie, en l'absence de l'autorité judiciaire et administrative, pouvaient déployer la force armée. L'article ne prévoyait pas expressément de restrictions sur la force engagée de sorte qu'il apparaissait que cette dernière pouvait être déployée indépendamment des conditions exigées en matière de légitime défense. Cependant, par un arrêt du 18 février 2003²⁷⁵, la chambre criminelle limitait la portée de cette disposition en précisant que l'usage de la force dans les cas définis doit être « absolument nécessaire ». En d'autres termes, la Haute juridiction judiciaire prévoyait une condition supplémentaire, celle de la nécessité absolue, qui se retrouve dans la légitime défense ; limitant ainsi l'étendue de l'article L2338-3 ancien du Code de la défense et alignant, *de facto*, les règles d'engagement de la force des gendarmes sur celles des policiers.

²⁷⁴ Article 51 de la 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*.

²⁷⁵ Cour de Cassation, chambre criminelle, 18 fév. 2003, *Gendarme Z.* : n°02-80.095 ; « *Le gendarme et le mort* », D.2003.1317, note DEFFERARD et DURTETTE.

Par ailleurs, le Premier ministre confia à l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ) la mission d'étudier les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée une évolution du droit actuel relatif à l'usage des armes par les forces de sécurité²⁷⁶. Il résulte du rapport de l'INHESJ, que conserver un régime distinct entre les policiers et les gendarmes sur l'usage des armes était très difficilement justifiable. Il convenait ainsi de redéfinir plus globalement l'usage des armes pour prévoir un dispositif d'ensemble incluant les forces de sécurité et y harmoniser les règles applicables.

c - La création de règles d'usage des armes

Début 2017, le législateur intervint une nouvelle fois afin de créer des « règles d'usage des armes » y insérant toutes les hypothèses justifiant l'usage des armes par les forces de sécurité²⁷⁷. Mais, alors que le projet de loi était en débat devant le Parlement, des députés contestèrent la pertinence des dispositions votées en 2016 et, notamment, le fait d'y associer les militaires déployés sur le territoire national autres que les gendarmes²⁷⁸. Finalement, l'article 1^{er} de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, crée dans le Code de la sécurité intérieure un chapitre V au titre III du livre IV intitulé « règles d'usage des armes » et ne mentionne plus expressément que les policiers et les gendarmes. Cinq hypothèses sont désormais prévues à l'article L435-1 du Code de la sécurité intérieure :

« 1° Lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ;

2° 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 ;

3° Lorsque, immédiatement après deux sommations adressées à haute voix, ils ne peuvent contraindre à s'arrêter, autrement que par l'usage des armes, des personnes qui cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et qui sont

²⁷⁶ Rapport de la mission relative au cadre légal de l'usage des armes par les forces de sécurité présidée par Mme Hélène CAZAUX-CHARLES, Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, novembre 2016.

²⁷⁷ Notamment le dispositif préalablement institué par la création de l'article 122-4-2 du Code pénal.

²⁷⁸ Compte-rendu intégral de la 2^{ème} séance du mercredi 2 mars 2016, discussion des articles : article 19 : Assemblée nationale XIV^e législature, session ordinaire de 2015-2016.

susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ;

4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser, autrement que par l'usage des armes, des véhicules, embarcations ou autres moyens de transport, dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt et dont les occupants sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ;

5° Dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont ils disposent au moment où ils font usage de leurs armes. »

Néanmoins, bien que les « *militaires déployés sur le territoire national* » ne soient plus expressément mentionnés à l'article L435-1 du Code de la sécurité intérieure, il convient de préciser que l'article L2338-3 du Code de la défense prévoit dans son second alinéa que « *les militaires déployés sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du présent code peuvent faire usage de leurs armes et immobiliser les moyens de transport dans les mêmes conditions* » que les militaires de la Gendarmerie nationale dans les conditions prévues à l'article L435-1 du Code de la sécurité intérieure. Dès lors, les militaires réquisitionnés²⁷⁹, notamment pour l'opération SENTINELLE, qui patrouillent sur le territoire national, sont autorisés à utiliser leur arme dans les conditions légalement définies²⁸⁰, à l'instar des gendarmes et/ou des policiers. Ces derniers peuvent également immobiliser les moyens de transport dans les mêmes conditions exigées des gendarmes, c'est-à-dire, lorsque le conducteur ne s'arrête pas après sommations, si - en cas de crime ou de flagrant délit - l'immobilisation du véhicule devient nécessaire eu égard au comportement du conducteur, ou bien si le comportement de ce dernier ou de ses passagers est de nature à mettre en danger la vie d'autrui ou d'eux-mêmes.

²⁷⁹ Article L1321-1 du Code de la défense.

²⁸⁰ L'article L1321-3 du Code de la défense prévoit à cet effet que « *les conditions d'usage des armes à feu pour le maintien de l'ordre public sont définies à l'article 431-3 du code pénal et à l'article L. 211-9 du code de la sécurité intérieure* ».

Les cinq hypothèses définies dans l'article 435-1 du Code de la sécurité intérieure relèvent à la fois de la légitime défense et de l'état de nécessité. Les forces de sécurité, qu'il s'agisse des policiers, des gendarmes ou des militaires réquisitionnés, doivent faire « *un usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée* ». Qui plus est, outre l'exigence qu'ils soient dans l'exercice de leur fonction, leur qualité ne doit pas faire de doute puisque l'article exige qu'ils soient revêtus de leur uniforme ou qu'ils portent des insignes extérieurs.

2 - Un usage particulier en opérations extérieures

En opérations extérieures, l'application du droit commun n'est pas adaptée aux réalités du terrain. En effet, les opérations militaires qui y sont menées sont de véritables opérations de guerre mais accomplies en temps de paix : « *faire la guerre sans être en guerre*²⁸¹ ».

Aussi, dans le cadre très particulier dans lequel se déroulent les opérations extérieures, les forces armées doivent pouvoir user de mesures coercitives dans des hypothèses n'étant pourtant pas prévues par le droit commun. En outre, l'engagement des soldats dans ce type d'opérations est nécessairement empreint de danger et d'urgence ce qui peut, bien malheureusement, favoriser la commission d'infractions involontaires.

a - En dehors des hypothèses d'état de nécessité et de légitime défense

Monsieur Renaud DENOIX DE SAINT MARC relevait dans son rapport à l'occasion de la révision du statut général du militaire en 2004²⁸² que « *le cadre juridique de l'emploi de la force en opérations extérieures est devenu mal adapté à la diversité des situations et aux nouvelles tâches auxquelles sont confrontés les militaires qui participent à ces interventions. N'étant pas précédées d'une déclaration de guerre par le Parlement, elles n'entraînent pas nécessairement l'entrée en vigueur du droit des conflits armés, lequel justifierait l'usage de la force* ». Jusqu'alors, l'emploi de la force ne devait pas excéder les limites posées par la Code pénal et, plus particulièrement, les

²⁸¹ Rapport n°50 « *sur le 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* », Monsieur Jean-Louis CARRÈRE, Sénat, 8 octobre 2013, p.111.

²⁸² Rapport de la commission de révision du statut général des militaires, Monsieur Renaud DENOIX DE SAINT MARC, 29 octobre 2003, p.18.

dispositions relatives à la légitime défense et à l'état de nécessité. Or, ces règles étaient « *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* ¹⁵⁶ ».

Il proposait alors d'édicter des dispositions législatives conférant aux opérations extérieures un cadre juridique en rapport avec les conditions effectives d'emploi des armées. L'article 17 de la loi 2005-270 du 24 mars 2005²⁸³ portant statut général des militaires créa un tel dispositif prévoyant que « *n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission* ».

Cette formulation exempte de responsabilité les militaires faisant usage de la force²⁸⁴ dans l'accomplissement d'une opération à l'extérieur du territoire national, sans qu'il soit expressément fait référence aux conditions relatives à la légitime défense ou l'état de nécessité. Néanmoins, cette disposition impose le respect des règles du droit international et, en l'occurrence, le droit des conflits armés, lequel est régi par 4 grands principes : l'humanité, la nécessité, la distinction et la proportionnalité²⁸⁵.

Lors du projet de loi de programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, cette disposition a été débattue compte tenu de l'évolution des opérations militaires. En effet, la rédaction initiale de l'article 17 de la loi du 24 mars 2005 ne faisait référence qu'aux seules opérations militaires à l'extérieur du territoire national. Outre le fait que la notion d'opérations extérieures ne soit pas clairement établie, elle n'est sûrement pas suffisamment dimensionnée pour englober l'intégralité des missions réalisées par l'Armée française à l'étranger. Il pourrait ainsi être considéré que les opérations extérieures ne correspondent exclusivement qu'à celles prévues par l'article 35 de la Constitution prévoyant l'information du Parlement, c'est-à-dire les interventions des forces armées à l'étranger excédant une durée supérieure à trois jours. Or, une telle interprétation exclurait des opérations plus

²⁸³ Devenu l'article L4123-12 II du Code de la défense.

²⁸⁴ Armée ou non armée.

²⁸⁵ « *Manuel de droit des conflits armés* », Direction des affaires juridiques/sous-direction du droit international et du droit européen/bureau du droit des conflits armés, édition 2012 : www.defense.gouv.fr.

ponctuelles telles que la libération d'otages ou l'évacuation de ressortissants. De même, la notion d'opérations militaires ne peut englober les opérations de police qui sont pourtant menées par la Marine Nationale et la Gendarmerie Nationale en haute mer.

Par conséquent, la loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 modifia la rédaction de l'article L4123-12 II du Code de la Défense en y incluant les opérations de libération d'otages, d'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer, quels que soient leur objet, leur durée ou ampleur, aussi bien à l'extérieur de territoire national qu'en eaux territoriales françaises.

b - Difficiles conciliations avec les contraintes spécifiques des OPEX

Au-delà des actions volontaires réalisées en opérations extérieures, ce sont globalement les conditions dans lesquelles les soldats exécutent leur mission qui pourraient engager la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques qui organisent et commandent les opérations.

En effet, rappelons que l'article 121-3 du Code pénal prévoit qu'il n'y a « *point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Toutefois, l'article 1^{er} de la loi du 13 mai 1996²⁸⁶ modifie cet article 121-3 en ajoutant que, lorsque la loi le prévoit, des délits non-intentionnels peuvent être prononcés dans certaines hypothèses. Il s'agit de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, de l'imprudence, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements. À cet égard, l'article prévoit que l'infraction devra être appréciée *in concreto* au regard des diligences normales compte tenu de la nature des missions ou des fonctions, des compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont l'auteur des faits disposait.

Cette définition très extensive des infractions involontaires a progressivement fragilisé les fonctionnaires qui sont rarement directement à l'origine du dommage mais dont la décision a largement contribué à créer une situation dangereuse²⁸⁷. Ainsi, la loi du 10 juillet 2000 modifia une nouvelle fois l'article 121-3 du Code pénal en y insérant un quatrième alinéa qui limite la responsabilité pénale des personnes physiques ayant créé, contribué à créer ou n'ayant pas pris les mesures destinées à éviter la situation ayant permis la réalisation du dommage. En effet, ces

²⁸⁶ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 *relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence*.

²⁸⁷ Il peut également s'agir d'une décision implicite : Cour de cassation, chambre criminelle, 14 mars 1974, *incendie du dancing le 5/7* : n°73-92597 ; Bull. crim., n° 115 ; Gaz. Pal. 1974.1.417. S'agissant de la condamnation du Maire de Saint-Laurent-du-Pont qui n'a pas exercé son pouvoir de police administrative générale en s'assurant de la sécurité contre l'incendie du tragiquement célèbre dancing le 5/7.

dernières ne seront responsables pénalement que s'il est établi qu'elles aient, « *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* ».

Cette formulation a été transposée à la fois dans le statut général des fonctionnaires (article 11 bis A) et dans celui des militaires (article L4123-11 du Code de la défense). Néanmoins, elle est apparue insuffisante pour protéger les militaires souvent appelés à exercer leurs missions dans des conditions particulièrement difficiles et, surtout, face à un ennemi résolu à les blesser voire à les tuer. Tel que le relève très justement Monsieur Christophe BARTHÉLEMY il serait « *aberrant de reprocher à un chef militaire, dans des situations de combat ou même de préparation au combat, d'avoir délibérément mis en danger la personne d'un subordonné ou encore d'avoir créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou de n'avoir pas pris les mesures permettant de l'éviter en exposant des militaires à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer. C'est la négation de la guerre*²⁸⁸ ».

Ainsi, à l'occasion du projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019, la commission de la défense nationale et des forces armées proposa d'insérer dans l'article L4123-11 du Code de la défense un alinéa atténuant plus fortement la responsabilité pénale des militaires en examinant les diligences normales et en tenant compte de l'urgence, des informations dont disposaient les militaires au moment de leur intervention ainsi que des circonstances liées à l'action de combat. Une telle insertion dans le Code de la défense fait clairement écho à l'information ouverte par la juridiction d'instruction du tribunal de grande instance de Paris suite au décès tragique de 10 militaires Français en Afghanistan²⁸⁹. Néanmoins, la prise en compte de tous ces paramètres par le juge répressif ira-t-elle jusqu'à admettre que des opérations puissent être accomplies en « *mode dégradé*²⁹⁰ » ; c'est-à-dire la réalisation d'une mission quand bien même

²⁸⁸ « *La judiciarisation des opérations militaires : Thémis et Athéna* », BARTHÉLEMY Christophe, Édition l'Harmattan, janvier 2013.

²⁸⁹ Affaire dite de « l'embuscade d'Uzbin », cf. Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 1 -B -Un sacrifice n'exonérant pas le commandement de veiller à la sécurité des soldats.

²⁹⁰ Pour reprendre une expression typiquement militaire.

tous les facteurs ne seraient pas optimums ? Jusqu'à quel point la nécessité militaire excusera-t-elle certaines défaillances caractérisant, en temps normal, des infractions involontaires ?

C'est en ce sens qu'à notre avis, la « juridiciarisation²⁹¹ » est salutaire pour les actions militaires quelles qu'elles soient²⁹². Pour reprendre les termes de Messieurs Jacques BAILLET et Ghislain POISSONNIER, « *le concept de judiciarisation du champ de bataille n'est qu'un épouvantail dépourvu de réalité*²⁹³ ».

En effet, d'une part, les opérations armées menées par la France, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national, ont nécessairement un cadre juridique bien déterminé. Aussi, s'agissant des conflits armés internationaux ou non internationaux²⁹⁴, des normes s'imposent tout de même aux belligérants : *a minima*, les principes énoncés dans la clause *Martens*, lesquels se retrouvent également dans notre droit national. Dès lors rien ne justifie de faire échapper les opérations extérieures au contrôle du juge répressif français.

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des

²⁹¹ Précisons que le terme « juridiciarisation » est un terme que nous n'apprécions pas du fait qu'il sous-entend que la faculté du juge répressif de pouvoir connaître des actes accomplis sur les théâtres d'opérations serait une dérive, voire un abus de droit. Or, à notre sens, dans une armée professionnelle intervenant dans un cadre juridique internationalement et nationalement bien défini, la compétence du juge répressif n'est pas contestable. Bien au contraire, c'est bien son éviction qui serait abusive.

²⁹² En opérations extérieures, intérieures, missions...

²⁹³ « *Embuscade d'Uzbin : saisine du juge d'instruction par les parties civiles* », BAILLET Jacques et POISSONNIER Ghislain, Recueil Dalloz 2012 p.2151.

²⁹⁴ La typologie des conflits armés étant fluctuante. C'est d'ailleurs le cas de l'engagement en Afghanistan qui, au départ était un conflit armé international et s'est progressivement transformé en conflit armé non international.

*gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique*²⁹⁵. »

D'autre part, la compétence des juridictions françaises pour connaître des infractions involontaires qui seraient nées sur les théâtres d'opération ne risquerait pas de paralyser l'action militaire comme cela a pu être souvent « prophétisé ». Pour reprendre la formule pertinente de Messieurs Jacques BAILLET et Ghislain POISSONNIER, eux-mêmes magistrats, le juge « *n'est ni médecin, ni architecte ou chef d'entreprise, mais, en cas de litige, il lui incombe de s'assurer que ces " techniciens " ont respecté les règles propres à leur activité et de sanctionner d'éventuelles fautes pénales, comme il le fait pour toutes les professions*²⁹⁶ ». L'action militaire ne serait pas paralysée mais certainement menée avec une rigueur et une prudence supplémentaires.

Au total, pour reprendre l'allusion mythologique de Monsieur Christophe BARTHÉLEMY, l'Olympe a fort intérêt que les deux demi-sœurs, Athéna et Thémis, travaillent de concert.

B - Une justice pénale spécifique en cas de mise en cause

Un droit pénal militaire autonome apparaît dès le XIV^{ème} siècle et son existence ainsi que son autonomie ont été progressivement confirmées, en particulier sous la Révolution et les deux empires. Cependant, les différentes réformes législatives intervenues durant le XX^{ème} siècle²⁹⁷ et encore récemment²⁹⁸ se sont efforcées de rapprocher justice pénale militaire et celle de droit commun. Néanmoins, ces différentes réformes, bien qu'elles réduisissent le champ d'une justice d'exception, n'aboutirent pas pour autant à remettre en cause le principe même de la spécificité de la justice militaire (1). Spécificité qui est, d'ailleurs, présente dans de nombreuses législations étrangères²⁹⁹. Le Code de justice militaire prévoit ainsi des infractions spécifiquement militaires et organise une procédure particulière pour les juger (2).

²⁹⁵ Cette clause inspirée par le délégué russe Frederic FROMHOLD MARTENS à la conférence de La Haye de 1899 a été insérée, du moins dans son principe, dans des traités internationaux et constitue un fondement du droit dans la guerre.

²⁹⁶ BAILLET Jacques et POISSONNIER Ghislain, op. cit..

²⁹⁷ Le premier code de justice pénale militaire unique pour l'ensemble des armées est promulgué en 1965.

²⁹⁸ La loi de programmation militaire 2014-2019 ainsi que sa réactualisation en 2015 visent à modifier quelques dispositions du Code de justice militaire.

²⁹⁹ Voir en particulier « *la justice militaire* », les documents de travail du Sénat, série législations comparées, LC n° 83, décembre 2000 : www.senat.fr.

1 - Des infractions spécifiquement militaires

Eu égard au contexte bien particulier dans lequel s'inscrivent les missions de l'Armée, certains comportements pouvant les compromettre doivent être proscrits. Ainsi, outre les sanctions disciplinaires, le législateur a « infractionnalisé » certains actes entravant l'exécution de la mission. Nous regroupons dans ces infractions militaires trois types d'infractions : les infractions d'ordre militaire (a), les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (b) et les infractions de droit commun commises par des militaires dans l'exercice du service (c).

a - Les infractions d'ordre militaire

Le titre 2 du livre 3 du Code de justice militaire est consacré aux infractions d'ordre militaire. Ces infractions sanctionnent des comportements fautifs de militaires intéressant leur manière de servir. Il s'agit des infractions tendant à soustraire leur auteur de ses obligations militaires (i) ; des infractions contre l'honneur ou le devoir (ii) et des infractions contre la discipline (iii).

i - Les infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires

Le Code de justice militaire prévoit trois infractions pour ce type de comportement : l'insoumission³⁰⁰, la mutilation volontaire³⁰¹ et la désertion³⁰².

L'insoumission est définie comme « *le fait pour un individu de se soustraire à ses obligations militaires au moment d'être incorporé dans une formation militaire ou de défense en ne rejoignant pas son poste d'affectation dans le délai fixé* ³⁰³ ». Bien que cette infraction fût auparavant « *le pain quotidien des tribunaux permanents des forces armées*³⁰⁴ », elle n'est aujourd'hui devenue qu'anecdotique en raison, d'une part, de la création du service d'objecteur de conscience dans le

³⁰⁰ Article L321-1 du Code de justice militaire.

³⁰¹ Article L321-22 à 24 du Code de justice militaire.

³⁰² Article L321-2 à 16 du Code de justice militaire.

³⁰³ « *Infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires* », SALVAGE Philippe et CONTE Philippe: JURISCLASSEUR, fascicule 20 – Armée, 23 juin 2014, p.5.

³⁰⁴ Pour reprendre les termes de Messieurs Philippe SALVAGE et Philippe CONTE, op. cit..

Code du service national³⁰⁵ ; d'autre part et surtout, de la suspension de l'appel sous les drapeaux par la loi n°97-1019 du 28 octobre 1997³⁰⁶. Néanmoins, cette infraction n'est pas totalement désuète puisque, outre le fait que la suspension de l'appel sous les drapeaux puisse toujours être levée, l'article L4271-1 du Code de la défense caractérise en acte d'insoumission passible des peines prévues à l'article L321-1 du Code de justice militaire le fait pour une personne appelée ou maintenue à l'activité dans le cadre du recours au service de sécurité nationale³⁰⁷ ou à la disponibilité des militaires de la réserve opérationnelle³⁰⁸ de ne pas se présenter à la destination et dans les délais fixés. Certes, vu les conditions nécessaires pour faire procéder à de telles mobilisations, l'infraction d'insoumission n'aura certainement pas la même récurrence devant les juridictions militaires qu'elle l'avait d'antan.

Dans le même esprit, l'infraction de mutilation volontaire est devenue tout aussi marginale depuis la suspension du service militaire. Cette infraction ne concernait à l'origine que les appelés avant leur incorporation. Néanmoins, après les atrocités perpétrées durant la première guerre mondiale, les mutilations volontaires s'étaient multipliées au sein des militaires incorporés de sorte qu'une infraction fut spécialement créée pour sanctionner de tels faits au sein de chaque armée³⁰⁹. La mutilation la plus connue était la fameuse amputation du doigt de la main afin de ne plus pouvoir manier une arme ; une telle pratique remonterait d'ailleurs à l'Antiquité romaine où les réfractaires se coupaient le pouce pour se rendre inhabile à manier le pilum ou l'épée. Ils étaient alors nommés *pollex truncatus*, d'où serait venu le mot « poltron »³¹⁰. L'article L321-22 du Code de justice militaire ne définit pas pour autant de manière précise les actes incriminés ; il réprime de manière très générale « *le fait pour tout militaire de s'être rendu volontairement impropre au service, soit d'une*

³⁰⁵ Article L116-1 du Code du service national.

³⁰⁶ Article L112-2 du Code du service national.

³⁰⁷ Article L2151-3 du Code de la défense.

³⁰⁸ Article L4231-4 et L4231-5 du Code de la défense.

³⁰⁹ En 1928 dans le Code de justice militaire de l'Armée de Terre (article 231) ; en 1938 dans le Code de justice militaire pour l'armée de la mer (article 236) puis les dispositions furent reprises dans le Code de 1965 commun à toutes les armées.

³¹⁰ « *Dictionnaire de l'Armée de Terre ou recherches historiques sur l'art et les usages militaires des anciens et des modernes* », Général BARDIN, sous la direction du Général OUDINOT DE REGGIO, volume 6, p.3763, Paris : J. CORRÉARD, 1851.

manière temporaire, soit d'une manière permanente, dans le but de se soustraire à ses obligations militaires ».

La désertion est une infraction bien plus fréquente. Elle consiste, pour un militaire régulièrement incorporé, à se soustraire volontairement à ses obligations du service national. Le Code de justice militaire définit plusieurs types de désertions. D'une part, selon le lieu de la désertion (à l'intérieur ou à l'étranger), dans ces cas, un délai de grâce est prévu pour que le militaire puisse « rejoindre les rangs » sans qu'il soit considéré comme un déserteur³¹¹. D'autre part, selon que le déserteur ait rejoint une bande armée³¹², qu'il ait rejoint l'ennemi ou qu'il ait fuit devant lui³¹³. Le nombre de déserteurs est plus ou moins constant chaque année et s'élève à environ 2 000 militaires³¹⁴.

Pour ces trois infractions, le Code de justice militaire distingue selon qu'elles soient commises en temps de paix ou en temps de guerre ; prévoyant naturellement une peine plus sévère dans le second cas. En outre, au-delà des peines d'emprisonnement auxquelles s'expose l'auteur de telles infractions, il pourra également être frappé d'une interdiction totale ou partielle d'exercer ses droits civiques, civils et familiaux listés à l'article 131-26 du Code pénal.

ii - Les infractions contre l'honneur ou le devoir

Tels que le relèvent Messieurs Philippe SALVAGE et Philippe CONTE, « *l'honneur et le devoir sont plus des vertus que des obligations strictes juridiquement sanctionnées*³¹⁵ ». Pourtant, ces vertus sont bien statutairement exigées de chaque militaire puisque l'article D4122-1 1° b) du Code de la défense affirme, en effet, que « *le militaire doit se comporter avec honneur et dignité* ». Néanmoins,

³¹¹ Article L321-2 du Code de justice militaire pour la désertion à l'intérieur du territoire et L321-5 du même Code pour la désertion à l'étranger. Ce délai est toutefois exclu pour les militaires mis en route pour rejoindre une autre formation et ne s'y présente pas, ou bien le militaire absent au moment du départ du bâtiment qu'il devait rejoindre ou de l'aéronef à bord duquel il devait embarquer.

³¹² Article L321-12 du Code de justice militaire.

³¹³ Articles L321-13 et suivants du Code de justice militaire.

³¹⁴ 2283 militaires en 2010 (2188 venant de l'Armée de Terre, 51 de la Marine nationale et 44 de l'Armée de l'Air. 1990 militaires en 2011 (1902 venant de l'Armée de Terre, 46 de la Marine nationale et 42 de l'Armée de l'Air) : Question écrite n° 22312 de Monsieur le sénateur Jean Louis Masson, réponse du Ministère de la Défense publiée dans le JO Sénat du 17/05/2012, p.1239.

³¹⁵ « *Infractions contre l'honneur et le devoir* », SALVAGE Philippe et CONTE Philippe: JURISCLASSEUR, fascicule 30 – Armée, 5 août 2013, p.3.

le Code de la défense n'apporte pas plus de précision sur les notions d'honneur et de dignité. Des éléments de réponse se trouvent dans le Code de justice militaire puisque les dispositions relatives aux infractions contre l'honneur ou le devoir doivent nécessairement définir les éléments matériels prohibés. Ces actes correspondent à des actions immorales, contraires à la défense nationale, portant atteinte aux biens ainsi qu'à l'autorité et à l'éthique militaire. Sont ainsi sanctionnés la capitulation³¹⁶, le complot³¹⁷, le pillage³¹⁸, la destruction³¹⁹, les faux, les falsifications et détournements³²⁰, l'usurpation d'uniformes, de décorations, de signes distinctifs et d'emblèmes³²¹, l'outrage au drapeau ou à l'armée³²² et l'incitation à commettre des actes contraires au devoir ou à la discipline³²³.

iii - Les infractions contre la discipline

L'esprit de discipline étant l'un des principes fondamentaux caractérisant l'état militaire, il est normal que les comportements qui y porteraient atteinte soient sévèrement sanctionnés. Nous reviendrons d'ailleurs ultérieurement sur certaines de ces infractions lorsque nous traiterons de l'obligation d'obéissance³²⁴. Les infractions contre les disciplines visent à sanctionner deux types

³¹⁶ Les articles L322-1 et 2 du Code de la justice militaire sanctionnent le fait que la capitulation intervienne sans que tous les moyens n'aient été engagés et les actions entreprises. En d'autres termes, la capitulation n'est possible qu'en ultime recours.

³¹⁷ L'article L322-3 du Code de justice militaire précise que le complot doit être le fruit de deux ou plusieurs personnes.

³¹⁸ L'article L322-5 du Code de justice militaire sanctionne le pillage sur des « non-combattants » (blessé, naufragé, malade).

³¹⁹ Les articles L322-6 à 10 du Code de justice militaire les sanctionnent qu'elles aient été commises soit volontairement, soit par négligence. Notons que l'infraction concerne également les documents administratifs.

³²⁰ Les articles L322-11 à 14 du Code de justice militaire intéressent principalement les anomalies provoquées de manière malveillante dans la gestion notamment des deniers, denrées ou matériels. Il s'agit également des vols.

³²¹ L'uniforme étant « sacré » puisque, en plus du symbole qu'il représente, il affiche la place du soldat dans la hiérarchie. Ainsi, les articles 322-15 et 16 du Code de la justice militaire sanctionne le port frauduleux de la tenue.

³²² S'agissant de l'outrage au drapeau, rappelons que l'article 433-5-1 du Code pénal ne l'envisage que comme une contravention lorsque l'auteur le commet publiquement alors que l'article L322-17 du Code de justice des militaires le sanctionne comme un délit. S'agissant de l'outrage à l'Armée, l'infraction a été prononcée alors que des soldats chantaient « l'Internationale » dans un cantonnement : Tribunal militaire Paris, cassation, 7 mars 1940 : S. 1940, 2, p. 23.

³²³ L'article L322-18 du Code de justice militaire ne sanctionne que l'incitation alors que les articles suivants sanctionnent l'acte à proprement parler.

³²⁴ Partie 2/ Titre 2/ Chapitre 1 : une obligation d'obéissance strictement encadrée.

de comportements, l'un des subordonnés, l'autre des supérieurs hiérarchiques. D'une part, l'insubordination, qui se caractérise par le refus de se soumettre d'un subordonné. À ce titre, le Code de justice militaire sanctionne la révolte³²⁵, la rébellion³²⁶ et le refus d'obéissance³²⁷. Il sanctionne également les voies de fait et outrages envers des supérieurs³²⁸, les violences et insultes à sentinelle ou vedette³²⁹ ainsi que le refus d'un service dû légalement³³⁰. D'autre part, l'abus d'autorité, qui se caractérise par le fait d'un supérieur outrepassant ses prérogatives. À ce titre, sont sanctionnés les voies de faits et outrages à subordonné³³¹, les abus de droit de réquisition³³² et les constitutions illégales d'une juridiction répressive³³³.

Bien que le Code de justice militaire envisage les infractions aux consignes dans un chapitre distinct, nous estimons que ces dernières correspondent également à des infractions contre la discipline déflant l'obligation d'obéissance exigée statutairement. Les articles L322-1 à 11 du Code de justice militaire sanctionnent en effet les comportements visant à ne pas respecter les consignes données. Ces consignes sont entendues dans un sens très large puisqu'il peut s'agir de consignes générales données à la troupe, les missions confiées à tout militaire lorsqu'elles n'ont volontairement pas été remplies ou accomplies de manière négligente. Il peut également s'agir de l'abandon d'un poste ou d'un bâtiment ou même de l'omission de porter assistance à un navire en détresse.

b - Les atteintes aux intérêts de la Nation en temps de guerre

Les intérêts de la Nation sont définis à l'article 410-1 du Code pénal comme son indépendance, l'intégrité de son territoire, sa sécurité, la forme républicaine de ses institutions, les moyens de sa

³²⁵ Articles L323-1 à 3 du Code de justice militaire.

³²⁶ Articles L323-4 à 5 du Code de justice militaire.

³²⁷ Articles L323-6 à 8 du Code de justice militaire.

³²⁸ Articles L323-9 à 14 du Code de justice militaire.

³²⁹ Articles L323-15 à 16 du Code de justice militaire.

³³⁰ Articles L323-17 à 18 du Code de justice militaire.

³³¹ Articles L323-19 à 21 du Code de justice militaire.

³³² Article L323-22 du Code de justice militaire.

³³³ Article L323-23 du Code de justice militaire.

défense et de sa diplomatie, la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, l'équilibre de son milieu naturel, de son environnement, des éléments essentiels de son potentiel scientifique, économique et de son patrimoine culturel. Quant au temps de guerre, il répond à la survenance de trois situations : soit une déclaration de guerre telle que prévue à l'article 35 de la Constitution³³⁴ ; soit une décision du Gouvernement en application des mesures de mobilisation ou de mise en garde³³⁵ ; soit en cas d'état de siège ou d'état d'urgence³³⁶. La trahison et l'espionnage sont les deux atteintes qui viennent naturellement à l'esprit (i), néanmoins le Code de justice militaire liste d'autres comportements contraires aux intérêts de la Nation (ii).

i - La trahison et l'espionnage

Ces infractions se retrouvent à la fois dans le Code pénal et dans le Code de justice militaire. La différence est que le premier sanctionne les infractions commises en temps de paix alors que le second réprime les infractions commises en temps de guerre. Outre le fait que la juridiction compétente sera différente selon que l'infraction a été commise en temps de paix ou en temps de guerre³³⁷, la différence notable est que la sanction est souvent plus sévère dans le second cas.

En effet, les articles L331-1 à 3 du Code de justice militaire prévoient des peines de réclusion à perpétuité à la fois pour la trahison et l'espionnage alors que les dispositions de Code pénal organisent plus de nuances s'agissant de certains comportements. Certes, l'article 411-2 du Code pénal est tout aussi sévère en prévoyant une peine de détention criminelle à perpétuité et 750 000 euros d'amende pour le fait de livrer à une puissance étrangère soit des troupes appartenant aux forces françaises, soit tout ou partie du territoire national. Mais les peines sont moins importantes lorsque la trahison concerne des matériels, des constructions, équipements, installations, appareils

³³⁴ Autorisée par le Parlement.

³³⁵ Dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 *portant organisation générale de la défense*. Les dispositions applicables doivent être précisées par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de la défense.

³³⁶ Par décret en conseil des ministres, pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de la défense, peut établir des tribunaux territoriaux des forces armées dans les conditions prévues par le code de justice militaire.

³³⁷ Article 701 et 702 du Code de procédure pénale.

affectés à la défense nationale³³⁸ ; pour les faits d'intelligence avec des puissances étrangères³³⁹ ; ou de livraison d'informations à des puissances étrangères³⁴⁰.

ii - Les autres atteintes à la défense nationale

Tout comme les infractions de trahison et d'espionnage, les atteintes à la défense nationale sont sanctionnées par le Code pénal ou le Code de justice militaire selon que les infractions ont été commises en temps de paix ou de guerre. Et, en toute logique, les peines sont bien plus sévères en temps de guerre. Ainsi, les faits de provoquer des militaires à passer au service d'une puissance étrangère, de démoraliser une troupe, d'entraver les fonctionnement et mouvement normaux des matériel et personnel militaires en temps de guerre sont sanctionnés de la réclusion criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende³⁴¹. En temps de paix, ces peines sont portées entre cinq et dix années d'emprisonnement³⁴². En d'autres termes, en temps de guerre, ces comportements sont considérés comme des crimes alors qu'en temps de paix, ils ne sont que des délits.

Enfin, la spécificité des infractions portant atteinte aux intérêts de la Nation en temps de guerre est que les atteintes portées aux États alliés pourront également être sanctionnés. En effet, l'article L333-2 du Code de la justice précise que les infractions réprimant la trahison et l'espionnage³⁴³ ainsi que les autres atteintes à la défense nationale³⁴⁴ sanctionnent également les actes qui seraient commis au préjudice des puissances signataires du Traité de l'Atlantique Nord.

c - Des infractions mixtes

Outre les infractions spécifiquement militaires, la justice pénale militaire est également compétente pour connaître des infractions de droit commun commises par des militaires. L'article 697-1 du Code de procédure pénale dispose que les juridictions spécialisées en matière militaire

³³⁸ Article 411-3 du Code pénal : 30 ans de détention criminelle et 450 000 euros d'amende.

³³⁹ Articles 411-4 et 5 du Code pénal.

³⁴⁰ Article 411-6 à 8 du Code pénal.

³⁴¹ Article 332-1 du Code de justice militaire.

³⁴² Articles 413-1 à 4 du Code pénal.

³⁴³ Article L331-1 à 4 du Code de justice militaire.

³⁴⁴ Article L332-1 à 3 du Code de justice militaire.

« *connaissent des crimes et des délits commis sur le territoire de la République par les militaires dans l'exercice du service* ». L'expression « *exercice du service* » s'est volontairement substituée à l'expression antérieure d' « *exécution du service* ». En effet, le législateur de 2011³⁴⁵ souhaitait rompre avec les jurisprudences précédentes et étendre la compétence des juridictions spécialisées en matière militaire aux actes pénalement répréhensibles commis par le militaire alors même que ce dernier ne serait pas en cours d'exécution de sa mission mais se trouverait dans une situation liée à ses fonctions. Aussi, avec l'ancienne rédaction de l'article 697-1 du Code de procédure pénale, une infraction commise dans une emprise militaire et durant le service était sans incidence dans la détermination de la juridiction compétente³⁴⁶ s'il n'apparaissait pas qu'elle avait été commise dans le cadre de la mission.

Néanmoins, l'article 697-1 du Code de procédure pénale précise que lesdites juridictions ne seront pas compétentes pour « *connaître des infractions de droit commun commises par les militaires de la gendarmerie dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou à la police administrative* ».

Par ailleurs, la justice pénale militaire est aussi compétente pour connaître des crimes et des délits commis hors du territoire de la République par les membres des forces armées françaises ou à l'encontre de celles-ci dans les cas prévus au chapitre Ier du titre II du livre Ier du code de justice militaire.

Enfin, alors que les dispositions du Code de justice militaire ne s'appliquent qu'aux militaires visés aux articles L121-1 et suivants dudit Code, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu étendre la compétence des juridictions pénales statuant en matière militaire à des infractions portant atteinte à la défense nationale commises par des « *non militaires*³⁴⁷ ».

³⁴⁵ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, article 32.

³⁴⁶ Voir par exemple : Cour de cassation, chambre criminelle, 2 octobre 1987, n°87-80.858, bulletin criminel n°330, s'agissant de sévices sexuels auxquels s'étaient livrés des militaires à l'encontre d'un de leurs camarades à l'intérieur d'un établissement. Dans le même sens mais- à notre avis- bien plus contestable : Cour de cassation, chambre criminelle, 17 novembre 1993, n°93-83.320, bulletin criminel n°346, s'agissant d'un homicide involontaire d'un gendarme commis avec une arme de service par un autre gendarme alors qu'ils se trouvaient dans leur chambre de cantonnement.

³⁴⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 31 mars 2004, n° 01-87.493, bulletin criminel n°83, s'agissant de manifestants de la filière banane poursuivant exclusivement des objectifs catégoriels s'étaient introduits dans les bâtiments militaires d'une base navale.

2 - Des particularités dans la poursuite de militaires mis en cause

Il découle de la singularité des opérations menées par l'Armée que les actes qui y sont accomplis par les soldats ne peuvent être jugés de la même manière que s'agissant de tout autre justiciable. Cependant, les tribunaux d'exception ont progressivement disparu au profit des juridictions de droit commun statuant en matière militaire (a) dont la procédure, bien que principalement de droit commun, comporte encore des particularités destinées à permettre une « judiciarisation éclairée » des opérations militaires (b).

a - Des tribunaux d'exception vers des juridictions de droit commun statuant en matière militaire

Dès les travaux préparatoires de la loi du 21 juillet 1982³⁴⁸, les parlementaires exprimèrent leur défiance à l'égard des juridictions d'exception en précisant que « *la justice militaire va devenir justice ordinaire, les tribunaux permanents des forces armées seront abolis, les magistrats seront des magistrats civils et la procédure sera la procédure commune* ³⁴⁹».

Néanmoins, la loi de 1982 n'aboutit pas à remettre totalement en cause l'existence d'une justice militaire. Elle permit tout de même un rapprochement significatif entre la justice pénale militaire et les juridictions répressives de droit commun, tout d'abord, en prévoyant la suppression des tribunaux permanents des forces armées et du haut tribunal permanent des forces armées qui connaissaient les infractions commises en temps de paix. Ensuite, en transférant les compétences de ces tribunaux spéciaux aux juridictions de droit commun.

En revanche, s'agissant des infractions commises en dehors du territoire de la République et des infractions commises en tant de guerre, les juridictions spéciales militaires restaient maintenues.

Puis, la loi du 10 novembre 1999³⁵⁰ créa une juridiction unique en lieu et place du tribunal des forces armées stationnées en Allemagne et du tribunal des forces armées siégeant à Paris : le tribunal des armées de Paris. Ce dernier avait compétence pour connaître, en temps de paix, de l'ensemble des infractions commises par les membres des forces armées hors du territoire de la République, sous réserve des engagements internationaux.

³⁴⁸ 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*.

³⁴⁹ Journal officiel de l'Assemblée nationale, compte-rendu du 14 avril 1982, p 1124.

³⁵⁰ Loi n°99-929 du 10 novembre 1999 *portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale*.

Cependant, la loi du 13 décembre 2011, complétée par celle du 18 décembre 2013, intégra pleinement la justice militaire dans le dispositif de droit commun en supprimant le tribunal aux armées de Paris et en transférant les compétences qu'il exerçait auparavant aux juridictions ayant leur siège à Paris.

Par conséquent, ce sont désormais exclusivement des juridictions de droit commun qui ont la compétence pour juger, en temps de paix, les infractions militaires commises dans l'exercice du service sur le territoire national ou des crimes et des délits commis hors du territoire de la République par les membres des forces armées françaises ou à leur rencontre.

Bien que les procédures régissant la poursuite, l'instruction et le jugement soient de droit commun, il subsiste encore quelques spécificités.

b - Une procédure permettant la « judiciarisation éclairée » des opérations militaires

L'article 698 du Code de procédure pénale précise que les infractions de la compétence des juridictions compétentes en matière militaire en temps de paix sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du Code, sous réserve des dispositions particulières des articles 698-1 à 698-9 du même Code. Ces dispositions particulières ont attiré à la mise en mouvement de l'action publique pour des infractions commises en opérations extérieures (i) et à la consultation obligatoire du ministre de la Défense avant tout acte de poursuite dès qu'une responsabilité pénale d'un militaire est envisageable (ii). Ces spécificités procédurales ayant été jugées conformes à la Constitution (iii).

i - La mise en mouvement de l'action publique pour des infractions commises en opérations à l'extérieur du territoire national

Tel que nous l'évoquions précédemment, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 2012³⁵¹ a littéralement surpris l'opinion publique en autorisant que des poursuites pénales soient exercées par des personnes physiques à l'encontre de militaires pour des faits qualifiés de délits et commis

³⁵¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 mai 2012 : pourvoi n°12-81.197 ; « *Recevabilité de l'action des familles de soldats français tués en Afghanistan* », Dalloz actualité, 22 mai 2012, note LAVRIC.

hors du territoire de la République dans le cadre d'opérations extérieures. Les réactions de la doctrine ont été divisées, aussi bien dans le sens d'une réjouissance que l'autorité judiciaire puisse examiner les actions menées par les militaires engagés en opérations extérieures²⁹³, que dans le sens d'une défiance, faisant craindre une « judiciarisation des théâtres d'opérations extérieures ». C'est dans ce second sens que la commission de la Défense nationale et des forces armées de l'Assemblée Nationale orienta son rapport à l'occasion du projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019³⁵². Les rapporteuses y affirment que ce phénomène de judiciarisation a suscité l'inquiétude chez les plus hautes autorités politiques et militaires de l'État provoquant « *des interrogations et des inquiétudes légitimes sur les conditions de l'engagement de la responsabilité pénale des militaires en opérations extérieures* ». Pour illustration, les rapporteuses citent le chef de l'État qui avait déclaré que « *nos militaires, qui assurent la protection de la Nation méritent en retour que la Nation les protège, notamment d'une judiciarisation inutile de leur action*³⁵³ » ; ainsi que le ministre de la Défense qui avait également indiqué à la presse être très « *préoccupé par la judiciarisation des opérations militaires* ³⁵⁴».

Les rapporteuses en conclurent alors que « *l'incursion du juge dans la conduite tactique des opérations menées lors des OPEX est susceptible de fragiliser l'institution militaire et les membres qui la composent* ». Elles argumentaient ce constat en précisant que, tout d'abord, la judiciarisation risquait de banaliser des opérations militaires qui ne se prêtaient pourtant pas à être banalisées. Ensuite, les militaires mis en cause à l'occasion d'opérations extérieures risquaient de ressentir un sentiment d'injustice. En outre, la judiciarisation était susceptible d'éliminer tout risque au nom du principe de précaution, ce qui était en quelque sorte difficilement compatible avec l'état militaire appelant à un esprit de sacrifice. Enfin, la judiciarisation pouvait entraîner de l'inhibition chez les chefs militaires et un risque accru pour l'ensemble des soldats qui hésiteraient à faire usage de la force pouvant aboutir à compromettre le succès des opérations.

³⁵² Rapport n°1551, du 14 novembre 2013, *relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale*, ADAM Patricia et GOSSELIN-FLEURY Geneviève, Tome 1, Assemblée Nationale.

³⁵³ Message aux armées en date du 19 mai 2012, *in* Rapport n°1551, *ibidem*.

³⁵⁴ Première conférence de presse, le 30 mai 2012, *in* Rapport n°1551, *ibidem*.

Pour préserver les opérations militaires de la dérive judiciaire et aboutir à une « *judiciarisation éclairée* » plutôt qu'à une « *judiciarisation inutile* » le projet de loi de programmation militaire proposa de modifier l'article 698-2 du Code de procédure pénale afin de l'aligner sur les dispositions prévues à l'article 113-8 du Code pénal, lequel prévoit que la poursuite des délits commis par un Français en dehors du territoire de la République ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public.

Le nouveau second alinéa de l'article 698-2 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 18 décembre 2013³⁵⁵ prévoit désormais 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* ».

Nous déplorons cette nouvelle formulation et les conséquences procédurales qu'elle engendre. En effet, comme nous le précisons auparavant, la judiciarisation des théâtres d'opérations extérieures n'est pas une fatalité mais une conséquence normale de l'applicabilité de la norme juridique dans un état de droit. Cette évolution est ainsi bénéfique à de nombreux égards²⁹³. En outre, l'ensemble des arguments que soulevaient les rapporteuses pour justifier la réforme de l'article 698-2 du Code de procédure pénale sont largement transposables pour les missions effectuées à l'intérieur du territoire national³⁵⁶ par les Armées et même par la Police Nationale ou la Douane. Pour autant, s'agissant des infractions commises à l'intérieur du territoire national, le Code de procédure pénale permet aux victimes de mettre en mouvement l'action publique³⁵⁷. Ainsi, pour les infractions commises sur le territoire de la République par des militaires dans l'exercice du service, l'article

³⁵⁵ 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*.

³⁵⁶ De nombreuses missions, notamment dans les DROM-COM, sont réalisées dans des conditions aussi difficiles que dans de nombreux théâtres d'opérations extérieures.

³⁵⁷ Voir notamment « *Les droits de la partie civile dans le procès pénal* », AGOSTINI Frédérique, rapport 2000, deuxième partie : étude et documents, Cour de cassation.

698-2 premier alinéa du Code de procédure pénale prévoit que l'action publique peut être mise en mouvement par la partie lésée³⁵⁸. Une « *judiciarisation éclairée* » n'aurait-elle pas été également nécessaire dans cette hypothèse ?

Nous entendons bien que « l'obstacle » procédural institué par la nouvelle formulation de l'article 698-2 du Code de procédure pénale ait pour objectif de protéger les opérations militaires en dehors du territoire national ainsi que les soldats qui les mettent en œuvre, mais il serait incompréhensible que les victimes de ce type d'opérations ne puissent pas être indemnisées (ou du moins obtenir simplement des réponses comme le réclament les parties civiles dans l'affaire d'Uzbin). L'Armée apparaissant encore aujourd'hui aux yeux de la population comme « la Grande muette », la disposition nouvelle risque certainement d'attiser la « *clameur médiatique*³⁵⁹ » en cas de nouvelle affaire mettant en cause l'Armée et d'un classement sans suite du parquet. Le silence entraîne la défiance.

ii - La consultation du ministre de la défense avant poursuite

L'article 698-1 du Code de procédure pénale prévoit qu'il appartient au procureur de la République d'apprécier la suite à donner aux faits portés à sa connaissance par le ministre de la Défense ou l'autorité qui l'aura habilité à cette fin. Cette communication peut être effectuée par dénonciation tel que le prévoit l'article 40 du même Code. Néanmoins, à défaut de dénonciation, préalablement à tout acte de poursuite, le procureur de la République doit nécessairement recueillir l'avis du ministre de la Défense, ou de l'autorité militaire habilitée par lui, lorsque les faits portés à sa connaissance laissent entrevoir une possible mise en cause de militaires dans l'exercice du service.

La consultation préalable a un double objectif. Elle permet, d'une part, à l'institution militaire d'avoir en toute circonstance connaissance des mises en cause de militaires dans le cadre professionnel, soit en étant à l'initiative de l'information, soit en y étant destinataire pour avis. D'autre part, elle

³⁵⁸ Dans les conditions des articles 85 et suivants du Code de procédure pénale, c'est-à-dire de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction.

³⁵⁹ Dont les rapporteuses proposaient précisément de combattre par la disposition nouvelle de l'article 698-2 du Code de procédure pénale.

permet d'apporter à la justice un éclairage fort utile au dossier, *a fortiori* s'agissant de l'avis intéressant des actions menées en opérations extérieures. Ainsi, « *en pratique, le ministère de la défense ou l'autorité habilitée mentionne dans son avis des éléments d'informations sur les conditions d'emploi du militaire concerné, les particularités éventuelles des fonctions exercées par celui-ci, voire des éléments sur sa personnalité et sa manière de servir*³⁶⁰ ».

Cette consultation préalable est indispensable puisque la dénonciation ou l'avis doit nécessairement figurer au dossier de procédure à peine de nullité ; sauf si l'avis n'a pas été formulé dans le délai imparti³⁶¹.

La loi du 13 décembre 2011 est venue étendre la portée de l'avis en précisant que ce dernier doit également obligatoirement être demandé par le procureur de la République en cas de réquisitoire contre une personne non dénommée³⁶², de réquisitoire supplétif³⁶³ et de réquisition faisant suite à une plainte avec constitution de partie civile. En outre, dans le cas d'infractions commises en opérations extérieures, l'avis du ministre de la Défense doit également être demandé si consécutivement à une décision de non-lieu, le ministère public décidait de requérir la réouverture de l'information sur charges nouvelles.

Néanmoins, l'avis du ministre n'est plus obligatoire en cas de crime et de délit flagrants.

iii - Des spécificités procédurales conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution

Les dispositions prévues par les articles 698-1 et 2 du Code de procédure pénale ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité pour laquelle le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 24 avril 2015³⁶⁴.

En l'espèce, Madame Christine M., militaire, déposait une plainte à l'encontre de son supérieur hiérarchique dénonçant notamment des faits de harcèlement moral et de viol. Une information ayant été ouverte par le procureur de la République, le supérieur hiérarchique de Madame M. a

³⁶⁰ Circulaire NOR JUSD1408989C 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*, p.7.

³⁶¹ Délai d'un mois, voire plus court en cas d'urgence.

³⁶² Néanmoins laissant apparaître qu'un militaire serait susceptible d'être poursuivi.

³⁶³ Toujours concernant de faits pouvant être reprochés à un militaire.

³⁶⁴ Conseil constitutionnel, 24 avril 2015, décision N° 2015-461 QPC, *Mme Christine M., épouse C* : JORF n°0098 du 26 avril 2015 p.7354 texte n° 23.

été mis en examen par le juge d'instruction pour des faits de viol par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions et de harcèlement moral. Madame M. se constitua alors partie civile. Néanmoins, le ministère public ne requit pas l'avis du ministre de la Défense. Aussi, par un arrêt du 24 février 2014, la chambre d'instruction de la cour d'appel de Toulouse jugea que les faits de harcèlement moral constituaient une infraction militaire et que le réquisitoire introductif et tous les actes d'instruction subséquents devaient être annulés en l'absence d'avis préalable. Les faits de viol, quant à eux, n'étaient pas affectés par le vice de procédure. Lors du retour de la commission rogatoire postérieurement à l'arrêt de la chambre d'instruction, le juge d'instruction saisissait une nouvelle fois cette dernière d'une requête tendant à établir la validité des actes ou pièces réalisés dans le cadre de la commission rogatoire litigieuse. À cette occasion, Mme M. déposait une QPC portant sur les deux premiers alinéas de l'article 698-1 et sur le premier alinéa de l'article 698-2 du Code de procédure pénale. Par arrêt du 23 octobre 2014, la chambre d'instruction transmettait cette QPC à la chambre criminelle de la Cour de cassation ; laquelle, par arrêt du 20 janvier 2015, la renvoya au Conseil constitutionnel.

La requérante prétendait que les dispositions des articles 698-1 et 2 du Code de procédure pénale étaient contraires aux principes d'égalité devant la loi et la justice découlant des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et de citoyen de 1789. En outre, elle prétextait que ces dispositions portaient atteinte à un droit de recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de ladite Déclaration.

S'agissant de l'article 698-2 du Code de procédure pénale, la requérante soutenait subir une différence de traitement par rapport aux victimes d'infractions de droit commun. En effet, les dispositions litigieuses ne conçoivent la mise en mouvement de l'action publique, en cas d'infractions militaires sur le territoire national, exclusivement que dans les conditions des articles 80 et suivants du Code de procédure pénale, soit par la constitution de partie civile auprès du juge d'instruction. La victime ne peut donc pas exercer une citation directe alors que cette possibilité existe pour la partie lésée d'un délit de droit commun.

S'agissant de l'article 698-1 du Code de procédure pénale, la requérante soutenait que l'obligation de solliciter l'avis du ministre de la défense sous peine de nullité, instituait à la fois une différence de traitement par rapport aux victimes d'infractions de droit commun, et une atteinte à ses droits de la défense ainsi qu'à un recours juridictionnel effectif.

Mais dans sa décision du 24 avril 2015³⁶⁵, le Conseil constitutionnel établit la conformité des deux dispositions à la Constitution.

La juridiction constitutionnelle précise en effet que :

D'une part, le législateur a pu légitimement limiter le risque de poursuites pénales abusives exercées par la voie de la citation directe en imposant une phase d'instruction préparatoire destinée à vérifier les faits constituant l'infraction, la suffisance des charges à l'encontre de la personne poursuivie et à établir les circonstances particulières de la commission des faits³⁶⁶. Les juges constitutionnels relèvent, en outre, que la partie lésée conserve la possibilité de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile devant le juge d'instruction. À cet égard, il est bien dommage que les faits en l'espèce ne se prêtaient pas à ce que le Conseil constitutionnel se prononce sur l'absence de mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée dans l'hypothèse d'une infraction militaire commise en dehors du territoire national³⁶⁷.

D'autre part, en imposant au ministère public de solliciter l'avis du ministre de la Défense avant tout acte de poursuite, le législateur a entendu garantir que puissent, le cas échéant, être portées à la connaissance de l'institution judiciaire les spécificités du contexte militaire des faits à l'origine de la poursuite ou des informations particulières relatives à l'auteur présumé eu égard à son état militaire ou à sa mission. En outre, les juges constitutionnels relèvent que l'avis ne lie pas le ministère public et qu'il peut être discuté par les parties car il figurera au dossier de la procédure³⁶⁸.

Conclusion de la section 3

L'usage de la force est inhérent aux métiers des armes. En ce sens, il ne paraîtrait pas concevable que des militaires soient systématiquement mis en cause dès lors qu'ils déploient la force dans le cadre du service. Aussi, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises pour fixer clairement les cadres d'emploi de la force, notamment après les attentats de Paris et de Nice³⁶⁹.

³⁶⁵ Conseil constitutionnel, 24 avril 2015, décision N° 2015-461 QPC, *Mme Christine M., épouse C* : JORF n°0098 du 26 avril 2015 p.7354 texte n° 23.

³⁶⁶ Conseil constitutionnel, 24 avril 2015, décision N° 2015-461 QPC, op.cit, 7^{ème} considérant.

³⁶⁷ Cf. Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -B -2 -b -i -La mise en mouvement de l'action publique pour des infractions commises en opérations à l'extérieur du territoire national.

³⁶⁸ Conseil constitutionnel, 24 avril 2015, décision N° 2015-461 QPC, op.cit, 8^{ème} considérant.

³⁶⁹ Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 *relative à la sécurité publique*.

En outre, bien que la justice militaire se soit fortement rapprochée de la justice de droit commun, les spécificités restantes tendent soit à sanctionner pénalement les militaires ayant adopté un comportement inapproprié, voire indigne, soit à protéger les militaires ayant commis des infractions dans le cadre d'opérations militaires. L'un des objectifs de la justice pénale militaire étant désormais de lutter contre une « judiciarisation inutile » et de favoriser une « judiciarisation éclairée ». Néanmoins, sous ce prétexte, nous identifions le spectre de « la grande Muette » et de toutes les conséquences néfastes d'une telle image aux yeux des administrés dans la société actuelle qui se caractérise, bon gré mal gré, par une profusion d'informations (régulièrement inexactes) s'échangeant instantanément. Limiter l'action des juges par le subterfuge d'une judiciarisation paralysant les opérations militaires nous apparaît comme peu judicieux et risque surtout d'attiser la défiance populaire à l'encontre de son armée.

Conclusion du chapitre préliminaire

Compte tenu de toutes les spécificités des militaires étudiées précédemment, ces derniers sont bien des soldats avant d'être des agents publics de l'État. Les sujétions qui leur sont astreintes sont directement en lien avec les missions spécifiques qui leur sont données. Aussi, ces dernières nécessitent une disponibilité en toute circonstance, un esprit de sacrifice sans faille ainsi qu'une bonne condition physique et mentale. Du fait de telles exigences, l'engagement des militaires est principalement temporaire ; marquant ainsi la particularité des militaires servant majoritairement en vertu d'un contrat à durée déterminée par rapport aux fonctionnaires et agents publics principalement titularisés ou sous contrat à durée indéterminée. En outre, l'usage de la force étant l'une des caractéristiques majeures des missions qui leur sont données, des dispositions spécifiques viennent à la fois régir les actions menées dans l'exercice du service, tantôt pour sanctionner pénalement des comportements pouvant compromettre l'accomplissement de la mission, tantôt pour protéger les militaires d'une judiciarisation des opérations militaires.

Cependant, depuis 1972, le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont eu de cesse de rapprocher la fonction publique militaire de la fonction publique civile et, dans le même sens, de permettre aux militaires de pouvoir exercer des droits et libertés reconnus aux citoyens.

Partie I- Le militaire : un « citoyen spécial » réhabilité dans ses droits

Les militaires ont longtemps été des citoyens spéciaux dont les droits étaient « amoindris » du fait de leur service à l'État. Néanmoins, les législateurs successifs n'ont cessé de « réhabiliter » les soldats en leur reconnaissant l'exercice de leur « droit de cité » (Titre 1^{er}) et en encadrant autant que possible les sujétions atteignant la vie privée des militaires (Titre 2).

Titre 1 - L'exercice du « droit de cité »

L'état militaire a longtemps exclu toute liberté d'expression, y compris par le biais du vote ; c'est-à-dire « *l'opinion exprimée dans une assemblée délibérante ou un corps, en vue d'un choix, d'une élection, d'une décision* »³⁷⁰. De prime abord, le droit de vote fait directement référence aux élections politiques³⁷¹, mais la « voix » peut également s'exprimer en matière professionnelle, notamment s'agissant du dialogue social. Et, tel que nous le verrons ultérieurement, bien que le dialogue social des militaires favorise la consultation de ces derniers, notamment via des organismes de concertation et/ou de représentants catégoriels, l'expression professionnelle reste toujours bien encadrée³⁷².

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le droit de vote des militaires fut réinstauré s'agissant des élections politiques ou de référendums. Néanmoins, l'expression de leur « voix » en dehors de ces hypothèses n'a été possible que bien plus tard. Et certaines participations à des élections peuvent encore actuellement soulever des interrogations sur leur légalité : c'est notamment le cas de la participation des militaires aux primaires des partis politiques ou encore de leur participation au sein d'organismes dont l'engagement et les actions se concilient difficilement avec la neutralité³⁷³ exigée (Chapitre 1^{er}).

³⁷⁰ Définition du « Centre national de ressources textuelles et lexicales », *in* <http://www.cnrtl.fr>

³⁷¹ Élections nationales (présidentielles, législatives...), locales (municipales...) ou référendums.

³⁷² Partie 2- Titre 1- Une expression professionnelle circonscrite.

³⁷³ Le vote lors des assemblées générales fixant la politique intervenue ou à venir d'organismes tel que « ATTAC », « Green Peace », « sortir du nucléaire ».

En outre, si l'exercice du droit de vote peut soulever des difficultés vis-à-vis de l'obligation de neutralité des militaires, il en va de même s'agissant du droit d'éligibilité dont l'exercice est également restreint vis-à-vis de l'obligation de disponibilité (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Le droit de vote des militaires aux élections publiques

L'exercice du droit de vote par les militaires n'a été possible qu'en « pointillé » à travers l'histoire et, à l'instar d'autres droits politiques, la reconnaissance de ce droit a largement dépendu du contexte historique (Section 1).

Bien que l'article L4121-1 du Code de la défense prévoie dorénavant que l'exercice de certains droits et libertés reconnus aux citoyens puissent être interdits ou restreints aux militaires, le droit de vote est une composante essentielle de l'expression citoyenne et, à ce titre, sa limitation apparaîtrait nécessairement excessive de nos jours (Section 2).

Section 1 - Un droit de vote étroitement lié au contexte politique

Depuis la Révolution française, la possibilité pour les militaires d'exprimer leur opinion politique à travers le vote a été source de débat. Le professeur Olivier GOHIN indiquait que, pour la période allant de la Révolution française jusqu'à la chute du Second Empire³⁷⁴, « *la spécificité de l'état militaire [interdisait] que l'électorat du citoyen en uniforme soit jamais exactement aligné sur l'électorat du citoyen en civil* »³⁷⁵. Dès lors, deux conceptions s'affrontaient.

D'une part, celle considérant que les militaires étaient avant tout des citoyens et qu'à ce titre ces derniers pouvaient, à l'instar de n'importe quel citoyen, participer à toutes les élections. D'autre part, celle considérant que les militaires devaient être exclus de tout suffrage politique implicitement ou explicitement.

³⁷⁴ Bien que cette affirmation soit également vraie pour la période postérieure, jusqu'à l'institution du Gouvernement provisoire français (1944-1946)

³⁷⁵ « *Le droit électoral des militaires de carrière* », GOHIN Olivier : in « *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme* », Économica 2000.

§ 1 - Un droit de vote tantôt reconnu, voire favorisé

Certaines périodes ont été plus propices à l'exercice du droit de vote des militaires. Il s'agit notamment de la Grande Révolution, lors des élections législatives du 2 au 6 septembre 1792, sous la Convention. Il s'agit également de la Révolution de 1848 au terme de laquelle le Gouvernement provisoire proclama dans un décret du 5 mars 1848 un suffrage universel masculin³⁷⁶.

Il s'agit enfin de la Libération, au terme de laquelle une ordonnance du 17 août 1945³⁷⁷ rétablit le droit de vote des militaires, interdit sous la troisième République par la loi militaire du 27 juillet 1872³⁷⁸.

Ces périodes sont marquées par une réelle volonté du législateur de considérer les militaires comme des citoyens avant même leur état de soldat.

Ainsi, lors de la Constituante de 1790, le comité militaire s'efforça de permettre au soldat d'exercer son expression citoyenne, précisant que ce dernier ne cessait pas d'être citoyen durant la défense de la patrie.

« Il est bon, il est juste autant qu'utile que le soldat soit citoyen, et que se voyant estimé, considéré, il aime son état, qu'il tienne à sa patrie, et qu'il n'en devienne jamais l'opresseur³⁷⁹ ».

³⁷⁶ Décret du 5 mars 1848 *relatif aux élections pour l'assemblée nationale – Convocation des assemblées électorales* : Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur, 1848, Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique, 8-F-81.

³⁷⁷ Ordonnance n°45-1839 du 17 août 1945 *relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires*, JORF du 19 août 1945 page 5157.

³⁷⁸ L'article 5 prévoyait que « *les hommes présents au corps ne prennent part à aucun vote* ». Loi militaire du 27 juillet 1872 *sur le recrutement de l'armée*, Journal officiel de la République française, 16 août 1872, Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique, 2010-217349.

³⁷⁹ Vicomte de Noailles *in* « *Rapport sur les objets constitutionnels de l'armée* », 1^{er} février 1790, archives parlementaires, 11, 411.

Néanmoins, la condition militaire pouvait être difficilement conciliable avec les exigences légales pour exercer le vote. En effet, pour jouir du droit de vote, les citoyens devaient nécessairement résider durant deux années au sein du canton dans lequel ils accomplissaient leur vote. Cette condition s'avérait, en pratique, délicate à remplir pour des militaires qui servaient le plus souvent bien loin de leur domicile.

Le législateur aménagea ainsi des dérogations à la loi électorale afin de permettre aux militaires d'exprimer leur vote dans le canton où ils étaient domiciliés, quand bien même ils y étaient absents pour des raisons de service.

« Tout militaire en activité conserve son domicile, nonobstant les absences nécessitées 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, il n'est pas en garnison dans le canton où est situé son domicile³⁸⁰ ».

Cette dernière disposition avait également pour conséquence, d'une part, d'interdire aux militaires domiciliés dans un canton situé dans la garnison de prendre part au vote. D'autre part, d'imposer aux militaires domiciliés à l'extérieur de la garnison de se rendre dans leur canton pour exercer leur droit de vote. Ainsi, malgré de *« louables intentions, le droit de vote des militaires leur était inutile »³⁸¹.*

Par ailleurs, le législateur favorisa également l'exercice du droit de vote pour certains militaires. Ainsi, le décret de 1790 prévoyait que les militaires ayant servi seize années sans interruption et sans reproche pouvaient jouir de la plénitude des droits des citoyens actifs et seraient dispensés, dès lors, des conditions relatives à la propriété et à la contribution. Par la suite, de façon plus générale, la Constitution de l'an III récompensa de la même manière les Français qui *« [avaient] fait une ou plusieurs campagnes pour l'établissement de la République »³⁸²* en les dispensant de toute contribution.

³⁸⁰ Article 6 du décret du 28 février 1790 *sur l'aménagement de l'armée*. « Procès-verbaux de l'Assemblée nationale mis par ordre des matières ou collection des motions, rapports, décrets, etc. présentés dans leur ordre naturel », Assemblée constituante, 3^{ème} tome, p 270.

³⁸¹ « *Le militaire-citoyen, ou le droit de vote des militaires pendant la Révolution française* », EDELSTEIN Melvin. Annales historiques de la Révolution française, 1997, volume 310, numéro 1, p.588.

³⁸² Article 9 de la Constitution de l'an III.

Ces reconnaissances n'étaient pourtant pas exclusivement motivées par des considérations démocratiques. En effet, le suffrage des militaires constituant des voix non-négligeables, il pouvait servir à faire soit pencher des élections, soit approuver des mesures tels les plébiscites sous les premier et second Empires.

Ce sont d'ailleurs ces dérives qui légitimèrent la restriction, voire l'interdiction faite aux militaires de voter.

§ 2 - Un droit de vote tantôt restreint, voire interdit

D'autres périodes de l'histoire ont été bien moins enclines à l'exercice par les militaires du droit de vote. D'une part, l'exercice de ce dernier, quand bien même il leur était reconnu, s'avérait délicat à mettre en œuvre car soumis à de nombreuses restrictions. Ainsi, tel que nous l'avons vu précédemment, la condition de domiciliation³⁸³ s'est souvent révélée problématique pour les militaires qui, par leur condition, étaient souvent éloignés de leur domicile durant de nombreuses années³⁸⁴.

D'autre part, l'exercice du droit de vote a également été, le plus souvent, explicitement interdit aux militaires. C'est ainsi que sous la III^{ème} République, la loi du 27 juillet 1872 disposait que « *les hommes présents au corps ne prennent part à aucun vote* ». Cette interdiction se justifia surtout par la méfiance d'abus des hauts gradés sur leurs subordonnés. La crainte, loin d'être totalement fantasque, était de voir des élections faussées par le pouvoir qu'exerçaient certains supérieurs militaires sur leurs subordonnés soit au profit de leur propre candidature³⁸⁵, soit au profit de leur orientation politique. Cette influence se manifesta notamment sous le Second Empire alors que les militaires avaient seulement la possibilité de s'exprimer à l'occasion des plébiscites³⁸⁶.

³⁸³ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -Un droit de vote tantôt reconnu, voire favorisé.

³⁸⁴ Cette condition apparaît souvent quel que soit le régime politique et a parfois même été instituée pour durcir les conditions d'exercice, notamment sous le Second Empire.

³⁸⁵ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 1 -De la Révolution française au Second empire, une éligibilité possible.

³⁸⁶ Il est d'ailleurs souvent évoqué l'anecdote d'un colonel qui posa son képi sur l'urne des « non » afin que personne ne puisse opter pour ce choix.

La situation d'exception juridique des militaires aménagée par la troisième République était motivée par la volonté de rompre avec les régimes politiques antérieurs et de fonder véritablement une neutralité de l'institution militaire et un loyalisme envers la Nation. Léon GAMBETTA voyait ainsi « *une armée qui comprendra tout le monde, une armée qui sera la nation elle-même devant l'étranger, une armée où les droits de l'intelligence et de la hiérarchie seront parfaitement respectés (...)* »³⁸⁷ ; à cette fin, il préconisa une suspension du droit de vote pour les militaires visant à « *empêcher, au foyer de la famille militaire, les dissentiments politiques* »³⁸⁸.

Indépendamment de l'instauration progressive du suffrage universel direct en France, il fallut attendre la fin de la Seconde Guerre Mondiale pour que le droit de vote soit finalement reconnu aux militaires. En effet, au lendemain de la terrible guerre, à la fois dans une considération de gratification des actes accomplis durant l'occupation que pour corriger certaines inégalités, le droit de vote fut reconnu aux femmes³⁸⁹ puis aux militaires³⁹⁰.

Conclusion de la section 1

Globalement, depuis la Grande Révolution, les systèmes politiques successifs reconnaissaient aux militaires de droit de participer aux élections publiques par le vote ; bien que ce droit restât difficilement mis en œuvre en raison des conditions opérationnelles imposées aux militaires. C'est véritablement sous la III^{ème} République que les militaires ont été frappés d'interdiction totale d'exprimer leur voix lors d'élections en majeure partie du fait de la méfiance qu'ils suscitaient. Mais, le droit de vote étant essentiel à l'expression citoyenne, il n'était plus cohérent dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle d'en priver les militaires.

³⁸⁷ Discours du 1^{er} octobre 1872, in « *Le droit électoral des militaires de carrière* », GOHIN Olivier, op. cit., p.92.

³⁸⁸ Discours du 4 juin 1874, in « *Le droit électoral des militaires de carrière* », GOHIN Olivier, op. cit., p.92.

³⁸⁹ Article 17 de l'ordonnance du 21 avril 1944 *portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération*, Journal officiel n°34 du 22 avril 1944, p.325.

³⁹⁰ Ordonnance n°45-1839 du 17 août 1945 *relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires, modifiant l'article 33 et abrogeant l'article 31 dernier alinéa de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale*.

Section 2 - Un droit de vote reconnu, un exercice délicat

Au lendemain de la Libération, alors que le pays entier devait se reconstruire institutionnellement, le Gouvernement provisoire de la République française, présidé par le Général de Gaulle, proclama - au titre de l'égalité - le droit de vote des militaires.

Cette mesure s'inscrit dans l'objectif de « replacer » les militaires dans la société civile et, à cette fin, de considérer ces derniers comme des citoyens à part entière et non comme des « *ilotés* »³⁹¹. En effet, le droit de vote étant réservé aux seuls citoyens, interdire les militaires d'exercer ce droit revenait à leur dénier la qualité de citoyen.

Depuis cette reconnaissance, le droit de vote n'a jamais été remis en cause (§1).

Toutefois, sa pratique suscite toujours des difficultés du fait des conditions professionnelles spécifiques des militaires (§2).

Et outre, la participation des militaires aux élections de la fonction publique élective ainsi que la question de leur participation lors d'élection politique du type « primaires » d'un parti politique restent entières (§3).

§ 1 - Une reconnaissance devenue indiscutable

À la Libération, au moment de la délibération sur une nouvelle législation électorale, l'assemblée consultative provisoire se prononça à plusieurs reprises en faveur du rétablissement du droit de vote des militaires. Ceci à la fois pour des considérations purement démocratiques : « *ceux qui ont la lourde charge de porter les armes et qui doivent être prêts à tout instant à risquer leur vie pour la nation ne peuvent pas ne pas jouir du droit d'exprimer leur opinion politique au même titre que les autres citoyens (...)* »³⁹². Mais également pour des considérations plus « politiques » : « *une armée de caste où seules certaines opinions politiques, souvent d'ailleurs antinationales, pouvaient se faire jour* »³⁹³.

³⁹¹ Pour reprendre la formule de Jean-Charles JAUFFRET prêtée par Éric DUHAMEL, « *De l'épée à la toge, les officiers au Palais Bourbon de 1945 à 1962* », in « *Militaires en République 1870-1962, les officiers, le pouvoir et la vie publique en France* », FORCADE Olivier, DUHAMEL Éric, VIAL Philippe, Paris : publication de la Sorbonne, 1999, p.337.

³⁹² « *Le droit électoral des militaires de carrière* », COGNIOT Georges, cité par GOHIN Olivier, op. cit., p.92.

³⁹³ Citation de Pierre STIBBE in « *Le droit électoral des militaires de carrière* », GOHIN Olivier, op. cit., p.92.

L'ordonnance du 17 août 1945 réhabilite véritablement les militaires au sein de la société civile en affirmant qu'ils sont « *électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens* ».

L'avènement, par la suite, de la IV^{ème} République ne remet aucunement en cause le droit de vote des militaires et aucune mesure restrictive de ce droit n'intervint sous la V^{ème} République ; malgré toutefois de nombreuses crises. En particulier lors de la tentative de putsch des généraux le 21 avril 1961 qui, malgré sa gravité et l'engouement médiatique qu'elle suscita, n'aboutit aucunement à générer une défiance à l'encontre des militaires à l'image de celle qui motiva le législateur sous la III^{ème} République ayant proscrit expressément les militaires d'exercer leur droit de vote.

Aussi, bien plus que reconnaître simplement aux militaires leur droit de vote, l'ordonnance de 1945 réaffirme implicitement leur qualité de citoyens.

« Les militaires n'ont retrouvé leur droit de vote qu'en 1945, après avoir été tenus à l'écart de la citoyenneté³⁹⁴ ».

Le droit de vote étant un droit essentiel du citoyen dans un régime démocratique, il serait inimaginable de nos jours qu'il puisse faire, à nouveau, l'objet d'une restriction. L'article L4121-1 du Code de la défense réaffirme, en effet, que « *les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens* ». Et bien que ce même article prévoie également la possibilité de restreindre ou d'interdire l'exercice de certains droits ou libertés, l'exercice du droit de vote n'a jamais été réduit depuis l'ordonnance de 1945. L'article L13 du Code électoral réaffirme, en ce sens, que « *les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens* » et prévoit des dérogations aux conditions posées pour l'inscription sur une liste électorale afin de pouvoir y intégrer les militaires contraints du fait de leur état³⁹⁵.

³⁹⁴ Rapport n° 154 (2004-2005) de M. André DULAIT, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 26 janvier 2005, article 5.

³⁹⁵ En raison notamment de leur stationnement.

§ 2 - Un droit devant s'adapter à la disponibilité permanente

L'état militaire assujettit les soldats à des obligations impérieuses rendant délicat, voire impossible, l'exercice de droits et libertés. L'article L4121-5 du Code de la défense prévoit, en effet, que « *les militaires peuvent être appelés à servir en tout lieu et en tout temps* » ; cette disposition consacre la disponibilité des militaires, lesquels peuvent alors servir où que ce soit dans le monde et à n'importe quel moment³⁹⁶. Ainsi, la mission pourra constituer un obstacle à l'exercice du droit de vote. Pour illustration, le livre blanc de la défense et la sécurité nationale de 2013 définit des pôles de déploiement partout dans le monde et notamment sur le continent africain ou dans les pays du Golfe³⁹⁷.

Néanmoins, s'agissant des militaires positionnés sur le territoire national mais hors de leur commune de domiciliation, l'article L13 du Code électoral prévoit un certain nombre de dérogations à la condition de domiciliation exigée pour l'inscription sur les listes électorales et il sera ainsi possible aux militaires de s'inscrire dans une des communes listées par l'article L12 du même Code³⁹⁸.

De même, concernant les militaires en séjour³⁹⁹, ces derniers pourront prendre part au vote dans les mêmes conditions que les Français à l'étranger⁴⁰⁰.

Dans cette hypothèse, l'éloignement ne posera pas plus de difficulté que pour les Français « expatriés ».

Mais s'agissant des militaires envoyés en opérations en dehors du territoire national, l'exercice du droit de vote sera bien plus délicat. En effet, le livre blanc de 2008⁴⁰¹ déterminait comme objectifs

³⁹⁶ Introduction- Chapitre préliminaire- Section 2- §1- Une disponibilité en tout lieu, en tout temps jusqu'au sacrifice suprême.

³⁹⁷ « *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2013* », Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2013, p.47

³⁹⁸ Commune de naissance, du dernier domicile, de la dernière résidence de plus de 6 mois...

³⁹⁹ Au moins un an.

⁴⁰⁰ Arrêté du 20 juillet 2007 *portant diverses dispositions relatives aux listes électorales consulaires et aux opérations électorales à l'étranger*.

⁴⁰¹ « *Livre blanc Défense et sécurité nationale* », La documentation française, juin 2008.

notamment pour les forces terrestres de pouvoir être mobilisées sur des théâtres de conflits distants de 7 000 à 8 000 kilomètres « 30 000 hommes déployables en 6 mois pour une durée d'un an »⁴⁰². Le livre blanc de 2013 et la loi de programmation militaire qui suivit, rabaissèrent ce « contrat opérationnel » à l'effectif de 10 000 hommes. Néanmoins, le renforcement du plan VIGIPIRATE « alerte attentat »⁴⁰³ consomme à lui seul plus de 10 000 hommes⁴⁰⁴ partout sur le territoire national.

Dans cette hypothèse, seule la procuration pourrait permettre aux militaires en mission loin de leur domicile d'exercer leur droit de vote.

Il serait pourtant envisageable de faciliter le vote des militaires, au moins projetés en dehors du territoire national, en installant des isolements dans les bases à l'instar de la proposition formulée par la commission nationale consultative des droits de l'Homme en 2004 d'installer des isolements dans les établissements pénitentiaires au profit des détenus⁴⁰⁵.

Bien qu'à premier abord farfelue, cette solution prend tout son sens dans l'hypothèse de militaires « projetés » dans des délais extrêmement courts, tel que cela est prévu dans les livres blancs de 2008 et de 2013 pour le maintien d'une « *capacité permanente d'action et de réaction autonome permettant d'intervenir avec 5 000 hommes dans des délais réduits* »⁴⁰⁶. La disponibilité sans délai exigée dans cette hypothèse ne justifierait-elle pas la mise en place de moyens destinés à favoriser (voire à simplement permettre) l'exercice du droit de vote ?

En outre, une disponibilité instantanée peut également être exigée des militaires en mission sur le territoire national puisque les livres blancs de 2008 et de 2013 prévoient « *la participation à la*

⁴⁰²Chapitre 12 « intervenir » p.211, chapitre 13 « les forces » p.223 pour les forces terrestres, p.224 pour la composante navale et p.226 pour la composante aérienne, « *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2008* », op. cit..

⁴⁰³ Opération SENTINELLE créée depuis janvier 2015.

⁴⁰⁴ « *Vigipirate reste en " alerte attentat ", plus de 10 000 militaires déployés* », Le Monde, 7 janvier 2015.

⁴⁰⁵ « *Étude sur les droits de l'Homme dans la prison* », 11 mars 2004, Commission nationale consultative des droits de l'Homme : www.ladocumentationfrancaise.fr.

⁴⁰⁶ Chapitre 13, « *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2008* », op. cit., p.223- Porté à 2 300 Hommes par le « *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2013* », op. cit., p. 91.

protection du territoire national en renfort du dispositif de sécurité publique et de sécurité civile, avec des moyens pouvant impliquer jusqu'à 10 000 hommes en quelques jours »⁴⁰⁷.

§ 3 - Un droit de vote pré-électoral ?

L'ordonnance de 1945 autorise le vote des militaires dans le cadre d'élection dans la fonction publique élective, mais *quid* de la participation des militaires à un vote nécessitant un engagement politique par ces derniers ?

L'article L4121-3 du Code de la défense prévoit, en effet, une interdiction d'adhésion à des associations ou groupements à caractère politique⁴⁰⁸.

Cette interdiction a pu, toutefois, soulever de nombreuses questions s'agissant de la participation de militaires lors, notamment, des « primaires du Parti Socialiste » en 2012⁴⁰⁹. Le règlement prévoyait à cet effet que pouvaient participer au vote les personnes inscrites sur les listes électorales, s'acquittant d'une somme d'argent⁴¹⁰, et « *[signant] l'engagement de reconnaissance dans les valeurs de la Gauche* ». Ces « primaires » pré-électives ont également été organisées en 2016 par le Parti Socialiste ainsi que Les Républicains pour désigner le candidat de chaque parti aux élections présidentielles de 2017. Les conditions de vote étaient identiques, en particulier s'agissant de l'engagement selon lequel l'électeur reconnaît partager les valeurs du parti politique concerné, ledit électeur ne devant pas nécessairement être adhérent du parti politique pour lequel il vote. Mais, même s'il n'adhère pas au parti politique, nous pourrions légitimement nous interroger sur la compatibilité entre l'interdiction d'adhésion à un parti politique et la participation d'un militaire aux primaires d'un parti politique. En effet, rappelons que l'interdiction d'adhérer à un parti politique se justifiait par la crainte « *de voir la communauté militaire teintée d'une coloration politique quelle*

⁴⁰⁷ Chapitre 13, « *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2008* », *op. cit.*, p.223- Porté de 6 000 à 7 000 Hommes par le « *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2013* », *op. cit.*, p.92.

⁴⁰⁸ Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 -Section 1 -§ 2 -A -L'interdiction d'adhérer à un parti politique, entre neutralité et loyalisme.

⁴⁰⁹ Et, certainement, en suscitera-t-elle par la suite vu que ce mode de nomination se généralise dans les groupements politiques.

⁴¹⁰ Un euro.

qu'elle soit »⁴¹¹. Signer une telle reconnaissance n'équivaudrait pas pour autant à une adhésion de fait ?

Sur ce point, aucune réponse claire n'a réellement été donnée. Le journaliste Jean-Dominique MERCHET a relaté sur son site internet « secret défense » spécialisé dans les questions militaires, une note de la DRHMD⁴¹² qui aurait précisé, d'une part, qu'une telle participation ne s'assimilerait qu'à une réunion politique et que, d'autre part, il serait inopportun d'y interdire la participation des militaires. Une telle solution paraît légitime sous réserve que les participants n'affichent pas leur qualité de militaire⁴¹³. Qui plus est, les partis politiques s'étaient engagés à détruire les listes des électeurs après les élections.

Néanmoins, tel que nous le verrons ultérieurement, l'adhésion de militaires à un groupement à vocation politique est statutairement interdite⁴¹⁴ et nous pouvons ainsi nous interroger sur la cohérence d'une telle interdiction tout en tolérant l'engagement de fait de militaires à un parti politique via la reconnaissance aux valeurs de ce dernier et, surtout, de participer à une décision éminemment politique qu'est le choix d'un candidat du parti en vue des élections présidentielles⁴¹⁵.

À notre avis, les militaires ayant été « réhabilités » depuis 1945 à exprimer leur voix dans les urnes, il apparaît actuellement désuet de maintenir une interdiction aussi absolue que celle proscrivant l'adhésion à tout groupement à vocation politique. La tolérance de l'administration permettant aux militaires de participer à des primaires, sous réserve qu'ils ne fassent pas état de leur profession, démontre parfaitement la désuétude de l'interdiction.

Conclusion de la section 2

Par l'ordonnance du 17 août 1945, le Général Charles De GAULLE réintroduisait les militaires au cœur de la cité en leur reconnaissant le droit de vote. Ce faisant, il consacra l'égalité des citoyens, qu'ils soient militaires ou non. Cependant, la mise en œuvre du droit de vote par les militaires peut

⁴¹¹ Rapport parlementaire n° 154 (2004-2005) de M. André DULAIT, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 26 janvier 2005, article 5.

⁴¹² Direction des ressources humaines du Ministère de la défense.

⁴¹³ Sous condition d'être en dehors du service, tel que formulé par l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 1973, *Massot* : req n°81656 ; Recueil Lebon, 1 juin 1974.

⁴¹⁴ Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 -Section 1 -§ 2 -A -L'interdiction d'adhérer à un parti politique, entre neutralité et loyalisme.

⁴¹⁵ Sur le vote aux primaires, Cf. Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 -Section 1 -§ 2 -B -1 -b -Le vote lors des primaires d'un parti politique.

s'avérer compliquée compte tenu des contraintes opérationnelles appelant notamment ces derniers à servir n'importe où dans le monde et donc possiblement loin de leur domicile. Et bien que des dispositions en matière électorale prennent en compte la spécificité militaire, notamment en aménageant des dérogations sur les conditions de domiciliation, la forte sollicitation opérationnelle des militaires complique leur expression dans les urnes. Cette expression est, en outre, contrainte puisque, tenus à une stricte neutralité, il leur est interdit d'adhérer à un parti politique. Pour autant, paradoxalement, l'administration semble tacitement accepter qu'ils puissent participer aux primaires de partis politiques, participation qui nécessite qu'ils attestent par écrit se reconnaître dans leurs valeurs.

Conclusion du chapitre 1er

Le droit de vote étant une des composantes essentielles de l'expression citoyenne, son interdiction aux militaires sous la III^{ème} République témoigne toute la méfiance (voire la défiance) des gouvernants, fussent-ils également militaires, vis-à-vis des soldats. L'ordonnance de 1945 réhabilita l'expression des militaires à l'instar de tout citoyen, néanmoins, de manière limitée puisqu'ils ne peuvent adhérer à aucun parti politique.

Parallèlement au droit de vote, l'éligibilité constitue également l'essence de l'expression citoyenne et l'exercice de ce droit a également été longtemps strictement encadré.

Chapitre 2 - Une éligibilité des militaires aux élections publiques

Alors que l'étude du droit de vote des militaires amenait à s'interroger sur la possibilité pour ces derniers d'exprimer leur choix, l'étude du droit d'éligibilité amène à s'interroger sur le fait qu'ils puissent représenter la Nation.

À l'instar du droit de vote, le droit d'éligibilité des militaires a largement dépendu, si ce n'est plus, du contexte politique (Section 1).

Et bien que, depuis la Libération, le droit d'éligibilité soit reconnu aux militaires, son exercice n'en est pas moins délicat (Section 2).

Section 1 - Une éligibilité tantôt reconnue, tantôt interdite

Nous aborderons le droit d'éligibilité des militaires à travers deux périodes de l'histoire. Tout d'abord une première période allant de la Révolution française au Second empire durant laquelle les militaires pouvaient être éligibles (§1).

Ensuite, une seconde période englobant la III^{ème} République, durant laquelle les militaires furent quasiment bannis de toutes fonctions électives (§2).

§ 1 - De la Révolution française au Second empire, une éligibilité possible

Cette première période est relativement vaste à étudier, non d'un point de vue purement chronologique puisqu'elle ne couvre qu'une soixantaine d'années, mais d'un point de vue politique puisque de nombreux régimes ont pu se succéder, du totalitarisme à la démocratie ; certains de ces régimes n'ont d'ailleurs existé que très brièvement.

Aussi, à quelques exceptions près, les différents législateurs furent bienveillants s'agissant de l'éligibilité des militaires aux élections publiques puisqu'elle a pu être reconnue même en l'absence d'un droit de vote. Ce fut notamment le cas sous le Directoire durant lequel la prudence était de mise puisque « *conférer à la fois l'électorat et l'éligibilité aux militaires en activité de service, c'était créer les conditions favorables aux entreprises éventuelles d'un général ambitieux (...)*⁴¹⁶ ».

En outre, l'éligibilité était réservée à une certaine élite⁴¹⁷ et en cas d'élection, le militaire ne pouvait exercer son mandat de la même manière que tout citoyen (A).

Néanmoins, la plupart des régimes politiques qui se succédèrent protégèrent autant que possible l'éligibilité des militaires (B).

A - Des restrictions ou incompatibilités par méfiance de l'influence des officiers

La crainte première des législateurs successifs résidait dans la notoriété dont pouvaient bénéficier les gradés (notamment les officiers généraux) au sein de la circonscription dans laquelle ils accomplissaient leur commandement. En particulier, était à l'esprit l'influence de ces gradés sur leur troupe pouvant aboutir à favoriser leur candidature ou, tout du moins, à altérer les résultats d'une élection.

⁴¹⁶ « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », SÉNÉCHAL Michel, 1964, LGDJ.

⁴¹⁷ La plupart du temps les officiers généraux.

« Les officiers pourront abuser de leur crédit et de leur supériorité, soit pour se faire élire, soit pour diriger et maîtriser dans d'autres vues les élections⁴¹⁸ ».

Ainsi, fut posé un régime soit d'inéligibilité⁴¹⁹, soit d'incompatibilité⁴²⁰ territoriale. Contrairement à l'inéligibilité qui interdit purement et strictement toute candidature, l'incompatibilité présente l'avantage d'offrir la possibilité au candidat élu d'opérer un choix entre son mandat politique ou sa fonction militaire⁴²¹. Afin de permettre aux militaires élus de ne pas être trop contrariés dans le déroulement de leur carrière du fait de leur mandat, des mécanismes destinés à protéger la carrière des militaires élus s'instituèrent.

B - La protection de la carrière des militaires élus

Le régime d'incompatibilité commande au militaire élu d'opérer un choix entre le mandat public et la fonction militaire. Véritable dilemme puisque le choix d'opter pour le mandat public laissait supposer une « mise en parenthèse », voire un renoncement de sa carrière.

C'est véritablement sous le directoire que le premier texte destiné à protéger la carrière du militaire investi d'un mandat électif est adopté. Le dispositif mis en place par l'article 3 de la loi du 3 germinal an V⁴²² prévoit, en effet, que tout au long de la durée de leur mandat, les militaires conservaient leur grade et leur droit à l'avancement par rang d'ancienneté.

La Monarchie constitutionnelle prévoyait, quant à elle, une mesure favorable à l'éligibilité des officiers en prévoyant dans la loi du 12 septembre 1830 que tout député qui acceptait des fonctions

⁴¹⁸ Député de Liencourt (période révolutionnaire) in « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », Sénéchal Michel, op. cit.. « *Le droit de vote politique dans l'armée française* », Charles GUARRIGUES, Th. Paris, 1898, p.13.

⁴¹⁹ Posée notamment par l'article 17 de la loi du 5 février 1817 pendant la Monarchie constitutionnelle.

⁴²⁰ Posées notamment par l'article 6 du décret du 28 février – 20 mars 1790 pour la période révolutionnaire ou par la loi du 15 mars 1849 pour la deuxième République.

⁴²¹ Pour une distinction approfondie voir : Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -Une éligibilité réaffirmée mais dont l'exercice reste délicat.

⁴²² Loi du 3 germinal an V (23 mars 1797) *concernant le mode de remplacement des fonctionnaires publics qui deviennent membres du Corps Législatif*, Bulletin des lois de la République française, 1797-03, Bibliothèque nationale de France.

publiques salariées était considéré comme démissionnaire ; à l'exception faite des officiers de Terre et de Mer⁴²³. Néanmoins, cette loi prévoyait également qu'étaient incompatibles au mandat de député les fonctions d'officier général⁴²⁴. Cette disposition sera d'ailleurs ultérieurement reprise sous la deuxième République⁴²⁵.

Quant à la III^{ème} République, elle consacra l'exclusion des militaires à tout mandat électif.

§ 2 - La troisième République, l'exclusion des militaires des mandats électifs

Avant d'aborder la période de la III^{ème} République, laquelle finit par écarter les militaires des mandats électifs, il est essentiel de rappeler brièvement le contexte désastreux dans lequel s'étaient déroulées les élections de 1849, ce qui expliqua en grande partie les réticences du législateur de la III^{ème} République à permettre aux militaires de jouir de leurs droits politiques, les excluant du paysage électif⁴²⁶ (A). Pourtant, aux prémices de la III^{ème} République, les militaires étaient très présents dans les fonctions étatiques et ce n'est que progressivement qu'ils en furent écartés. (B)

A - Les élections de 1849, un contexte politique désastreux au sein de l'Armée

Le gouvernement provisoire en charge d'établir un régime constitutionnel marqua la volonté de « réintégrer le soldat dans la cité » et tenta ainsi de favoriser l'exercice des droits politiques des militaires, en aménageant toutefois des modalités particulières⁴²⁷.

Toutefois, durant l'élection législative de 1849, les nombreuses tensions consécutives aux luttes politiques qui sévissaient dans les rues « passèrent les portes des régiments » et les partis politiques n'hésitèrent pas à faire de la propagande dans les casernes. Ces « manœuvres »

⁴²³ Loi du 12 septembre 1830, Code de la législation française, BACQUA Napoléon, 1843. Également cité in « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », Sénéchal Michel, op. cit. p.26.

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ Loi du 15 mars 1849 *électorale, listes, collèges électoraux, électorat et éligibilité*, JORF du 20 août 1944 page 78.

⁴²⁶ Et de la cité puisque, tel que nous l'évoquions précédemment, les militaires se virent également retirer leur droit de vote.

⁴²⁷ Posant tout de même l'interdiction pour les officiers candidats de se présenter dans leur circonscription d'origine.

politiques au sein de l'armée déstabilisèrent considérablement l'institution et, surtout, les principes fondamentaux de la morale militaire⁴²⁸.

Les « péripéties » qui se déroulèrent lors de l'élection législative de 1849 ainsi que le coup d'État de Louis Napoléon Bonaparte en 1851, appuyé par une partie de l'Armée, suscita la méfiance des gouvernants sous la III^{ème} République, lesquels ôtèrent progressivement aux militaires l'exercice de leurs droits politiques. Pourtant, au commencement de la III^{ème} République, la présence des militaires dans les hautes fonctions étatiques était encore importante.

Ainsi, le gouvernement provisoire dit « gouvernement de la défense nationale », institué en 1870, avait à sa tête un militaire : le Général Trochu. De même, lors des élections législatives de 1871, il fut estimé que 6% des parlementaires étaient issus de l'Armée⁴²⁹. À cette époque, le décret du 29 janvier 1871 réaffirmait d'ailleurs l'éligibilité des militaires dans les mêmes conditions que sous la deuxième République. Enfin, le scrutin du 24 mai 1873 aboutit par l'investiture d'un militaire à la présidence de la République : le Maréchal de Mac-Mahon.

Toutefois, c'est précisément sous la III^{ème} République que s'instaura une véritable défiance vis-à-vis des militaires qui se concrétisa par l'exclusion progressive des militaires aux hautes fonctions de l'État, qu'elles soient électives ou non.

B - Un processus visant à écarter les militaires des hautes fonctions de l'État

Ce processus qui intervint progressivement visa à écarter les militaires aussi bien des mandats électifs (1) que des postes éminemment politiques et traditionnellement dévolus à des militaires (2).

⁴²⁸ Voir, « *La révolution dans l'armée française* », BOICHOT J.B., Bruxelles 1865, p.18. « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », SENECHAL Michel, op. cit. p.37.

⁴²⁹ « *Les officiers français dans la Nation (1848-1914)* », SERMAN William, éditions Aubier, 1992, collection historique.

1 - Une exclusion progressive des élections publiques

S'agissant tout d'abord des élections nationales, diverses dispositions écartèrent toute candidature militaire. Cela a notamment été le cas pour les élections à la Chambre des députés⁴³⁰ et au Sénat⁴³¹. Toutefois, très singulièrement, jamais ces exclusions ne concernèrent les élections pour la présidence de la République.

S'agissant ensuite des élections locales, les militaires furent progressivement écartés des élections municipales⁴³², générales et d'arrondissement⁴³³.

Ces exclusions s'expliquèrent, tel que nous l'affirmions, du fait de la crainte suscitée par l'Armée⁴³⁴, qui fut d'autant plus renforcée par l'influence croissante des militaires, et en particulier des « gradés », sur la population depuis la généralisation de la conscription⁴³⁵. De plus, le « *capitis deminutio* » des militaires fut légitimé par le renfort (ou simplement la réinstauration) de la morale militaire. Le régime d'interdiction établi rencontra tout de même une vive opposition⁴³⁶ en raison de l'isolement des militaires qu'il provoquait vis-à-vis de la société civile.

L'exclusion des militaires est également intervenue pour des hautes fonctions étatiques pour lesquelles ils étaient traditionnellement nommés.

2 - Une exclusion des hautes fonctions étatiques

Durant la III^{ème} République, les militaires furent progressivement écartés des plus hautes fonctions, notamment la plus emblématique, Ministre de la guerre.

⁴³⁰ Article 7 de la loi du 30 novembre 1875.

⁴³¹ Loi du 9 décembre 1884, mais cette interdiction ne s'adressait pas aux maréchaux de France et amiraux.

⁴³² Loi municipale du 5 avril 1884.

⁴³³ Loi du 23 juillet 1891.

⁴³⁴ Cf. supra.

⁴³⁵ Loi du 27 juillet 1872 *sur le recrutement de l'Armée dite Cissey*, Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique, 8-F PIECE-587.

⁴³⁶ Relevons notamment sous la III^{ème} République l'article anonyme « le droit de vote des militaires de carrière » dans la revue « *L'armée moderne* » du 1^{er} juillet 1909.

Traditionnellement, ce portefeuille ministériel⁴³⁷ était exclusivement confié à des officiers généraux mais, progressivement, il fut confié alternativement à des « civils » et à des militaires ; pour aboutir enfin à une présence militaire très exceptionnelle⁴³⁸.

Les raisons du choix d'officiers généraux pour cette fonction politique sont multiples. D'abord, du fait des compétences, tel que Monsieur François-Jules SUISSE dit Jules SIMON l'affirmait « *il faut être marin pour être un bon ministre de la Marine et militaire pour être un bon ministre de la Guerre*⁴³⁹ ». Surtout, afin de ménager ce milieu clos et susceptible qu'est l'armée, les chefs politiques de l'époque optèrent pour un ministre militaire apparaissant comme un ambassadeur des officiers auprès du pouvoir civil⁴⁴⁰.

Mais après 1888 et, surtout suite au « boulangisme », le « monopole » des généraux au ministère de la Guerre cessa. Bien que l'on assistât par période à la résurgence de militaires au ministère de la Guerre (notamment lors de la Grande Guerre), la nomination de généraux au sein du Gouvernement resta exceptionnelle.

De nos jours, la nomination d'une personne « non militaire » à la tête du Ministère n'amène plus de discussions. Certainement, certains ministres ont pu marquer favorablement les esprits des militaires au point qu'ils en firent oublier qu'ils ne portaient pas d'uniforme. Néanmoins, la présence croissante de personnels civils au sein du ministère continue à générer de vives discussions. Depuis quelques années, en effet, de nombreux débats s'ouvrent autour de la question du processus de « civilianisation » du ministère, soit pour accroître ce processus, soit au contraire pour le combattre.

Conclusion section 1

À l'instar du droit de vote, les systèmes politiques successifs ont globalement autorisé les militaires à porter leur candidature aux élections publiques. Cependant, une méfiance s'est progressivement développée à l'égard des militaires, en particulier compte tenu de l'influence des officiers sur leur

⁴³⁷ Ministère de la guerre ou de la marine.

⁴³⁸ Pour une étude plus approfondie : « *Militaires en République 1870-1962 – Les officiers, le pouvoir et la vie publique en France* » sous la direction de Messieurs FORCADE Olivier, DUHAMEL Éric et VIAL Philippe, Paris : publication de la Sorbonne, p. 199.

⁴³⁹ Citation rapportée dans « *Militaires en République 1870-1962 – Les officiers, le pouvoir et la vie publique en France* », op. cit. p.206.

⁴⁴⁰ « *Militaires en République 1870-1962, les officiers, le pouvoir et la vie publique en France* » op. cit. p. 206.

troupe. En outre, la candidature de militaires à des élections publiques pouvaient préjudicier la morale militaire basée principalement sur la neutralité et l'obéissance ; les élections législatives de 1849 en furent un parfait exemple.

Aussi, les gouvernants de la III^{ème} République exclurent progressivement la présence des militaires aussi bien en tant que candidats aux élections publiques qu'au sein de hautes fonctions étatiques.

Et ce n'est qu'au lendemain de la libération que les législateurs successifs veillèrent à restituer aux militaires leur droit d'éligibilité. L'exercice de ce dernier s'avère toutefois bien plus ardu que le vote.

Section 2 - Une éligibilité réaffirmée mais dont l'exercice reste délicat.

Au lendemain de la libération, le Gouvernement provisoire, présidé par le Général De GAULLE, renoua avec l'exercice par les militaires de leurs droits politiques. Tout comme le droit de vote, l'exercice du droit d'éligibilité a été reconnu par l'ordonnance du 17 août 1945, laquelle précise dans son article 2 que « *les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont éligibles dans les mêmes conditions que les autres citoyens* ».

Néanmoins, l'éligibilité des militaires reste strictement encadrée par des dispositions prévoyant une inéligibilité ou une incompatibilité entre les fonctions publiques électives et les fonctions militaires.

L'inéligibilité et l'incompatibilité sont des notions qui entretiennent des liens de parenté mais ne sauraient être, pour autant, confondues. Pour reprendre Monsieur le professeur Marcel WALINE, « *l'inéligibilité est un obstacle dirimant à l'élection régulière de celui qui en est frappé (...). Au contraire, l'incompatibilité entre telle fonction élective et telle autre fonction ou tel emploi, ne crée aucun obstacle à l'élection de celui qui occupait, au jour du scrutin, la fonction ou l'emploi incompatible avec la fonction élective. Elle oblige seulement l'élu à opter entre l'une ou l'autre des deux fonctions incompatibles entre elles, la loi lui impartissant généralement un délai (assez bref) pour déclarer son choix, et établissant au besoin une présomption de choix, à défaut d'une telle déclaration*⁴⁴¹ ».

L'éligibilité des militaires est ainsi encadrée par ces deux dispositifs. D'une part, en raison de l'influence qu'ils exercent territorialement, certains militaires sont frappés d'inéligibilité dans le

⁴⁴¹ Conseil d'État, 7 janvier 1966, *Élections du maire de Marcoing*, RDP, 1966, p. 577, note WALINE.

ressort de leur circonscription (§1). D'autre part, plus généralement, le législateur a prévu un régime d'incompatibilité entre les fonctions publiques électives et les fonctions militaires. Ainsi, dans l'hypothèse de l'élection d'un militaire-candidat, ce dernier devra opérer un choix qui constitue un véritable dilemme (§2).

§ 1 - Une inéligibilité locale pour les militaires occupant de hautes responsabilités

Une inéligibilité est prévue à l'égard des officiers généraux dans les assemblées locales ou les assemblées parlementaires au sein des circonscriptions situées dans le ressort où ils ont exercé leur autorité depuis moins de 6 mois. Elle concerne les fonctions de député⁴⁴², sénateur⁴⁴³, conseiller régional⁴⁴⁴, conseiller général⁴⁴⁵ et conseiller municipal⁴⁴⁶.

Le Code électoral prévoit également une inéligibilité, bien plus anecdotique, à l'égard des militaires - quel que soit leur grade - stationnés dans les départements d'Algérie lorsque ces derniers y ont servi depuis au moins un an⁴⁴⁷.

Bien que ces inéligibilités intéressent l'ensemble des fonctions publiques électives, elles ne frappent pour autant que certains militaires investis de très hautes responsabilités. Par ailleurs, elles restent limitées dans le temps et ne courent que pour la durée de leur fonction et les 6 mois suivant la fin de celle-ci. Dès lors, passé ce délai, ces militaires recouvrent leur éligibilité.

Outre des inéligibilités qui ne concernent qu'un public restreint de militaires, les incompatibilités intéressent, quant à elles, tous les militaires.

§ 2 - Une incompatibilité générale pour les militaires en activité

Tel que nous l'évoquions, l'incompatibilité n'exclut pas toute candidature du militaire. En revanche, si ce dernier vient à être élu, il devra décider entre sa fonction militaire et sa fonction élective. Il ne

⁴⁴² Articles LO 132-13° et 15° du Code électoral.

⁴⁴³ Article LO 296 du Code électoral.

⁴⁴⁴ Article L340 pour les conseillers régionaux et les conseillers à l'Assemblée de Corse pour les officiers. Étendu aux sous-officiers de la gendarmerie s'agissant notamment de l'élection des députés.

⁴⁴⁵ Article L195 du Code électoral.

⁴⁴⁶ Article L231 pour les conseillers municipaux et membres du Conseil de Paris.

⁴⁴⁷ Ordonnance n°58-998 du 24 octobre 1958 *portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*.

pourra ainsi pas ainsi cumuler les deux fonctions. L'incompatibilité s'étend à la plupart des mandats électifs nationaux ou locaux (A). Cette incompatibilité présentait un véritable dilemme au militaire élu puisque ce dernier devait choisir entre son mandat et sa fonction non élective (B). Cependant, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en défaveur d'une telle disposition (C).

A - Une incompatibilité générale entre état militaire et fonction publique élective

Les diverses dispositions électorales prévoient un régime d'incompatibilité entre la plupart des mandats électifs (députés⁴⁴⁸, sénateurs⁴⁴⁹, députés européens⁴⁵⁰) et l'exercice d'une fonction publique non élective, tel que l'état militaire.

Plus spécifiquement, le Code électoral cite expressément les fonctions de militaires comme étant incompatibles avec certains mandats. C'est notamment le cas de l'article L46 du Code électoral, relatif aux incompatibilités communes à l'élection des députés, des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires : *« les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats qui font l'objet du livre I »*.

Cependant, s'agissant de cette dernière disposition intéressant le mandat de conseiller municipal, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité pour apprécier la conformité de ces incompatibilités à la Constitution. Le juge constitutionnel décida que ces dernières étaient en partie inconstitutionnelles car excédant manifestement par leur portée le principe d'égalité entre les citoyens⁴⁵¹.

Ainsi, du fait de ce régime d'incompatibilité, le militaire nouvellement élu doit opérer un choix entre son état militaire et son mandat électif. Ce choix procède d'un véritable dilemme compte tenu des conséquences qu'il suscite.

⁴⁴⁸ Article LO 142 du Code électoral.

⁴⁴⁹ Article LO 297 du Code électoral.

⁴⁵⁰ Article 6 de la loi n°77-729 du 7 juillet 1977 *relative à l'élection des représentants au Parlement européen*.

⁴⁵¹ Conseil constitutionnel, 28 novembre 2014, *capitaine de vaisseau D. Lorgeril* : Décision n° 2014-432 QPC ; AJDA 2014, p.2337, note PASTOR ; Constitutions, 2015, p.95, note LEBOT. Voir : Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 2 -C -Une incompatibilité pourtant inconstitutionnelle .

B - Les conséquences du choix entre l'état militaire et la fonction publique élective

Tel que nous l'évoquions, le militaire appelé à occuper une fonction publique élective, sous réserve qu'il ne fasse pas l'objet d'une mesure d'inéligibilité vue précédemment, doit opérer un choix. Il ne pourra cumuler sa fonction militaire avec sa nouvelle fonction publique élective. Néanmoins, l'objectif du législateur au lendemain de la Libération étant de favoriser l'accès des militaires à des fonctions électives, l'incompatibilité est tout de même assortie de mesures visant à protéger le déroulement de la carrière du militaire. Ainsi, s'agissant des fonctions électives locales, la loi du 29 décembre 1954⁴⁵² institua la position du congé spécial sans solde lequel n'était pas interruptif d'ancienneté et dont la durée était prise en compte pour le calcul de la pension de retraite. De la même manière, s'agissant des fonctions électives parlementaires, l'ordonnance du 23 décembre 1958⁴⁵³ définissait une position « hors cadre » durant laquelle le militaire restait en activité, continuant ainsi à figurer sur la liste d'ancienneté et de conserver ses droits à l'avancement et à la retraite.

Le législateur de 1972, puis celui de 2005 consacrèrent également ce type de mesures. Ainsi, l'article L4121-3 *in fine* du Code de la défense prévoit que « *les militaires qui sont élus et qui acceptent leur mandat sont placés dans la position de détachement* ». Dans cette position, « *le militaire continue à figurer sur la liste d'ancienneté de son corps et à bénéficier des droits à l'avancement et à pension de retraite*⁴⁵⁴ ».

Néanmoins, précisons que placé dans cette position, le militaire ne perçoit plus sa solde⁴⁵⁵ durant toute la période du détachement mais percevra des rémunérations auprès de l'organisme auprès duquel il est détaché⁴⁵⁶. Le non-versement de la solde peut s'avérer problématique, *a fortiori* pour les mandats locaux tels que conseiller municipal. Nous relevons en ce sens la question posée au

⁴⁵² LOI 54-1955 du 29 décembre 1954 (BOPP, p. 5053).

⁴⁵³ Ordonnance 58-1329 du 23 décembre 1958 (JO du 26, p. 11841).

⁴⁵⁴ Article L4138-8 du Code de la défense.

⁴⁵⁵ L'article 12.61 de l'instruction n° 21300/DEF/DAJ/FM/1 *relative à la position en service détaché et hors cadres et à la situation dite "hors budget" de la position d'activité* du 18 septembre 1978.

⁴⁵⁶ Notamment par des indemnités versées pour le mandat électif occupé.

Conseil Supérieur de la Fonction Militaire sur la possibilité de maintenir en position d'activité les militaires élus au conseil municipal d'une commune de moins de 10 000 habitants⁴⁵⁷. En effet, le Code général des collectivités prévoit le versement d'une indemnité dont l'importance est proportionnelle à la population⁴⁵⁸ et, naturellement, les indemnités sont modiques pour les municipalités faiblement peuplées. À titre d'exemple, pour une municipalité comprenant entre 500 et 999 habitants, la rémunération d'un conseiller municipal s'élèvera à 313,61 euros (taux 8,25%) et celle du maire atteindra les 1 178,43 euros (31%). En outre, l'interdiction d'adhérer à un parti politique constitue, *de facto*, un obstacle aux candidatures à des fonctions électorales dans de grandes municipalités⁴⁵⁹.

Pour ces raisons, dans sa réponse du 17 mars 2008, le Conseil Supérieur de la Fonction Militaire fait observer que les militaires en position d'activité ne peuvent pas prendre part à la vie de la commune où ils résident via leur participation aux comités consultatifs⁴⁶⁰.

Un obstacle supplémentaire se dresse pour les militaires servant sous contrat puisque le temps du détachement n'affectera pas le terme de leur contrat. Dès lors, si ce dernier arrivait à échéance durant leur mandat, ils ne pourraient pas – sous réserve d'un renouvellement retrouver leur position d'activité.

Enfin, l'interdiction d'adhérer à un parti politique constitue un réel obstacle pour accéder à une fonction électorale. Nous abordons précédemment l'hypothèse d'élection municipale dans les grandes et moyennes communes pour lesquelles l'« étiquette politique » est déterminante. Cette solution se justifie *a fortiori* pour les élections législatives⁴⁶¹, voire présidentielle.

⁴⁵⁷ In site intradef du CSFM, « frequently questions asked » n°039.

⁴⁵⁸ Articles L.2123-20 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

⁴⁵⁹ Cf. Partie I- Titre 2- Section 1-§2-Une liberté d'association restreinte

⁴⁶⁰ Article L.2143-2 du Code général des collectivités territoriales

⁴⁶¹ « Dominique De Lorgeril, un militaire candidat aux législatives », GUISEL Jean, 03/06/2012, www.lepoint.fr.

C - Une incompatibilité pourtant inconstitutionnelle pour le mandat de conseiller municipal

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel déclara que les dispositions de l'article L46 du code électoral, en particulier celles relatives à l'incompatibilité entre les fonctions militaires et le mandat de conseiller municipal, étaient inconstitutionnelles (1). Cette décision, bien qu'elle favorise l'accès des militaires à un mandat électif, est loin d'en supprimer tous les obstacles (2).

1 - L'inconstitutionnalité relevée à l'occasion d'une QPC

Lors des élections municipales du 23 mars 2014, le capitaine de vaisseau Dominique De LORGERIL a été élu à Garat (Charente)⁴⁶². Le Préfet de la Charente l'a alors invité à choisir entre sa fonction militaire et élective et, faute de réponse, a demandé, par déferé au tribunal administratif de Poitiers, d'annuler l'élection de l'intéressé comme conseiller municipal.

L'article L237 du Code électoral prévoit, en effet, que les militaires élus disposent d' « *un délai de dix jours pour opter entre l'acceptation du mandat et la conservation de leur emploi. À défaut de déclaration adressée dans ce délai à leurs supérieurs hiérarchiques, [ils] seront réputés avoir opté pour la conservation dudit emploi* ». Se basant sur cette disposition, le tribunal administratif de Poitiers⁴⁶³ jugea que le militaire avait opté pour son emploi militaire et que, par conséquent, il convenait d'annuler son élection comme conseiller municipal de Garat.

Cependant, à l'occasion de cette instance, le capitaine de vaisseau De LORGERIL souleva une question prioritaire de constitutionnalité⁴⁶⁴ portant sur la conformité du premier alinéa de l'article L. 46 et du dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral à la Constitution.

Le tribunal administratif de Poitiers transmet la QPC en relevant le caractère sérieux de la question⁴⁶⁵. Dans une décision du 24 septembre 2014⁴⁶⁶, le Conseil d'État décida de renvoyer au Conseil constitutionnel cette QPC en relevant que les dispositions du premier alinéa de l'article L. 46 et du dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral « *méconnaissent le principe*

⁴⁶² Un second militaire de la Marine Nationale a été élu lors de ces élections municipales, le second maître Eddy SAGET à Équeurdreville-Hainneville dans la Manche.

⁴⁶³ Tribunal administratif de Poitiers, 19 juin 2014, n° 1401110, cons. 7.

⁴⁶⁴ Ci-après QPC.

⁴⁶⁵ Tribunal administratif de Poitiers 19 juin 2014, n° 1401110, cons. 4.

⁴⁶⁶ Conseil d'État, 1^{er} et 6^{ème} sous-sections réunies, 24 septembre 2014, req. n° 381698, AJDA 2014 p.1857.

constitutionnel d'égalité des citoyens dans la mesure où elles restreignent de façon générale l'accès des militaires en service aux mandats électoraux et aux fonctions électives ».

Parallèlement, le capitaine de vaisseau De LORGERIL interjeta appel du jugement en première instance en motivant que l'incompatibilité générale, prévue entre les fonctions de militaire et l'exercice d'un mandat au sein d'une assemblée délibérante d'une collectivité municipale, n'était pas justifiée par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts. Il soutenait ainsi que les dispositions contestées méconnaissaient le droit d'exercer un mandat électif reconnu à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Dans sa décision du 28 novembre 2014⁴⁶⁷, le Conseil constitutionnel précisa les limites de cette incompatibilité.

S'agissant des mandats de conseiller général et de conseiller communautaire, les dispositions litigieuses aménagent une interdiction *« qui, par sa portée, n'excède pas manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ».*

S'agissant toutefois du mandat de conseiller municipal, les juges constitutionnels relèvent que le législateur n'avait prévu aucune limite en fonction du grade de la personne élue ou des responsabilités exercées, tel qu'en matière d'inéligibilité⁴⁶⁸, ni même en fonction de la taille des communes. Ils en concluent alors que l'interdiction instituée excède manifestement, par sa portée, ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts. Par suite, ils déclarent le premier alinéa de l'article L46 du code électoral contraire à la Constitution.

⁴⁶⁷ Conseil constitutionnel, 28 novembre 2014, *capitaine de vaisseau D. Lorgeril*, Décision n° 2014-432 QPC ; AJDA 2014, p.2337, note PASTOR ; Constitutions, 2015, p.95, note LEBOT

⁴⁶⁸ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 1 -Une inéligibilité locale pour les militaires occupant de hautes responsabilités.

Néanmoins, les juges constitutionnels modulent dans le temps l'effet de l'abrogation qui découle de cette décision et prévoient qu'elle ne prendrait effet qu'au 1^{er} janvier 2020 ou au prochain renouvellement général des conseils municipaux s'il intervenait avant cette date.

Dès lors, le Conseil d'État, saisi en appel du jugement du tribunal de Poitiers du 19 juin 2014, rejeta la requête du capitaine de vaisseau De LORGERIL au motif que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions du Code électoral prononcée par le Conseil constitutionnel était sans incidence sur le litige initial, le Conseil constitutionnel ayant en effet entendu reporter dans le temps les effets abrogatifs de sa décision⁴⁶⁹.

2 - Des obstacles persistants à l'accessibilité aux fonctions publiques électives

La décision du Conseil constitutionnel relevant l'inconstitutionnalité de l'incompatibilité entre les fonctions militaires et les mandats électifs au sein d'un conseil municipal constitue une petite « révolution ». En effet, comme nous l'avons évoqué, les militaires ont traditionnellement été écartés des assemblées délibérantes par méfiance. Et bien que les législateurs depuis la Libération aient œuvré pour réinvestir les militaires au sein de la société, notamment par l'exercice de leurs droits politiques, l'interdiction d'exercer simultanément un mandat de conseiller municipal et des fonctions militaires ne se fondait plus que sur des motivations historiques et totalement désuètes.

Néanmoins, tous les obstacles ne sont pas pour autant levés pour que les militaires soient placés dans les mêmes conditions que tout citoyen accédant aux fonctions électives.

Tout d'abord, nous pourrions regretter que la décision du Conseil constitutionnel confirme l'incompatibilité s'agissant des mandats de conseiller général et de conseiller communautaire. En effet, dès 2005, la commission de révision du statut général des militaires s'était opposée à un cumul de l'état militaire avec des mandats européens et nationaux ainsi que de conseiller régional, départemental et municipal d'une grande ville. Pour la commission, ces premiers mandats

⁴⁶⁹ Conseil d'État., 6^{ème} sous-section, 2 février 2015, n°382753 ; inédit au Recueil Lebon.

requéraient nécessairement un « *engagement partisan avéré* »⁴⁷⁰ alors que les seconds mandats, dans des petites communes, pouvaient être exercés de manière apolitique.

Nous ne sommes toutefois pas convaincus d'une telle observation s'agissant des mandats de conseiller général ou régional puisque si ces derniers appellent un engagement politique de la part des élus, l'engagement sera du même ordre pour les conseillers municipaux.

Ensuite, la commission de révision avait déjà évoqué la possibilité pour un militaire d'exercer un mandat de conseiller municipal. Toutefois, elle avait assorti cette hypothèse de tant de conditions⁴⁷¹ qu'elle en avait conclu qu'il était inopportun d'en ouvrir la possibilité. La société française ne s'étant pas profondément modifiée entre le rapport de la commission de révision et la décision du Conseil constitutionnel, doit-on s'attendre à ce que le législateur intervienne pour aménager l'exercice du mandat de conseiller municipal par un militaire suivant les conditions et restrictions évoquées précédemment par la commission de révision ? La question est bien plus pertinente s'agissant des villes ayant dans sa population une forte présence militaire.

En outre, les risques de conflits d'intérêts, soulevés par le Conseil constitutionnel, sont tout aussi avérés lorsque l'élu (qu'il soit militaire ou non) est saisi d'une question touchant sensiblement les intérêts personnels de son supérieur hiérarchique.

Enfin, avant de se soucier d'une quelconque incompatibilité, encore faudrait-il que le militaire soit élu. Et, la problématique de l'interdiction d'adhérer à un parti politique revient une fois de plus. Il est, en effet, plus délicat pour un militaire de se présenter sans « étiquette politique », *a fortiori* dans une municipalité de taille importante.

Conclusion section 2

Bien que depuis la Libération, le législateur ait reconnu, par principe, le droit pour tout militaire d'être élu lors d'élection publique, l'exercice de son mandat est conditionné par un régime d'incompatibilité très contraignant. Outre les inéligibilités prévues par les militaires ayant exercé de hautes responsabilités, les incompatibilités amènent les militaires élus à opérer un choix,

⁴⁷⁰ Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Renaud DENOIX De SAINT MARC, 29 octobre 2003, p 8

⁴⁷¹ Notamment élection sur une liste apolitique, maintien de l'incompatibilité actuelle au moins pour les officiers de gendarmerie, par analogie avec le régime électoral des corps de direction et de commandement de la police nationale.

constituant un véritable dilemme : leur mandat ou leur carrière ? Ce choix sera d'autant plus problématique si la rémunération en tant qu'élu est faible et que le militaire élu est sous contrat.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a pu relever que l'incompatibilité entre le mandat de conseiller municipal et la fonction de militaire était fondée sur des considérations purement désuètes. De ce fait, dès 2020, nous pourrions éventuellement assister à une véritable « révolution » en matière de fonction publique élective : un militaire exerçant son mandat de conseiller municipal tout en restant en activité.

Conclusion du chapitre 2

À l'instar du droit de vote, l'exercice du droit d'éligibilité des militaires est étroitement lié aux contextes historique et politique. Globalement, depuis la Révolution française, la candidature de militaires à des élections publiques a toujours été restrictivement encadrée, voire tout simplement exclue. L'exercice par un militaire d'un mandat au sein d'une assemblée délibérante suscita en effet des craintes, d'autant plus persistantes qu'elles se révélèrent fondées historiquement. Néanmoins, les quelques exceptions à l'inéligibilité historique des militaires permirent à certains militaires d'accéder à de très hautes fonctions électives, notamment la Présidence de la République.

Bien qu'au lendemain de la Libération, l'ordonnance du 17 août 1945 posât le principe selon lequel « *les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont éligibles dans les mêmes conditions que les autres citoyens* », elle assortit également l'exercice de ce droit à des régimes d'inéligibilité et d'incompatibilité. Dès lors, sous réserve d'être frappé d'inéligibilité eu égard aux fonctions exercées, un militaire élu devra faire face à un véritable dilemme : exercer son mandat électif ou exercer sa fonction militaire. Sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel du 28 novembre 2014 vient favoriser l'exercice d'un mandat de conseiller municipal par un militaire en abrogeant, à compter du 1^{er} janvier 2020 ou au prochain renouvellement général des conseillers municipaux s'il intervient avant cette échéance, l'incompatibilité entre ces deux fonctions. Pour autant, l'exercice du droit d'éligibilité reste délicat à mettre en œuvre et, outre les contraintes inhérentes à la condition

militaire, le principal obstacle est l'interdiction d'adhérer à tout groupement ou association à caractère politique⁴⁷².

Conclusion du titre 1^{er}

Tel que le relevait Monsieur Renaud Denoix de Saint Marc : « *dans le domaine des droits civils et politiques (...) le cantonnement juridique des militaires (...) est depuis toujours (...) rigoureux*⁴⁷³ ».

Pour autant, nous constatons que le chemin parcouru par le législateur pour reconnaître l'exercice des droits politiques des militaires a été conséquent. L'ordonnance du 17 août 1945 a reconnu à la fois le droit de vote et l'éligibilité des militaires et les lois portant statut général des militaires ont également permis la reconnaissance de libertés pourtant proscrites précédemment.

Toutefois, il reste encore du chemin à parcourir pour que les militaires puissent exercer leurs droits politiques à l'instar de tout citoyen. La décision du Conseil constitutionnel du 28 novembre 2014 relative à l'incompatibilité entre un mandat de conseiller municipal et la fonction militaire l'atteste parfaitement. Selon nous, l'obstacle majeur restant à lever pour un exercice des droits politiques plus étendu est l'interdiction d'adhérer à un parti politique. Nous étudierons en effet que cette interdiction perdure alors même qu'elle nous semble de moins en moins légitime.

Par ailleurs, bien que l'état militaire impose de nombreuses sujétions aux soldats, ces derniers disposent pour autant d'un droit au respect de la vie privée ; lequel va nécessairement avoir une influence sur leur vie professionnelle.

⁴⁷² Cf. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 3 – Section 1 - §2 – Une liberté d'association restreinte.

⁴⁷³ Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Renaud DENOIX De SAINT MARC, 29 octobre 2003, p.5.

Titre 2 - Un droit au respect de la vie privée

Il n'existe pas, à proprement parler, une définition juridique de la « vie privée ». Néanmoins, la jurisprudence a progressivement énuméré, de manière non exhaustive, ses composantes. La vie privée intéresse ainsi notamment la vie familiale (chapitre 1^{er}), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme regroupe d'ailleurs ces deux notions en proclamant en son article 8 le « *droit au respect de la vie privée et familiale*⁴⁷⁴ ». Nous y entendons également l'exercice de sa croyance religieuse (chapitre 2) et d'exprimer ses opinions personnelles (chapitre 3). Bien que ces deux aspects soient le plus souvent abordés sous l'angle de la liberté d'expression, l'exploitation ou la diffusion d'une information intéressant la croyance religieuse ou les opinions politiques d'une personne, sans le consentement de cette dernière, relève bien d'une atteinte au droit au respect de sa vie privée⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Le Conseil d'État utilise également l'expression de vie privée pour notamment englober celle de vie familiale : Conseil d'État, 28 avr. 2000, *Maroussitch* : req n° 208925, Juris-Data n° 2000-060448 ; Conseil d'État, 29 juin 2001, *Zahri* : req n° 224166, Juris-Data n° 2001-062727.

⁴⁷⁵ Voir par exemple l'interdiction faite par un Maire à l'intention d'une conseillère municipale d'assister à une réunion au motif que cette dernière portait un crucifix symbolisant son appartenance religieuse : Cour de cassation, chambre criminelle, 1er septembre 2010, pourvoi n°10-80584, BICC n°733 du 15 décembre 2010.

Chapitre 1 - Le droit à la vie familiale

Sur le plan national, le droit au respect de sa vie familiale est affirmé par le préambule de la Constitution de 1946, lequel prévoit en son dixième alinéa que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Il a été également reconnu par le Conseil constitutionnel comme droit fondamental de valeur constitutionnelle⁴⁷⁶. Sur le plan international, il est essentiellement consacré par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et repris par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Nous confronterons l'exercice de ce droit à travers la possibilité d'établir un lien conjugal (section 1) puis la prise en compte professionnelle du lien familial (section 2).

Section 1 - L'établissement d'un lien conjugal

La notion de famille a considérablement évolué dans la société française, aussi bien sur le plan sociologique que juridique. Ces évolutions n'ont cependant pas été acceptées par l'institution militaire sans difficulté. Cette dernière reposant sur des fondements tenant à la fois à la sécurité nationale et, de manière plus officieuse, à une « tradition judéo-chrétienne ». Dans cette configuration, nous verrons que la reconnaissance du pacte civil de solidarité a pu être quelque peu problématique lorsque, quelques années plus tôt, le seul mariage d'un militaire faisait l'objet d'une demande d'autorisation à sa hiérarchie. La reconnaissance du couple s'est faite ainsi par étape.

La première étape a consisté en la disparition de l'autorisation préalable au mariage (§1), avec néanmoins le maintien de ce régime par exception (§2), puis la seconde étape a consisté en l'émergence d'un nouveau lien conjugal : le PACS (§3). Selon un rapport d'information

⁴⁷⁶ Conseil constitutionnel, décision n°93-325 du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, 3^{ème} considérant ; D. 1994, p.111, note MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ.

parlementaire, 72% des militaires vivent en couple dont 65% sont mariés, 7% ont conclu au Pacte civil de solidarité, 7% vivent en concubinage déclaré et 21% sont en union libre⁴⁷⁷.

§ 1 - La disparition par principe du régime de l'autorisation préalable

Dans un rapport du 1^{er} décembre 2004⁴⁷⁸, Monsieur Guy TESSIER préconisait de mettre un terme au contrôle de l'établissement du lien matrimonial du militaire. Ce contrôle fut initialement institué par un décret de l'Empereur Louis Napoléon Bonaparte le 16 juin 1808. Il affirmait que « *les officiers de tout genre, en activité de service, ne pourront à l'avenir se marier, qu'après avoir obtenu la permission par écrit, du ministre de la guerre* ⁴⁷⁹ ». L'autorisation préalable concernait également les sous-officiers et les soldats en activité de service, lesquelles devaient recueillir la permission préalable du « conseil d'administration de leur corps⁴⁸⁰ ». Elle fut également étendue aux militaires de la Marine impériale⁴⁸¹ ainsi qu'aux militaires des autres administrations : « *commissaires ordonnateurs & ordinaires des guerres & aux adjoints, (...) officiers de santé, militaires de toutes classes & de tous grades, (...) officiers de nos bataillons des équipages (...) ne [pourront] désormais se marier sans avoir obtenu la permission par écrit de notre ministre directeur de l'administration de la guerre (...)* ⁴⁸² ».

Nous relevons que l'inobservation d'une telle règle entraînait une sanction pour le militaire et sa famille : « *ceux d'entre eux qui auront contracté mariage sans cette permission, encourront la destitution et la perte de leurs droits, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfants, à toute pension ou récompense militaire*⁴⁸³ ». Mais également pour l'officier du ministère public qui

⁴⁷⁷ Rapport d'information n°4552 *sur la protection sociale des militaires*, de La VERPILLIÈRE Charles et GOSSELIN-FLEURY Geneviève, Assemblée Nationale.

⁴⁷⁸ Rapport n° 1969 du 1^{er} décembre 2004 de la commission de la défense et des forces armées sur *le projet de loi (n°1741) portant statut général des militaires*, p.34

⁴⁷⁹ Article 1 du décret impérial du 16 juin 1808 *relatif au Mariage des militaires*, Bulletin des lois d l'Empire français, 4^e série, tome neuvième, Gallica, cote NUMM-445361, p.33.

⁴⁸⁰ Article 2 du décret impérial du 16 juin 1808, ibidem.

⁴⁸¹ Décret impérial du 3 août 1808, Bulletin des lois d l'Empire français, 4^e série, tome neuvième, Gallica, cote NUMM-445361, p.33.

⁴⁸² Décret impérial additionnel à celui du 16 juin 1808 relatif au *Mariage des militaires*, in Recueil des lois de l'Empire français, des actes de gouvernement, et des autorités constituées, tome VIII, cahier XIX, p. 151 & 152

⁴⁸³ Décret impérial du 16 juin 1808 op. cit.

prononça le mariage : « *tout officier de l'état civil (tout maire ou adjoint) qui sciemment aura célébré le mariage d'un officier, sous-officier, ou soldat en activité de service, sans s'être fait remettre lesdites permissions (...), sera destitué de ses fonctions (...)* ».

Bien entendu, une telle immixtion, voire une véritable emprise, de l'autorité hiérarchique sur les soldats ne pouvait être maintenue au XXème siècle, époque propice à la reconnaissance des libertés individuelles⁴⁸⁴. Ainsi, le statut général des militaires, institué par la loi n°72-662 du 13 juillet 1972, abrogeait pour partie ce contrôle en inversant le principe et prévoyant que sauf exception, les militaires pouvaient contracter un mariage⁴⁸⁵. La loi n° 75-1000 du 30 octobre 1975 *modifiant la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires et édictant des dispositions concernant les militaires de carrière ou servant en vertu d'un contrat* poursuit cette voie et maintint le régime de l'autorisation préalable dans seulement deux hypothèses : d'une part, s'agissant du mariage entre un militaire et un conjoint de nationalité étrangère ; d'autre part, s'agissant des militaires servant à titre étranger, quelle que soit la nationalité⁴⁸⁶.

Depuis la réforme du statut général des militaires par la loi n°2005-270 du 24 mars 2005, outre une autorisation exceptionnelle pour les militaires servant à titre étranger⁴⁸⁷, il n'est plus question d'autorisation pour que les militaires puissent contracter un mariage ou un PACS. Cette révocation de l'autorisation préalable est d'autant plus légitime qu'elle ne concernait les autres agents de l'État que dans l'hypothèse exceptionnelle où ces derniers occupaient une fonction essentielle ou détenaient une spécialité particulière pouvant avoir des conséquences sur la défense nationale⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Notamment la liberté du mariage reconnue notamment par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 août 1993, n°93-325, op. cit.. Par ailleurs, la liberté du mariage est également affirmée par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du citoyen.

⁴⁸⁵ Article 14 de la loi n°72-662 du 13 juillet 1972, *portant statut général des militaires*.

⁴⁸⁶ Article 14 de la loi du 13 juillet 1972, op. cit..

⁴⁸⁷ Exception que nous étudierons au prochain développement.

⁴⁸⁸ Pour illustrations : Conseil d'État, 24 juin 2002, *Ministre de la Défense c/ M. W* : req. n° 227983 ; Recueil Lebon 31 décembre 2003 : s'agissant d'un fonctionnaire civil de la DGSE placé en disponibilité pour nécessité du service après d'être marié avec une ressortissante marocaine. Conseil d'État, Assemblée, 18 janvier 1998, *Monsieur BARGAIN*, req. n°14397, publié au Recueil Lebon : s'agissant de la liberté de mariage d'un agent diplomatique.

Au surplus, tel que nous l'évoquions auparavant, la liberté du mariage n'a cessé d'être affirmée par la jurisprudence et le législateur. S'agissant de la jurisprudence, le Conseil constitutionnel l'a reconnu comme une liberté fondamentale notamment dans sa décision du 13 août 1993⁴⁸⁹. Le Conseil d'État l'a également récemment confirmé dans un arrêt du 9 juillet 2014⁴⁹⁰.

S'agissant du législateur, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe affiche clairement une volonté de promouvoir la liberté individuelle des citoyens en supprimant l'obstacle du sexe pour contracter mariage.

Pour autant, bien qu'il n'y ait plus d'autorisation préalable pour pouvoir se marier, le militaire devra tout de même rendre compte *a posteriori* de sa nouvelle situation familiale car elle entraînera un certain nombre de conséquences dans sa carrière⁴⁹¹.

§ 2 - Une autorisation préalable par exception pour les militaires servant à titre étranger

Le statut général des militaires réformé par la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 ne prévoit d'autorisation préalable du ministre de la Défense pour contracter un mariage ou un pacte civil de solidarité que pour le militaire servant à titre étranger et seulement durant les cinq premières années de son service actif⁴⁹².

Dans son rapport du 1er décembre 2004, le rapporteur du projet de loi portant statut général des militaires, Monsieur le député Guy TESSIER, mettait en avant la spécificité du recrutement des militaires servant à titre étranger et appelait à une vigilance particulière sur leur faculté de contracter mariage ou un PACS. Cette prudence se fonde en effet sur la possibilité de servir sous identité déclarée*, laquelle « *semble difficilement compatible avec l'absence de toute disposition*

⁴⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n°93-325 du 13 août 1993, *loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 ; Recueil, p. 224

⁴⁹⁰ Conseil d'État, référé, 9 juillet 2014, *M.A* : ordonnance n°382145, « *Le droit de se marier est une liberté fondamentale* », DE MONTECLER Marie-Christine, AJDA 2014, p.1418.

⁴⁹¹ Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -La prise en compte professionnel du lien « familial ».

⁴⁹² Codifié à l'article L.4142-4 du Code de la défense.

prévoyant et contrôlant les conditions de retour à l'identité réelle, nécessaire en cas de mariage ou de pacte civil de solidarité ⁴⁹³».

Selon Monsieur André DULAIT, rapporteur auprès de la commission parlementaire des affaires étrangères, le régime d'autorisation préalable pour les militaires servant à titre étranger se justifie du fait qu'ils ne soient précisément pas de nationalité française et qu'il existe ainsi une véritable crainte « *de créer des difficultés du point de vue des fraudes au mariage et de l'établissement de filières d'immigration clandestine* ⁴⁹⁴».

Dès lors, une instruction du 9 février 2011⁴⁹⁵ prévoit que les militaires servant à titre étranger doivent obtenir l'autorisation du ministre d'État, ministre de la Défense et des anciens combattants pour se marier ou conclure un pacte civil de solidarité (PACS) pendant les cinq premières années de leur service actif.

Néanmoins, rappelons que le refus de l'autorité hiérarchique doit être fondé exclusivement sur des motifs tirés de l'intérêt de la défense nationale⁴⁹⁶.

**Identité déclarée*

L'article 9 du décret n° 2008-956 du 12 septembre 2008 relatif aux militaires servant à titre étranger prévoit qu'en l'absence des pièces justificatives nécessaires, le ministre de la défense peut autoriser la souscription d'un contrat sous une identité déclarée. L'identité déclarée est réputée être l'identité militaire de l'intéressé aussi longtemps que le ministre de la défense n'a pas procédé à la régularisation de sa situation militaire.

⁴⁹³ Rapport n° 1969 du 1^{er} décembre 2004, op.cit., article 85, p.137.

⁴⁹⁴ Rapport n° 154 du 26 janvier 2005, commission parlementaire des affaires étrangères sur le projet de loi portant statut général des militaires, Monsieur André DULAIT, Sénat.

⁴⁹⁵ Instruction n° 340039/DEF/RH-AT/PRH/LEG relative au mariage et au pacte civil de solidarité des militaires servant à titre étranger, BOC N°10 du 11 mars 2011, texte 11.

⁴⁹⁶ Voir en ce sens Conseil d'État, 7 / 5 SSR, 15 décembre 2000, *Monsieur NERZIC* : req. n°212068 ; cité dans « Mariage des militaires », LEMOULAND Jean-Jacques, LAMARCHE Marie, Répertoire de droit civil, n°308, 2014 (actualisé 2017).

§ 3 - L'émergence d'un nouveau lien conjugal : le Pacte Civil de Solidarité

Alors que durant longtemps, le droit français reconnaissait le mariage comme unique forme de conjugalité, la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 créa le « Pacte Civil de Solidarité » (ci-après PACS), faisant alors perdre au mariage son exclusivité dans l'organisation juridique du couple. Selon le doyen CARBONNIER, il s'agissait de « *faire passer globalement le hors-mariage du non-droit au droit. On voulait en finir de l'empirisme antérieur, des simples accommodements fragmentaires : l'ambition était de construire un ensemble cohérent de droits et d'obligations - bref d'offrir aux concubins - car ce ne serait jamais que facultatif - un statut, qui, sans pour autant s'identifier au mariage, leur garantirait une part de la sécurité juridique des gens mariés* ⁴⁹⁷ ».

En effet, préalablement à cette date, toutes les situations juridiques hors-mariage étaient considérées comme du concubinage et n'appelaient ainsi qu'à peu de mesures protectrices des conjoints. La volonté du législateur a été d'instituer un régime juridique permettant d'offrir de nouveaux modes de conjugalité de la vie du couple⁴⁹⁸ et le rendre accessible aux couples du même sexe, mais pas seulement.

Dans un rapport du juin 2010, Madame Carine LEPAGE et Monsieur Jérôme BENSOUSSAN relevaient une hausse annuelle du nombre de militaires ayant conclu un PACS.

« La création du Pacs en 1999 a modifié le paysage matrimonial français. Depuis son instauration, le nombre de nouveaux Pacs conclus augmente d'année en année. Il a plus que quadruplé entre 2001 et 2006, passant de 19 600 à 77 300 puis presque doublé entre 2006 et 2008, atteignant pour cette année 146 000. Depuis 2007, avec près de quatre Pacs conclus pour dix mariages, on se rapproche d'un Pacs pour deux mariages⁴⁹⁹ ».

⁴⁹⁷ « *Le droit entre le droit et le non-droit* », Conclusion juridique pour un colloque sur la nuptialité, année 1992, volume 47, numéro 3, pp. 745-759.

⁴⁹⁸ Apportant également une définition du concubinage.

⁴⁹⁹ « *Les militaires et leur famille* », LEPAGE Carine et BENSOUSSAN Jérôme, juin 2010, Direction des ressources humaines du Ministère de la Défense/ Service de la politique générale des ressources humaines militaires et civile / Sous-direction des études et de la prospective.

Cet engouement pour le PACS chez les militaires s'explique notamment du fait que ce dernier soit moins contraignant à plusieurs égards que le mariage et qu'il offre, depuis un décret de 2011⁵⁰⁰, quasiment les mêmes droits du couple marié aux partenaires d'un PACS ; à ceci près que le PACS doit avoir une durée d'existence minimale pour « ouvrir » ces droits⁵⁰¹.

Conclusion de la section 1

Il a fallu attendre la réforme de 2005 pour véritablement voir disparaître le régime d'autorisation au mariage des militaires. Et bien qu'en pratique les autorisations n'étaient plus de rigueur dès la loi de 1975, maintenant seulement ces dernières dans des hypothèses bien limitées, force est de constater que l'abrogation d'un tel dispositif est intervenue très tardivement. C'est avec autant de « prudence » que l'administration militaire a reconnu le PACS et, plus spécifiquement les conséquences qui en découlaient. Car, bien évidemment, au-delà de l'aspect purement symbolique, les militaires déclarent tout changement dans leur situation familiale car cette dernière pourra avoir des conséquences sur leur profession. Dès lors, nul besoin d'exiger une autorisation pour que l'administration soit informée de tout changement familial ; c'est l'intéressé qui s'empressera d'en rendre compte à l'administration s'il entend pouvoir bénéficier des dispositions intéressant sa nouvelle situation.

Section 2 - La prise en compte professionnel du lien « familial »

La prise en compte du lien familial s'accomplit au niveau de la rémunération (§1) ainsi qu'au niveau des décisions ponctuant le déroulement de la carrière (§2).

⁵⁰⁰ Décret n° 2011-38 du 10 janvier 2011 *relatif à la prise en compte du pacte civil de solidarité dans le régime indemnitaire des militaires et modifiant diverses dispositions relatives à la délégation de solde des militaires*

⁵⁰¹ Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 1 -Au niveau de la rémunération.

§ 1 - Au niveau de la rémunération

De nombreuses indemnités se calculent suivant la situation familiale des militaires et, en pratique, ces derniers ne manquent pas de faire part de tout changement à l'Administration⁵⁰². À titre d'illustration, le décret fixant le régime de l'indemnité pour charges militaires (I.C.M.) prévoyait à l'origine son versement pour les militaires mariés⁵⁰³. Dès lors, tel que nous l'évoquions précédemment, bien que le militaire n'ait plus à solliciter auprès de sa hiérarchie l'autorisation de se marier ou contracter un PACS, il ne manquera certainement pas de lui en rendre compte pour que sa nouvelle situation familiale soit prise en compte dans sa rémunération.

Ces indemnités se justifient du fait « des compensations aux contraintes et exigences de la vie dans les forces armées » tel que le prévoit l'article L4111-1 du Code de la défense. En effet, les sujétions des militaires ont également des répercussions sur leur vie de famille et, d'après une étude de la Direction des ressources humaines du ministère de la Défense de juin 2010, les 3/4 des personnels militaires vivent en couple, 2/3 d'entre eux étant mariés⁵⁰⁴. La rémunération apparaît comme la principale compensation destinée à pallier les contraintes militaires et les conséquences financières du mariage ne sont pas sans incidence sur la forte proportion de militaires mariés : « *l'Armée nous force à nous marier*⁵⁰⁵ ». Cette déclaration d'un militaire à l'occasion d'un rapport d'information parlementaire témoigne de la problématique de la reconnaissance du Pacte Civil de Solidarité, et plus particulièrement de ces conséquences, par l'administration militaire.

Ainsi, à la création du Pacte Civil de Solidarité (ci-après PACS) par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999⁵⁰⁶, aucun règlement relatif à l'octroi et au calcul des indemnités ne prévoyait cette

⁵⁰² *A fortiori* dans l'hypothèse d'une augmentation dans la rémunération

⁵⁰³ Article 4 du décret n°59-1993 du 13 octobre 1959 dans sa version initiale.

⁵⁰⁴ « *Les militaires et leur famille* », LEPAGE Carine et BENSOUSSAN Jérôme, juin 2010, Direction des ressources humaines du Ministère de la Défense/ Service de la politique générale des ressources humaines militaires et civile / Sous-direction des études et de la prospective.

⁵⁰⁵ Rapport d'information n°4552 *sur la protection sociale des militaires*, op.cit..

⁵⁰⁶ *A fortiori*, les lois n°2006-728 du 23 juin 2006 et n°2007-1223 du 21 août 2007 réformant le texte original, en renforçant la sécurité juridique des partenaires, notamment en alignant les droits du couple marié à ceux des partenaires du PACS.

nouvelle situation familiale. Cette carence généra de nombreux recours administratifs qui, pour certains, débouchèrent sur des recours contentieux auprès des juridictions administratives⁵⁰⁷. Les requérants exigeaient que, dans un premier temps, leur situation familiale fût prise en compte par l'Administration ; dans un second temps et surtout, qu'ils bénéficiassent des mêmes droits que les couples mariés.

Saisie d'un recours pour excès de pouvoir, la Haute juridiction rappela notamment dans deux arrêts du 28 juin 2002 que lorsqu' « *une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes et, en particulier, aux principes généraux du droit tels que le principe d'égalité* »⁵⁰⁸. Et d'en conclure que le ministre de la Défense était tenu de tirer les conséquences réglementaires de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité dans un délai raisonnable et d'en modifier la réglementation devenue illégale.

Une première série de règlements prit en compte alors la situation des militaires ayant conclu un PACS et, à titre d'illustration, le décret n°2007-640 du 30 avril 2007 relatif au « *règlement des frais occasionnés par les changements de résidence des militaires sur le territoire métropolitain de la France* » dans sa version initiale accordait des droits au « *cocontractant d'un pacte civil de solidarité [mais conclu] depuis trois années* ». Puis, le décret n°2011-38 du 10 janvier 2011 relatif à la prise en compte du PACS dans le régime indemnitaire des militaires et modifiant diverses dispositions relatives à la délégation de solde des militaires généralisa la prise en compte du PACS dans la plupart des règlements en conditionnant une existence d'au moins deux années.

Se posa alors la question de savoir si la condition de durée fixée par la plupart des règlements se justifiait du fait de la différence de situation entre militaires mariés et liés par un PACS ou si elle

⁵⁰⁷ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 1 -Le recours administratif à l'encontre des actes relatifs à la situation personnelle du militaire.

⁵⁰⁸ Conseil d'Etat, 28 juin 2002, *VILLEMAIN* : req. n° 220361 ; AJDA 2002, p. 586, chron. DONNAT F. et CASAS D. ; D. 2003, Somm. p. 1941, note. LEMOULAND Jean-Jacques.

était manifestement disproportionnée, aménageant alors une discrimination illicite. Estimant que la discrimination était constituée, l'« Association de défense des droits des militaires » (ci-après ADEFDROMIL) actionna trois recours pour excès de pouvoir auprès des juridictions administratives à l'encontre de trois décrets :

- Le décret n° 2007-640 du 30 avril 2007 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les changements de résidence des militaires sur le territoire métropolitain de la France⁵⁰⁹ ;
- Le décret n° 2007-889 du 15 mai 2007 modifiant le décret n° 77-448 du 27 décembre 1977 relatif au fonds de prévoyance de l'aéronautique ;
- Le décret n° 2007-888 du 15 mai 2007 modifiant le décret n° 73-934 du 25 septembre 1973 relatif au fonds de prévoyance militaire.

Par trois arrêts rendus le 11 décembre 2008⁵¹⁰, la section contentieux du Conseil d'État débouta l'association de l'ensemble de ses demandes sans même se prononcer sur le fonds, relevant l'irrecevabilité des demandes « présentée[s] par un groupement professionnel à caractère syndical constitué en méconnaissance des dispositions de l'article L. 4121-4 du code de la défense⁵¹¹ ».

Mais quelques années plus tard que la Haute juridiction se prononça sur cette condition à l'occasion d'un avis rendu le 13 juin 2012⁵¹². S'inscrivant dans sa jurisprudence « *Denoyez et Chorques* »⁵¹³, le Conseil d'État rappela que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier ».

Ainsi, la conclusion d'un PACS depuis au moins deux ans constitue la condition pour que les militaires signataires d'un tel pacte puissent prétendre aux mêmes droits qu'un couple marié ; sans

⁵⁰⁹ Notons qu'au jour de sa requête, l'ADEFDROMIL contestait un délai de 3 années tel que nous l'évoquions précédemment.

⁵¹⁰ Conseil d'État, 11 décembre 2008, ADEFDROMIL : req. n°306962, n°307405, n°307403 ; Recueil Lebon 15 novembre 2009.

⁵¹¹ Conseil d'État, 11 décembre 2008, ADEFDROMIL, op. cit..

⁵¹² Conseil d'État, avis, 13 juin 2012, M. Rudy B. : req. n°357793 ; « Indemnité pour charges militaires : la différence entre PACS et mariage est légale », DE MONTECLER Marie-Christine, AJDA 2012, p.1189 .

⁵¹³ Conseil d'État, section, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* : req. n° 88032 ; 88148 ; AJDA 1974, p. 298, chron. FRANC et BOYON ; RDP 1974, p. 467, note WALINE ; Rev. adm. 1974, p. 440, note MODERNE .

que cette différence de traitement soit manifestement disproportionnée compte tenu des différences dans le régime juridique du mariage et du PACS.

S'agissant du régime juridique applicable aux militaires ayant conclu un PACS avant l'entrée en vigueur du décret du 10 janvier 2011 et restant unis au-delà de l'application de ce dernier, la Haute juridiction administrative distingue deux périodes :

D'une part, une première période allant de la conclusion du PACS jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 10 janvier 2011. Durant cette première période, les dispositions du règlement litigieux n'ayant pas été modifiées dans un délai raisonnable, elles sont inopposables aux requérants en raison de leur illégalité. La condition de durée posée par la suite par le décret du 10 janvier 2011 leur est également inopposable conformément au principe de la non-rétroactivité des règlements⁵¹⁴.

D'autre part, une seconde période à compter de l'entrée en vigueur du décret du 10 janvier 2011 durant laquelle la condition de deux années d'existence du PACS est exigée⁵¹⁵.

Cette condition de durée d'au moins deux années reste contestée par certains groupements qui voient dans ce « délai de stage » des motifs purement financiers ; avançant que le budget du ministère de la Défense ne serait pas capable de supporter la dépense générée par l'alignement des droits des partenaires du PACS sur ceux des couples mariés.

L'un de ces groupements, l'ADEFDROMIL, se réfère d'ailleurs pour étayer cet argument sur la première partie des conclusions du rapporteur public, Monsieur Nicolas BOULOUIS, remises lors des trois requêtes déposées par l'association ; lesquelles furent déboutées par le Conseil d'État le 11 décembre 2008⁵¹⁶. Ce dernier concluait, en effet, à une méconnaissance du principe d'égalité, relevant en particulier « *une stricte égalité de traitement [...] entre les deux catégories de personne* » au sein de la fonction publique civile et critiquant, de ce fait, la différence existant entre " *l'état civil et l'état militaire des agents publics au regard de l'objet de la réglementation*⁵¹⁷ ».

⁵¹⁴ Conseil d'État, 25 juin 1948, *l'Aurore* : Rec. Lebon p.289.

⁵¹⁵ Pour une illustration de cette jurisprudence, voir l'arrêt du Conseil d'État, 2^{ème} et 7^{ème} sous-section réunies du 29 octobre 2012, *Peru et Ulvoas*, n°357822 ; AJDA 2012. 2336, concl. PELLISSIER.

⁵¹⁶ Conseil d'État, 11 décembre 2008, *ADEFDROMIL* : op. cit..

⁵¹⁷ Extraits des conclusions publiés sur le site de l'ADEFDROMIL : le 13 janvier 2011 : www.edefdromil.com.

Néanmoins, nous rejoignons la position du Conseil d'État sur l'absence de manquement au principe d'égalité. En effet, bien que le législateur soit intervenu à plusieurs reprises pour reconnaître aux partenaires du PACS de nombreux droits dont bénéficiaient les couples mariés, il n'en reste pas moins que le mariage et le PACS soient deux situations juridiques bien distinctes. Institué en 1999 avec pour objectif principal de proposer aux couples homosexuels une « union juridique » palliant l'impossibilité pour ces derniers de contracter mariage, le PACS s'est également révélé très attractif pour les couples hétérosexuels. Sans entrer dans une analyse sociologique du PACS, il semble évident que les couples de sexe différent ayant signé un tel pacte n'entendaient pas être placés dans la situation juridique du mariage, bénéficiant certes des avantages mais subissant surtout les inconvénients. Ainsi, dans un arrêt du 28 juin 2002 *Villemain*, le Conseil d'État affirme que « *les liens juridiques qui unissent les personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité ont été organisés par le législateur de manière différente, notamment du point de vue de leur intensité et de leur stabilité, de ceux qui existent entre deux conjoints ; que ces deux catégories de personnes étant ainsi placées dans des situations juridiques différentes, le principe d'égalité n'impose pas qu'elles soient traitées, dans tous les cas, de manière identique*⁵¹⁸ »

En outre, la durée –réduite à deux années- ne paraît pas disproportionnée compte tenu de l'objectif poursuivi, fût-il exclusivement budgétaire. Le Gouvernement a d'ailleurs transigé pour réduire le délai initialement fixé à trois années dans les règlements antérieurs au décret de 2011 afin d'éviter toute disproportion et, *de facto*, toute condamnation⁵¹⁹.

Par ailleurs, le grief d'une discrimination entre couple de sexe différent et de sexe identique n'est aujourd'hui plus pertinent. Ce dernier était pourtant –à notre sens- « le nerf de la guerre » puisque, toujours sans entrer sur des considérations purement sociologiques, la reconnaissance de droits à des couples homosexuels a été d'autant plus « nonchalante » au sein de l'Armée qu'elle ne l'a été dans la société civile⁵²⁰. Ainsi, le « combat » visant à reconnaître aux signataires du PACS les

⁵¹⁸ Conseil d'Etat, Assemblée, 28 juin 2002, *Villemain* : op. cit..

⁵¹⁹ Pour illustration, cf. le décret n°2007-640 du 30 avril 2007 vu précédemment qui prévoyait un délai de trois années, porté à deux années par le décret n°2011-38 du 10 janvier 2011.

⁵²⁰ L'institution militaire a eu nécessairement besoin d'un certain délai pour intégrer des concepts que la société civile n'a reconnus que de manière progressive. Pour illustration, prenons que le cas du changement de sexe d'un sous-officier de l'armée de l'air in *Libération* publié le 11 octobre 2010 « *Une militaire transgenre doit prouver son changement de sexe « irréversible »*. Notons toutefois que l'administration militaire a réédité à l'intéressée de nouveaux documents militaires avec mention du nouveau sexe dès l'arrêt de la CA de Nancy ordonnant le changement de sexe à l'état civil (informations fournies aimablement par son ancien avocat Maître Laurent CYFERMAN).

mêmes droits qu'au couple marié en matière de rémunération avait pour « trame de fond » la reconnaissance du couple homosexuel au sein de l'Armée. Le couple homosexuel était donc contraint de prouver la stabilité de son union durant deux années sans pouvoir simplement contracter un mariage et ainsi bénéficier des indemnités à l'instar d'un couple marié. Cependant, la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples du même sexe mit fin à cette situation. Désormais, le PACS n'est plus l'« union palliative » aux couples du même sexe ne pouvant contracter mariage et, à l'instar des couples de sexe différent, la conclusion d'un PACS crée une situation juridique distincte du mariage à laquelle ils ont pleinement consenti ; à cet égard conditionner une durée de deux années d'existence au bénéfice d'indemnité ne constitue pas une méconnaissance du principe d'égalité.

§ 2 - Au niveau du déroulement de la carrière

La disponibilité exigée aux militaires peut s'avérer très contraignante et difficilement conciliable avec une vie de famille. Certains affirment d'ailleurs qu'« *épouser la carrière de militaire c'est avant tout épouser Marianne* ». Néanmoins, les « exigences de Marianne » ont été statutairement encadrées pour qu'il soit tenu compte de la situation familiale des militaires s'agissant de leur mobilité géographique (A) et de leur présence dans certaines situations exceptionnelles (B).

A - Des limites à la mobilité géographique

L'article L4121-5 du Code de la défense rappelle que « *le militaire peut être appelé à servir en temps et en tout temps* ».

Ce principe de disponibilité, aussi étendu soit-il, n'est cependant pas absolu puisque l'article poursuit en disposant que « *dans toute la mesure compatible avec le service, les mutations tiennent compte de la famille des militaires, notamment lorsque, pour des raisons professionnelles, ils sont séparés de leur conjoint, du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité, ou lorsqu'ils produisent la preuve qu'ils se soumettent à l'obligation d'imposition commune prévue par le code général des impôts (...)* » Cette prise en compte de la famille des

militaires procédait déjà de la loi de 1921 dite « Loi Roustan⁵²¹ », laquelle prévoyait en effet que dans l'hypothèse où deux fonctionnaires étaient unis par le mariage, il convenait de tenir compte de leur situation familiale pour leur affectation⁵²².

La situation familiale apparaissait ainsi comme un critère que l'Administration devait prendre en considération avant toute mutation de ses agents et ce, que ces derniers appartiennent à la fonction publique civile ou militaire. Dans un arrêt du 13 juin 1997 *époux Linkowski*⁵²³ le Conseil d'État rappelait en effet « *qu'il résulte des dispositions de [la loi du 30 décembre 1921] que les mesures qu'elle prévoit en faveur du rapprochement des conjoints s'appliquent à tous les agents titulaires d'un emploi permanent de l'Etat, et notamment aux militaires ; que ni la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires ni aucune autre disposition législative n'ont abrogé, en tant qu'elles s'appliquent aux militaires, les dispositions de ladite loi* ».

Tenant compte de cette jurisprudence et dans l'optique de consacrer statutairement « *le principe de la prise en compte de la situation familiale dans les mutations*⁵²⁴ », le législateur valida l'ordonnance n°2007-465 du 29 mars 2007⁵²⁵ laquelle ajoute cette prise en compte à l'article L.4121-5 du Code de la défense tel que nous l'évoquions précédemment.

Notons que l'article précité ne comporte plus de condition quant à la durée du PACS du militaire concerné par une mutation ; il n'est plus question désormais que d'une déclaration commune d'imposition. Or, rappelons qu'à la période de la réalisation et de la ratification de l'ordonnance de 2007, le Code général des impôts prévoyait la possibilité d'une imposition commune qu'à la condition que le pacte ait duré une certaine durée.

⁵²¹ Loi du 30 décembre 1921 rapprochant les fonctionnaires qui, étrangers au département, sont unis par le mariage, soit à des fonctionnaires du département, soit à des personnes qui y ont fixé leur résidence.

⁵²² Voir les anciens articles 2 et 3 de la loi.

⁵²³ Conseil d'État, 3 juin 1997, *époux Linkowski* : req. n° 150681, Rec. p.900.

⁵²⁴ Voir Rapport n° 317 (2007-2008) de M. André DULAIT, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 7 mai 2008.

⁵²⁵ Transposée par la loi n° 2008-493 du 26 mai 2008 *ratifiant l'ordonnance n° 2005-883 du 2 août 2005 relative à la mise en place au sein des institutions de la défense d'un dispositif d'accompagnement à l'insertion sociale et professionnelle des jeunes en difficulté* et l'ordonnance n° 2007-465 du 29 mars 2007 *relative au personnel militaire, modifiant et complétant la partie législative du code de la défense et le code civil, et portant diverses dispositions relatives à la défense*.

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité (...) font l'objet, pour les revenus visés au premier alinéa, d'une imposition commune à compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement du pacte »⁵²⁶.

Doit-on voir ici un simple oubli du législateur ou une véritable omission destinée à aligner le statut général des militaires sur celui des fonctionnaires, lequel prévoit également la condition d'une imposition commune⁵²⁷ ? Et *quid* de la situation des partenaires d'un PACS ayant opté pour un régime de déclaration séparée des revenus ?

Il n'en reste pas moins que la situation familiale de l'intéressé ne saurait prendre l'avantage sur la nécessité du service. Prenons pour illustration l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 3 février 2012⁵²⁸ qui considère que la décision de mutation qui, selon le requérant, faisait obstacle à la garde alternée hebdomadaire de ses enfants au domicile de chacun des parents ne constitue pas, selon la haute juridiction administrative, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du requérant eu égard à l'intérêt du service qui justifiait la présence nécessaire du militaire dans sa nouvelle affectation. À l'instar de la fonction publique civile, la notion d'« intérêt du service⁵²⁹ » reste une « nébuleuse » que les juridictions administratives définissent la plupart du temps de manière négative ; ainsi dans l'hypothèse d'une mutation d'office, le juge administratif recherchera si la mesure ne constitue pas en réalité une sanction déguisée⁵³⁰ ou d'un détournement de pouvoir de l'autorité ordonnant la mutation⁵³¹.

B - Des aménagements en cas d'événements familiaux

Le statut général des militaires utilise l'expression « événements familiaux » dans le cadre bien spécifique des « permissions »⁵³², néanmoins nous regrouperons sous cette expression

⁵²⁶ Article 6 du CGI dans sa rédaction antérieure au décret n° 2012-448 du 3 avril 2012 pris pour l'application de l'article 95 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

⁵²⁷ Article 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

⁵²⁸ Conseil d'État, 7ème sous-section jugeant seule, 03 février 2012, *M. Charles A.* : req. n°347717 ; « La nécessaire prise en compte des besoins opérationnels de l'État dans la conciliation entre respect de la vie privée et spécificités du statut militaire », RACLET Lucie et MARTIN Élisabeth, AJFP 2012, p.195.

⁵²⁹ « Une mesure complexe : la mutation d'office dans l'intérêt du service », Guillaume GLÉNARD : Revue de droit administratif n°7, juillet 2008, étude 15.

⁵³⁰ Pour une mutation ne présentant pas un intérêt de service, voir Conseil d'État, 7 février 2001, *A.* : req. n° 201993, Recueil Lebon, 1^{er} février 2002.

⁵³¹ Voir Conseil d'État, 11 févr. 1987, *Ville d'Hyères* : req. n° 72574, JurisData n° 1987-042020.

⁵³² Voir en particulier R.4138-26 du Code de la défense

l'ensemble des circonstances familiales que pourrait connaître le militaire. Il s'agira notamment d'un mariage / PACS, d'une naissance, d'une maladie ou d'un décès.

À cet égard, le statut général des militaires prévoit soit des permissions exceptionnelles ou des congés durant lesquels le militaire restera en position d'activité, soit des congés durant lesquels il sera placé en position de non-activité. La différence entre ces deux types de congés réside essentiellement sur leur durée. Dans l'hypothèse où ces dernières devaient durer, le militaire basculerait d'une position d'activité à une position de non-activité.

Sans entrer dans une liste exhaustive de ces congés, nous verrons les congés dans l'hypothèse d'une naissance / adoption (1), d'une maladie affectant un proche ou son décès (2).

1 - La naissance ou l'adoption.

L'article L4138-4 du Code de la défense prévoit des congés de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant ou d'adoption d'une durée égale à la législation sur la sécurité sociale ; durée qui varie ainsi selon la situation⁵³³. Une instruction du 28 mai 2008⁵³⁴ en précise les modalités.

L'Armée française étant de plus en plus féminisée, la naissance d'un enfant prend une toute autre tournure qu'auparavant ; la grossesse pouvant toucher, disons plus directement, le militaire. Selon une étude de la Direction des Ressources Humaines du Ministère de la Défense⁵³⁵, le taux de féminisation des armées en 2015 s'élevait à 15,5% de l'effectif total⁵³⁶, s'élevant à 22,1% dans l'armée de l'air et 57,9% au sein du service de santé des armées (S.E.A.)⁵³⁷.

⁵³³ Nombre d'enfants ou, pour les hypothèses les plus tragiques, la mort de l'enfant ou de la mère.

⁵³⁴ L'instruction n°230430/DEF/SGA/DRH-MD/SPHRH/FM/1 du 28 mai 2008 *relative aux congés des militaires liés à la famille*.

⁵³⁵ « *Bilan social 2015* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective.

⁵³⁶ 31 424 personnels féminins sur un effectif total de 202 964 militaires

⁵³⁷ Notons également que la féminisation concerne également des fonctions éminemment opérationnelles, notamment récemment pilote de rafale ou instructeur commando.

a - Concernant la mère

Le statut général des militaires s'est simplement aligné sur la législation de la sécurité sociale. Ainsi, le congé de maternité s'étend sur une période couvrant une partie de la grossesse à quelques semaines après la naissance, la durée variant selon les conditions dans lesquelles se déroulent la grossesse⁵³⁸ et le nombre de naissances⁵³⁹. Notons que l'instruction du 28 mai 2008 aménage également des autorisations d'absence soit en amont de l'accouchement⁵⁴⁰ soit en aval⁵⁴¹.

b - Concernant le père

Le statut général des militaires s'est également aligné sur celui des fonctionnaires. Tout d'abord, en prévoyant des permissions exceptionnelles de trois jours à l'occasion de la naissance d'un enfant du militaire⁵⁴² à l'instar des agents publics civils⁵⁴³. Ensuite en aménageant des congés de paternité de 11 jours suivant la naissance ou 18 jours en cas de naissances multiples. Notons toutefois deux différences entre les deux statuts : *primo*, ces congés sont destinés uniquement au père par le statut général des militaires alors qu'il s'adresse également à l'agent qui -sans être le père- est marié, signataire d'un PACS ou vit maritalement avec la mère⁵⁴⁴. *Secundo*, le statut général des militaires tient compte des particularités de l'état militaire en disposant que ce congé peut être reporté en cas de nécessités impérieuses de services.

Cette dernière prise en compte est reprise dans les dispositions relatives au congé pour adoption, lesquelles reprennent dans l'article R4138-6 du Code de la défense les mêmes aménagements que ceux prévus par la législation sur la sécurité sociale. La durée des congés varie ainsi selon le nombre d'adoptions et d'enfants à charge avant chacune d'elles.

⁵³⁸ État pathologique, naissance prématurée/post maturée, décès de l'enfant, enfant né non viable, décès de la mère...

⁵³⁹ Naissances successives, multiples

⁵⁴⁰ Séances préparatoires à l'accouchement, examens...

⁵⁴¹ Allaitement.

⁵⁴² Article L. 4138-26 al.2 du Code de la défense.

⁵⁴³ Chapitre II de l'instruction n°7 du 23 mars 1950 relative aux congés annuels et autorisations d'absences exceptionnelles.

⁵⁴⁴ Article L.331-8 du Code de la sécurité sociale renvoyant à l'article L.1225-35 du Code du travail.

2 - La maladie ou du décès

a - L'enfant malade, accidenté ou handicapé

Les articles R4138-7 à R4138-15 du Code de la défense prévoit un congé exceptionnel dit « de présence parental ». Ce dernier bénéficie au père et à la mère « *lorsque la maladie, l'accident ou le handicap d'un enfant à charge présente une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue auprès de lui et des soins contraignants* ». La durée d'un tel congé est de maximum de trois cent dix jours ouvrés au cours d'une période de trente-six mois, renouvelable de la même durée en cas de rechute. Le militaire souhaitant en bénéficier doit présenter sa demande par écrit auprès de l'autorité hiérarchique et, surtout, y joindre un certificat médical attestant de la gravité de l'état dans lequel se trouve l'enfant et de la nécessité pour le père et la mère de se trouver « à son chevet ».

b - Le décès d'un parent ou du conjoint

L'article R4138.26 5° du Code de la défense prévoit des permissions exceptionnelles de trois jours en cas du décès des grands-parents, parents, beaux-parents, frère et sœur du militaire. L'article poursuit en prévoyant une permission exceptionnelle de 5 jours en cas du décès du conjoint (ou partenaire d'un PACS) ou d'un enfant.

À notre époque où les familles recomposées sont de plus en plus courantes, nous pourrions nous interroger sur l'hypothèse du décès du beau-fils ou la belle-fille. Il est fort probable qu'en pratique, dans une telle hypothèse, il sera privilégié une solution analogue à celle du décès de l'enfant d'un militaire⁵⁴⁵. Néanmoins, il n'est pas vain de s'interroger tant le « statut » des beaux parents reste encore à définir.

Conclusion de la section 2

La situation familiale du militaire a une incidence notable sur son engagement professionnel. Tout d'abord, au niveau financier car la solde des militaires et plus particulièrement les primes et

⁵⁴⁵ Humainement plus acceptable à défaut de l'être juridiquement.

indemnités sont calculées en fonction de la situation familiale de l'intéressé. Ensuite, au niveau de la disponibilité car sa mobilité et sa présence seront liées à ses impératifs familiaux.

La condition opérationnelle militaire met particulièrement à rude épreuve la situation familiale des militaires. Pourtant, pour reprendre les termes de Monsieur Charles De la VERPILLIÈRE et Madame Geneviève GOSSELIN-FLEURY dans leur rapport d'information sur la protection sociale des militaires « *la base arrière est absolument nécessaire à l'équilibre du militaire*⁵⁴⁶ ». Le législateur et le pouvoir réglementaire ont ainsi œuvré à compenser ces contraintes professionnelles, notamment pécuniairement, et à aligner les droits « familiaux » accordés aux fonctionnaires civiles au bénéfice des militaires.

Conclusion du chapitre 1^{er}

Très souvent, lorsqu'ils s'engagent, les militaires sont jeunes et n'ont pas réellement d'attaches familiales. À cette période, la mobilité et les mutations ne les préjudicient pas, bien au contraire.

« Engagez-vous, rengagez-vous, ils disaient... Vous verrez du pays, ils disaient... »⁵⁴⁷

Néanmoins, rapidement ils se construisent familialement et les contraintes opérationnelles sont de moins en moins soutenables. C'est la raison pour laquelle l'administration militaire est particulièrement soucieuse de la situation familiale des soldats ; car un militaire bien dans sa famille est un militaire bien sur le terrain. Cela passe par la reconnaissance de son lien conjugal et des droits qui y sont attachés. Ces droits peuvent être pécuniaires ou aussi, plus simplement, consister à permettre au militaire d'être présent pour sa famille. Mais cette préoccupation va bien au-delà puisque l'administration militaire s'inquiète également du « moral de la famille », bien souvent révélatrice du moral des troupes. Aussi, a été développée une action sociale qui propose des

⁵⁴⁶ Rapport d'information n°4552 sur la protection sociale des militaires, op.cit..

⁵⁴⁷ Réplique des légionnaires romains dans les aventures d'Astérix et Obélix, R. GOSCINNY et A. UDERZO.

prestations et des dispositions à caractère social destinées à venir en aide au militaire ainsi qu'à sa famille⁵⁴⁸.

Par ailleurs, au-delà de sa vie familiale et à l'instar de tout citoyen, le militaire dispose d'opinions et croyances religieuses, philosophiques et politiques ; lesquelles sont encadrées par l'état militaire.

Chapitre 2 - La liberté d'exercer sa croyance religieuse

Et quand sonne le tocsin de la patrie en danger, la démocratie envoie tous ses fils, tous ses citoyens, affronter sur les mêmes champs de bataille le même péril, sans se demander si, contre l'angoisse de la mort qui plane, ils chercheront au fond de leur cœur un recours dans les promesses d'immortalité chrétienne, ou s'ils ne feront appel qu'à cette magnanimité sociale par où l'individu se subordonne et se sacrifie à un idéal supérieur, et à cette magnanimité naturelle qui méprise la peur de la mort comme la plus dégradante servitude (...)⁵⁴⁹.

Nombreuses sont les normes, nationales ou internationales, consacrant la liberté d'exercer sa croyance religieuse. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme que « nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses (...) » ; l'article 9 de la Convention européenne sauvegarde des droits de l'homme consacre de manière plus précise « la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

L'exercice d'une telle liberté par des agents publics -qu'ils soient civils ou militaires- renvoie nécessairement vers le caractère laïc de notre République. Ainsi, nous pouvons affirmer aisément que l'exercice d'une croyance religieuse par un militaire est limité au principe de laïcité. Mais encore faut-il préciser ce que l'on entend par l'exercice d'une croyance et définir la notion de laïcité (Section I). S'agissant de l'expression des croyances religieuses, toute l'ambivalence de l'état

⁵⁴⁸ Sans en donner une liste exhaustive, il peut s'agir d'aides pécuniaires lorsque les militaires sont en absence prolongée du domicile, soit du fait d'un départ en mission opérationnelle, soit d'une hospitalisation de longue durée.

⁵⁴⁹ « L'enseignement laïque », JAURÈS Jean, discours de Castre, 30 juillet 1904.

militaire repose sur, d'une part, une obligation de neutralité restreignant la pratique religieuse et, d'autre part, des mécanismes permettant d'en faciliter l'exercice (Section 2).

Section 1 - Les croyances religieuses et la laïcité : des notions imprécises

La notion de laïcité, par laquelle procède l'obligation de neutralité, est une véritable « nébuleuse » (§1). De la même manière, la notion de croyances religieuses et les pratiques qui en découlent, sont difficilement cernables (§2).

§ 1 - Un principe « nébuleux » de laïcité qui découle de l'obligation de neutralité

L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 affirme que la France est une République laïque. Mais cette caractéristique est délicate à se représenter puisque, d'une part, il n'existe pas à proprement parler de définition juridique de la laïcité de sorte que sous ce même fondement, plusieurs visions soient possibles : « *chacun voit la laïcité à sa porte* »⁵⁵⁰. D'autre part, au-delà même d'une définition générale de la laïcité, il nous importe surtout de définir sa « conception française », se distinguant des autres États laïques. D'autant plus que la notion de laïcité n'est pas « *une notion dont le contenu se serait figé il y a un siècle*⁵⁵¹ », d'où son concept est en constante évolution, se nourrissant « *des évolutions de la société, des attentes du corps social comme des exigences de l'État de droit* »⁵⁵².

Dans un sens large, la laïcité pourrait être définie comme simplement une perte d'emprise de la religion sur la société. Cette perte d'emprise serait plus ou moins caractérisée selon les États et les époques.

Dans un sens plus étroit mais aussi « plus français », le Conseil d'État l'a définie comme le rapport conflictuel entre Églises et État. Il s'agit alors du « *refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement, sans être forcément synonyme d'étanchéité totale de l'un et de*

⁵⁵⁰ « *Un siècle de laïcité* », rapport public du Conseil d'État, 2004, p.246 : www.conseil-etat.fr.

⁵⁵¹ « *Un siècle de laïcité* », rapport public du Conseil d'État, op. cit. p. 247. « *L'Islam dans la République* », rapport du Haut conseil à l'intégration (HCI), 2000.

⁵⁵² « *Islam dans la République* », op. cit..

*l'autre. Elle implique nécessairement la reconnaissance du pluralisme religieux et, surtout, la neutralité de l'État vis-à-vis des Églises »*⁵⁵³.

§ 2 - Une définition incertaine des croyances religieuses et de leur pratique

À l'instar de la notion de laïcité, il n'existe pas de définition juridique de la religion principalement du fait de la neutralité de l'État⁵⁵⁴.

Le dictionnaire LAROUSSE définit le mot religion comme « *l'ensemble déterminé de croyances et de dogmes définissant le rapport de l'homme avec le sacré* ». Ces croyances et dogmes impliquent un « *ensemble de pratiques et rites spécifiques propres à chacune* »⁵⁵⁵. C'est précisément au niveau de ces pratiques et rites spécifiques que se pose une difficulté.

Ainsi, toutes les croyances sont-elles admises au sens de la liberté d'exercice de la croyance religieuse ? Et qu'en-est-il des pratiques et rites spécifiques à chaque croyance ?

La liberté religieuse implique deux éléments. D'une part, sous un aspect positif, tout individu a le droit d'avoir la religion ou la conviction de son choix sans qu'il lui soit imposé d'en changer ou d'y renoncer.

D'autre part, sous un aspect négatif, il est interdit de fonder toute discrimination sur la religion ou la conviction⁵⁵⁶. Nous pourrions alors nous interroger sur le libre choix des convictions lorsque ces dernières s'inscrivent dans des mouvements dits sectaires, lesquelles sont également extrêmement difficiles à identifier ou définir⁵⁵⁷.

Par ailleurs, au-delà de la définition de la croyance religieuse, une difficulté se situe également au niveau de la pratique à proprement parler de la croyance.

⁵⁵³ « *Un siècle de laïcité* », rapport public du Conseil d'État, *op. cit.*

⁵⁵⁴ « *Proposition de loi relatives aux sectes* », rapport n°131 (1999-2000) de Monsieur Nicolas ABOUT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 décembre 1999, p.7

⁵⁵⁵ Définition donnée sur le site www.larousse.fr.

⁵⁵⁶ Article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁵⁵⁷ Malgré le rapport n°2468 de Monsieur Jacques GUYARD, fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes, enregistré le 22 décembre 1995.

En effet, la pratique d'une religion est délicate à délimiter. Tout d'abord, les pratiques et les rites sont propres à chacune des croyances. Ainsi de nombreuses différences résident notamment dans les « rites alimentaires⁵⁵⁸ », les communions⁵⁵⁹, ou les « effets d'habillement⁵⁶⁰ ». Ensuite, au sein de la même croyance le « degré » de pratique est différent selon les individus puisque, précisément, tout individu est libre de pratiquer ou non, de manière totale ou partielle, sa religion.

La difficulté pour définir ces notions pose d'autant plus de complexité que le législateur ainsi que le pouvoir réglementaire affirment par principe une obligation de neutralité pour tous les militaires mais, dans le même temps, aménagent certaines dispositions pour permettre à ces derniers d'exercer leur croyance religieuse.

Conclusion de la section 1

Toute la difficulté dans la conciliation entre la laïcité et la pratique d'une croyance religieuse tient principalement au caractère équivoque de ces deux notions. En effet, la laïcité revêt un sens différent selon l'État. Ainsi, si la France n'est pas le seul État laïque dans le monde, le concept de laïcité n'est indubitablement pas le même que dans les États voisins. En outre, au-delà des différences entre chaque confession, les pratiques religieuses sont surtout différentes d'un croyant à l'autre. Pour autant, bien que laïque, la République française ne peut proscrire la pratique d'une religion à ses soldats, *a fortiori*, lorsque la dangerosité de certaines opérations renvoie ces derniers à leur croyance. Aussi, l'état militaire concilie l'obligation de neutralité qui découle de la laïcité et la liberté d'exercer une croyance religieuse.

Section 2 - L'ambivalence de l'état militaire, entre restriction et exercice facilité d'une croyance religieuse

La neutralité des armées est une obligation de principe (§1) qui, cependant, s'atténue pour permettre aux militaires d'exercer leur croyance religieuse (§2).

⁵⁵⁸ Il peut notamment s'agir d'interdits alimentaires ou de périodes de jeûne.

⁵⁵⁹ Il peut notamment s'agir de la fréquence des prières, des jours de communions et de cérémonies

⁵⁶⁰ La première idée est bien entendu le voile islamique, largement débattu, mais il peut également s'agir d'autres signes religieux tels que la kippa juive ou le crucifix chrétien en pendentif imposant.

§ 1 - Une obligation de neutralité de principe

La neutralité suppose deux obligations négatives. En premier lieu, l'interdiction que les croyances religieuses influencent de manière directe ou indirectement sur la carrière des militaires (A), et en second lieu l'interdiction de manifester ses croyances religieuses pendant le service (B).

A - L'absence de discrimination professionnelle liée à la confession

La neutralité des armées impose que les considérations confessionnelles soient sans incidence pour accéder à la fonction publique militaire (1) et tout au long de la carrière. (2)

1 - L'accès à la fonction publique militaire

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirmait déjà dans son article 6 que « *tous les Citoyens [sont] admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». Plus spécifiquement, l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 interdit d'être lésé dans son emploi en raison de ses croyances.

L'interdiction d'une discrimination basée sur la croyance religieuse a été explicitement posée par la loi 83-634 du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors dans son article 6, lequel dispose qu'« *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs (...) [opinions] religieuses (...)* ».

Cette disposition n'est cependant pas reprise par la loi de 2005 portant statut général des militaires. Néanmoins, la valeur constitutionnelle du principe d'égalité, proscrivant *de facto* toute discrimination fondée sur la croyance religieuse⁵⁶¹, laisse penser qu'une telle formulation dans le statut général des militaires ne serait que purement symbolique. En effet, le principe d'égalité prévoyant certes un certain nombre d'exceptions légitimes, il serait difficilement concevable qu'une discrimination fondée sur la croyance religieuse puisse restreindre l'accès à des fonctions

⁵⁶¹ Affirmée qui plus est par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 *relative à la lutte contre les discriminations*.

militaires. Les quelques mesures « discriminatives » qui auraient été envisagées ne l'ont été simplement que sous l'angle du genre⁵⁶² ou sur celui de l'origine ethnique et sociale⁵⁶³.

La neutralité est également exigée aux candidats aux concours d'accès à la fonction militaire⁵⁶⁴. Néanmoins, dans un souci d'égalité, quelques aménagements ponctuels des modalités d'une épreuve pourraient être décidés au bénéfice de certains candidats qui seraient désavantagés en raison de la pratique de leur croyance⁵⁶⁵. Nous avons bien entendu à l'esprit le célèbre arrêt *Koen et Consistoire central des israélites de France* rendu par le Conseil d'État le 14 avril 1995 dans lequel il était question d'un régime dérogatoire pour un étudiant de confession israélite en classe préparatoire de mathématique supérieure ne pouvant assister aux cours et contrôles de connaissance qui se déroulaient le samedi matin⁵⁶⁶. La Haute juridiction administrative y rejetant la possibilité de pouvoir bénéficier d'un aménagement systématique du service, des aménagements ponctuels ne préjudiciant pas aux intérêts du service seraient envisageables.

La neutralité se poursuit également tout au long de la carrière des militaires.

2 - Dans le déroulement de la carrière

À l'instar de l'accès à la fonction publique militaire, le déroulement de la carrière ne peut être « affecté » par des considérations religieuses.

⁵⁶² Cf. notamment « *les femmes dans les forces armées françaises : de l'égalité juridique à l'égalité professionnelle* », Haut comité d'évaluation de la condition militaire : 7ème rapport, juillet 2003.

⁵⁶³ "Les militaires français issus de l'immigration", WIHTOL DE WENDEN, (C.), BERTOSSI (C.), les Documents du C2SD, n°78, 2005. "L'attractivité des armées auprès des minorités ethniques en Europe : une comparaison Allemagne, France, Grande-Bretagne", SHOLTZ Carina, fiche de l'Irsem n° 2, mai 2010. Bien qu'il y soit également abordé la question des croyances religieuses.

⁵⁶⁴ Rappelons que l'engagement militaire se réalise le plus souvent par un recrutement et, par concours pour certaines catégories. Par exemple, dans l'Armée de Terre, l'engagé volontaire signera un contrat alors que les officiers auront réussi un concours (école militaire spéciale de Saint-Cyr, école militaire interarmes), quoique de nombreux officiers sont également sous contrat : Cf. Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -Un engagement principalement temporaire

⁵⁶⁵ Nous pensons notamment à des mesures qui consisteraient, en bonne intelligence, à organiser les épreuves sportives des tests de sélection en dehors des périodes de jeûn ou de privation organisées dans les trois religions monothéistes.

⁵⁶⁶ Conseil d'État, 14 avril 1995, *Koen et Consistoire central des israélites de France* : req. n° N° 157653 ; « Obligation d'assiduité des élèves de l'enseignement public et liberté religieuse », AJDA 1995, p.501, STAHL et CHAUVAUX.

Les articles L4136-1 et suivants du Code de la défense prévoient que l'avancement s'effectue soit par ancienneté, soit par choix, soit par ancienneté et par choix⁵⁶⁷.

Bien que la notation soit distincte des propositions d'avancement, l'avancement du militaire résulte en grande partie par sa notation annuelle. Les dispositions relatives à l'avancement par nomination prévoient, en effet, que la commission présente au ministre de la Défense une liste de candidat en tenant compte de leur notation⁵⁶⁸.

Tel que le prévoit l'article L4135-1 du Code de la défense « *les militaires sont notés au moins une fois par an* » et cette notation consiste en une « *évaluation par l'autorité hiérarchique des qualités morales, intellectuelles et professionnelles du militaire, de son aptitude physique, de sa manière de servir pendant une période déterminée et de son aptitude à tenir dans l'immédiat et ultérieurement des emplois de niveau plus élevé* »⁵⁶⁹

Ainsi, qu'il s'agisse de la notation et de l'avancement, il n'est nullement question de fonder ces dernières sur des considérations telles que la croyance religieuse. Aussi, les notations devant être communiquées chaque année aux militaires ; dans le cas où ces dernières reposeraient sur des considérations illégales, un recours pourrait être diligenté auprès de la commission des recours des militaires.⁵⁷⁰

Pour autant, des mesures favorisant l'avancement de militaires en raison de leurs origine et confession ont bien été débattues pour permettre une « discrimination positive ». Ainsi le *projet de loi portant dérogation transitoire à certaines dispositions sur le recrutement et l'avancement des officiers des armées*, prévoyait des dispositions facilitant l' « *accès des Français musulmans aux différents grades d'officiers*⁵⁷¹ ». Toutefois, une telle discrimination positive se focalisait plus sur l'origine nord-africaine de Français s'étant illustrés, notamment au maintien de l'ordre en Algérie,

⁵⁶⁷ Voir Chapitre préliminaire -Section 1 -§ 1 -B -Un avancement de grade encouragé.

⁵⁶⁸ Article L4236-3 du Code de la défense.

⁵⁶⁹ Article R4135-1 du Code de la défense

⁵⁷⁰ Article R4135-5 du Code de la défense

⁵⁷¹ *Projet de loi portant dérogation transitoire à certaines dispositions sur le recrutement et l'avancement des officiers des armées*. (N° 47 et 56 [1959-1960]).

que sur la confession religieuse des populations concernées. Au surplus, de telles mesures avaient pour double objectif de récompenser le patriotisme des intéressés et d'assurer leur représentativité dans les armées au sein des officiers⁵⁷².

B - L'absence de manifestation de sa croyance religieuse

Les articles L4137-1 du Code de la défense et suivants définissent trois catégories de sanctions sans qu'il soit explicitement défini les fautes qui en font l'objet. C'est un des nombreux apports de la loi de 2005 portant réforme du statut des militaires qui tend à aligner le domaine disciplinaire sur celui des fonctionnaires civils. L'article 48 de la loi du 13 juillet 1972 prévoyait en effet des fautes pouvant entraîner des sanctions statutaires telles que « *la faute grave dans le service ou contre la discipline*⁵⁷³ ». Qu'il s'agisse du règlement de discipline militaire procédant du décret de 1966⁵⁷⁴ ou du décret de 2005⁵⁷⁵, il n'est jamais expressément fait mention d'un comportement fautif dans la pratique d'une croyance religieuse. Néanmoins, de manière indirecte, nous pourrions le déduire de l'interdiction faite au militaire d'ordonner l'accomplissement d'actes « *portant atteinte à la liberté des personnes* »⁵⁷⁶. En effet, dans un avis du 3 mai 2000⁵⁷⁷, le Conseil d'État précisait que « *le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses (...), constitue un manquement à ses obligations* ». En d'autres termes, l'obligation de neutralité prime sur la liberté de croyance dans l'exercice des fonctions. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon précisa que « *le fait de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses (...) constitue un manquement à ses obligations professionnelles et donc une faute*⁵⁷⁸ ». Néanmoins, les contentieux liés à la manifestation des

⁵⁷² Compte-rendu intégral de la 23^e séance, 1^{ère} séance ordinaire de 1959-1960, journal officiel des débats parlementaires, Sénat, p.1236.

⁵⁷³ Voir Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 1 -Décisions relevant du domaine disciplinaire.

⁵⁷⁴ Décret n°66-749 du 1 octobre 1966 *portant règlement de discipline générale dans les armées*.

⁵⁷⁵ Décret n° 2005-796 du 15 juillet 2005 *relatif à la discipline générale militaire*.

⁵⁷⁶ Article 21 3^o dernier alinéa du décret de 1966. Article D4122-2 4^o du Code de la défense.

⁵⁷⁷ Conseil d'État, Avis, 3 mai 2000, *Mlle MARTEAUX*, n°217017 ; « Neutralité du service public, neutralité dans le service », KOUBI Geneviève, D. 2000, p.747.

⁵⁷⁸ Cour administrative d'appel de Lyon, 27 novembre 2003, *Mlle Najat Ben Abdallah* : n° 03LY01392 ; « *Le port du foulard islamique dans l'exercice de la fonction publique* », KOLBERT Éric, RFDA 2004 p.588.

croyanances religieuses tiennent le plus souvent au port de signes religieux ostentatoires, hypothèse qui concerne bien moins les agents publics « en uniforme », notamment les militaires. En effet, l'article D4137-2 du Code de la défense prévoit que « *l'uniforme ne doit comporter que des effets réglementaires* » ce qui exclut ainsi tout signe religieux visible, qu'il s'agisse de vêtements ou même de bijoux de sorte que le débat autour des « effets religieux » soit inapproprié dans notre étude⁵⁷⁹.

Mais la faute sera constituée dans l'hypothèse d'un militaire exerçant une autorité en tant que chef et s'adonnant à du prosélytisme sur ses subordonnés. La Cour européenne des droits de l'homme apprécie ce type de litige en prenant tout particulièrement en considération les particularités de la condition militaire et les conséquences de celle-ci sur la situation des membres des forces armées. Elle relève en particulier que « *ce qui, en milieu civil, pourrait passer pour un échange inoffensif d'idées dont le destinataire est libre d'accepter ou de rejeter peut, dans le cadre de la vie militaire, être perçu comme une forme de harcèlement ou comme l'exercice de pressions de mauvais aloi par un abus de pouvoir. Il faut préciser que les discussions entre individus de grades inégaux sur la religion ou d'autres questions délicates ne tomberont pas toutes dans cette catégorie. Il reste que, si les circonstances l'exigent, les États peuvent être fondés à prendre des mesures particulières pour protéger les droits et libertés des subordonnés dans les forces armées*⁵⁸⁰ ».

Dans l'objectif de prévenir tout abus dans les sanctions, en particulier s'agissant des croyances religieuses des personnels militaires, l'article L4137-1 du Code de la défense prévoit qu'en cas de sanction, quel que soit le groupe, le militaire a le droit à la communication de son dossier et à la préparation de sa défense. Il résulte d'ailleurs de l'article L4123-8 du Code de la défense que le dossier individuel comporte toutes les pièces concernant la situation administrative de

⁵⁷⁹ Quid du « fameux » compte-rendu de l'abbé Benoit Julien de POMMEROL qui a été diffusé par les médias et qui relaterait l'ordre donné à un personnel militaire féminine de ne pas se promener « nue tête, afin "*de ne pas choquer les Afghans*" » et aurait ainsi dû se couvrir avec son chèche ? In www.marianne.net/blogsecretdefense/

⁵⁸⁰ Cour européenne des droits de l'Homme, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* : affaire numéro 5100/71, Série A 22, p. 41 . Voir aussi mutatis mutandis, Cour européenne des droits de l'Homme, 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce* : Recueil des arrêts et décisions 1997-VII, pp. 2589–2590, § 45.

l'intéressé⁵⁸¹ ; il ne peut y être fait état notamment des « *opinions ou croyances religieuses de l'intéressé* ». Une telle précision rappelle la tragique affaire Dreyfus.

§ 2 - Une pratique favorisée des croyances religieuses par exception

« Mon âme est à Dieu, ma vie est à l'État, ma conscience est à moi⁵⁸² ».

Nous l'avons vu, la neutralité s'impose à la fois à l'Administration qui ne peut fonder ses décisions sur des considérations religieuses et aux agents qui ne peuvent pratiquer leur croyance à l'occasion du service. Et bien que la première affirmation ne souffre d'aucune limitation, nous relevons que s'agissant de la seconde, de nombreuses mesures permettent, voire favorisent la pratique des croyances religieuses des militaires. Les militaires ne sont pas incités à exercer une croyance religieuse, mais des mesures particulières aménagent le service pour permettre la pratique du culte. Ces mesures se justifient par des contraintes opérationnelles qui sont difficilement compatibles avec la pratique religieuse et ce, *a fortiori*, dans le cadre d'opérations ou de missions extérieures.

Du fait de ce « cloisonnement spirituel », des aumôneries militaires ont été créées, permettant que les soldats soient accompagnés de ministres de leur culte (A). Par ailleurs, certaines mesures aménagent le service afin de favoriser la pratique de rites et cérémonies religieuses (B)

A - La présence de ministres du culte

L'institution du religieux auprès des troupes remonte à des temps immémoriaux. Ainsi, Clotaire II⁵⁸³ appela Sulpice⁵⁸⁴ à sa cour afin d'exercer dans les camps du roi la fonction d'abbé pour le salut de sa personne et, surtout, celui de son armée. Mais ce n'est que par l'ordonnance royale du 24 juillet

⁵⁸¹ Ainsi que les documents annexes relatifs aux décisions et avis à caractère statutaire ou disciplinaire.

⁵⁸² Devise de Blaise de Montluc.

⁵⁸³ Roi des francs de la dynastie des Mérovingiens (584 - 629)

⁵⁸⁴ Prêtre, ordonné aumônier du palais par Clotaire II et surnommé en raison d'une vie dédiée à l'assistance d'indigents et crédité de nombreux miracles : Sulpice le Pieux. C'est en sa mémoire que de nombreuses églises furent baptisées Saint-Sulpice, notamment celle de Paris.

– 8 septembre 1816 qu'apparut pour la première fois le statut des aumôniers ; ces derniers étaient alors attachés « à tous les corps de l'armée portant le nom de régiment ou de légion »⁵⁸⁵.

La loi du 9 décembre 1905, instaurant la séparation entre l'Église et l'État, aurait pu remettre en cause cette présence de ministres des cultes au sein des troupes. En effet, après avoir rappelé dans son article 1^{er} que l'État assure et garantit le libre exercice des cultes, l'article 2 prévoit que « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». À ce principe, l'article 2 définit une exception pour certaines administrations limitativement listées, en raison de l'isolement dont souffrent les usagers ou agents. L'Armée est pourtant absente d'une telle énumération.

Pour autant, tel que nous l'évoquions précédemment, la condition militaire soumet les soldats dans des situations pour lesquelles l'isolement et les contraintes opérationnelles rendent délicate la pratique d'une religion. Il n'aurait ainsi pas été admissible que les militaires soient privés d'un tel service ; d'autant plus que la difficulté et la dangerosité du métier des armes commandaient que les soldats pratiquants puissent exercer leur croyance religieuse, quand bien même ils seraient en opération ou mission loin d'un ministre de leur culte.

C'est ainsi que malgré l'absence de l'Armée au nombre des organismes dérogeant au principe de la séparation de l'Église et de l'État, l'existence d'aumôneries militaires n'a jamais été remise en cause. Actuellement, le décret 2008-1524 du 30 décembre 2008⁵⁸⁶ précise qu'ils « assurent, au sein des armées et formations rattachées, le soutien religieux du personnel de la défense et des militaires de la gendarmerie nationale, qui le souhaitent ».

L'arrêté du 15 juin 2012 portant organisation des aumôneries militaires précise qu'il est institué une aumônerie pour l'exercice de chacun des cultes catholique, israélite, protestant et musulman.

Précisons, d'une part, que pour ce dernier culte, la nomination du premier aumônier musulman est relativement récente puisqu'elle résulte de l'arrêté du 16 mars 2005 par Michèle Alliot-Marie alors

⁵⁸⁵ « Recueil général des lois, décrets, ordonnances, etc. », depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830 ; n°77 p.68.

⁵⁸⁶ Modifié pour partie par le décret 2011-1983 du 28 décembre 2011 en particulier sur la gestion des aumôniers.

ministre de la Défense. D'autre part, en 2006, le premier aumônier chrétien orthodoxe a été nommé au sein de la Légion étrangère.

De ces deux précisions, un questionnement vient à notre esprit, celui des critères pour qu'un culte soit admis à être représenté au sein des armées⁵⁸⁷. Sans revenir sur l'épineuse question de définir une croyance religieuse⁵⁸⁸, force est de constater que chaque religion peut se décliner en de multiples branches. Et alors que la religion chrétienne est représentée au sein de l'armée par une aumônerie catholique, protestante et orthodoxe, aucune subdivision n'est faite pour les religions israélite et musulmane. Cependant, aucun critère n'est clairement défini pour assurer la représentation d'une religion au sein des armées. La seule indication que nous ayons pu trouver étant l'importance de sa pratique au sein de l'Armée. En effet, lors de son allocution à l'école spéciale militaire de Saint-Cyr, le Général IRASTORZA, à l'époque chef d'État-major de l'Armée de Terre, déclarait « *aux trois religions traditionnellement présentes depuis des années, est venue s'ajouter en 2005 la religion musulmane, ce qui ne paraît pas anormal dès lors que les armées se trouve être un reflet fidèle de la diversité de notre pays* ». Il n'est d'ailleurs pas contestable que, s'agissant des croyances religieuses, l'Armée soit un reflet fidèle de la société puisque, tel que nous le démontrions précédemment, les considérations religieuses n'interfèrent pas dans l'accession à la fonction militaire et dans le déroulement de la carrière.

Notons par ailleurs qu'au-delà de leur mission première, les aumôniers apparaissent au sein des troupes comme des confidents, dépassant la religion qu'ils représentent. Pour reprendre les termes d'un aumônier protestant « *[les aumôniers] aident les militaires à mettre des mots sur leurs maux. Ni psychologue, ni assistante sociale, ni père ou mère, ils sont un peu tout cela à la fois. La proximité de leur vie avec celle des militaires leur permet connaître les questions qu'ils se posent* ⁵⁸⁹».

La présence d'aumôniers au sein de l'Armée se justifie *a fortiori* au regard de la dangerosité omniprésente des missions et opérations accomplies par les soldats. Et bien que certains soldats

⁵⁸⁷ Et de manière plus globale, au sein des administrations listée par la loi de 1905

⁵⁸⁸ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 2 -Une définition incertaine des croyances religieuses et de leur pratique.

⁵⁸⁹ Monsieur le pasteur Bernard Delannoy, aumônier en chef du culte protestant. Compte rendu n°31 de l'audition des aumôniers en chef des armées (cultes israélite, catholique, protestant et musulman), 30 mars 2011 ; commission de la défense nationale et des forces armées, sous la présidence de Monsieur Guy TEISSIER, Assemblée Nationale.

soient bien plus exposés que d'autres, le spectre de la mort est bien présent dans la conscience de la communauté militaire. Un aumônier israélite illustre parfaitement ce climat anxieux dans l'observation suivante : *« plus que le fait de donner la mort ou de la recevoir, c'est la proximité avec elle qui est essentielle. Si le fourrier de la base aérienne de Balard court peu de risques de mourir en opération extérieure, le militaire à qui il va fournir des éléments de paquetage peut, lui, ne pas revenir. Cette proximité avec la mort crée un monde parfois un peu anxieux dans une société qui a réussi à extirper la mort de son environnement : alors que les cimetières étaient au pied de l'église - autrement dit au centre du village - ils ont été éloignés de plus en plus loin à la périphérie des villes, les grands brocards noirs de notre enfance ont disparu... La mort est devenue invisible. Or, dans le monde militaire, la mort est toujours très présente. Il n'y est pas nécessaire qu'un esclave rappelle comme à César pendant son triomphe : "souviens-toi que tu vas mourir". La mort est présente, y compris pour le fourrier de Balard⁵⁹⁰ ».*

Mais la pratique d'une croyance religieuse ne se résume pas uniquement à la présence d'un ministre du culte. Quelle que soit la religion pratiquée, elle appelle nécessairement à des rites et des cérémonies. Pour permettre l'accomplissement de ces derniers, un certain nombre de mesures particulières vinrent atténuer légèrement le principe de neutralité.

B - L'édiction de mesures particulières

Deux types de mesures facilitent la pratique de la religion par les militaires : d'une part, celles permettant aux croyants de participer aux cérémonies liées à leur culte (1) et, d'autre part, celles aménageant le service pour permettre la pratique d'une religion (2).

1 - La participation à des cérémonies religieuses

Une telle mesure n'est pas spécifique à la fonction publique militaire puisque chaque année les fonctions publiques civiles dressent une liste des fêtes religieuses et recommandent aux chefs de service d'autoriser leurs subordonnées à y participer par le biais d'autorisation d'absence. À titre d'illustration, une instruction de 2005 sur l'application du décret relatif à la discipline générale

⁵⁹⁰ Monsieur le grand rabbin Haïm KORSIA, aumônier en chef du culte israélite. Compte rendu n°31 de l'audition des aumôniers en chef des armées (cultes israélite, catholique, protestant et musulman), op. cit..

militaire⁵⁹¹ prévoit en son article 21-2-a) intitulé « *autorisations d'absence pour fêtes religieuses* » qu' « *afin de permettre au militaire de participer à une fête religieuse correspondant à sa confession, des autorisations d'absence peuvent être accordées aux dates fixées chaque année par le ministère de la fonction publique* ». Néanmoins, les fêtes religieuses prévues par le ministère de la fonction publique concernent plus de croyance que celles représentées par les aumôniers militaires. Ainsi, à titre d'exemple, la circulaire du 10 février 2012⁵⁹², distingue 6 familles de cultes (catholique et protestant, orthodoxe, arménien, musulman, juif, bouddhiste) se distinguant des regroupements habituels. En outre, il est expressément fait mention dans le texte que ces autorisations d'absence doivent être accordées sous réserve que l'absence soit compatible avec le fonctionnement normal du service.

2 - Les aménagements du service pour le rendre compatible avec la pratique d'une religion

S'agissant des interdits religieux, la principale mesure prise intéresse le régime alimentaire, en particulier, les menus sans porc. Ainsi, les rations de combat individuelles réchauffables (RCIR) prévoient 14 menus de repas différents dont 7 sans porc⁵⁹³. Par ailleurs, des préconisations en matière d'alimentations sont données pour certaines fêtes religieuses ; à titre d'exemple, une note de l'État-major donne la possibilité aux soldats de confession musulmane de prendre des repas complets sans viande en dehors des heures habituelles durant la fête du Ramadan et de l'Aïd el Fitr⁵⁹⁴.

Il serait délicat d'approfondir ce type de mesures et accroître la possibilité pour les militaires d'exercer leur culte durant le service. En effet, rappelons que ces dernières mesures ne constituent

⁵⁹¹ Instruction n° 201710/DEF/SGA/DFP/FM/1 du 4 novembre 2005 modifiée, *d'application du décret relatif à la discipline générale militaire*.

⁵⁹² Circulaire n°MFPP1202144Cdu 10 février 2012 *relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions*.

⁵⁹³ Site internet du ministère de la défense, <http://www.defense.gouv.fr/terre/equipements/materiel-individuel-et-alimentation/rcir>

⁵⁹⁴ Note N° D-13-007394/DEF/EMA/ESMG/NP du 26 juin 2013. Disponible sur le site Internet du Nouvel Observateur pour illustrer son article « *une perm' en plus pour l'Aïd à l'armée : ce n'est pas un hoax* » du 21 juillet 2013.

que des atténuations au principe de neutralité de l'État, se justifiant soit parce qu'elles bénéficient également aux agents de la fonction publique civile, soit en raison des sujétions liées à l'état militaire. Par ailleurs, au-delà du principe de neutralité, de telles mesures pourraient porter atteinte au fonctionnement du service si elles n'étaient pas « sagement » encadrées. Nous imaginerions ainsi difficilement permettre à chaque soldat de se restaurer conformément aux rites de son culte dans les Cercles Mixtes. Qui plus est, il serait inimaginable de proposer des assortiments de rations de combat en conformité à tous les interdits alimentaires prônés par les religions. Rappelons que le Conseil d'État s'est prononcé en 2002 sur cette question en précisant que les « menus de substitution » n'étaient pas une obligation à l'égard de l'administration⁵⁹⁵.

Conclusion de la section 2

La laïcité dans l'Armée française est « bicéphale ». D'une part, la laïcité impose une neutralité stricte à l'administration dans ses relations avec ses militaires, notamment pour l'accès et le déroulement de leur carrière. Cette neutralité impose également aux militaires de ne pas manifester leur croyance religieuse durant le service. D'autre part, la laïcité oblige l'administration de permettre aux militaires, dont les contraintes opérationnelles ne leur permettent pas la pratique de leur religion, de pouvoir exercer leur culte. Cela se manifeste en particulier par la présence d'aumôniers militaires et par l'aménagement du service afin qu'il soit, dans certaines limites, compatible avec la pratique de la religion.

Conclusion du chapitre 2

La laïcité soulève régulièrement des difficultés quant à sa mise en œuvre. D'une part, elle impose une neutralité stricte à l'administration qui doit s'abstenir de toute discrimination ainsi qu'à ses agents qui ne doivent pas manifester leurs croyances ; d'autre part, les convictions des agents doivent être respectées, notamment par des aménagements du service. L'administration militaire

⁵⁹⁵ Conseil d'État, 25 octobre 2002, *Madame Renault* : req. n°251161 ; Cité dans Encyclopédie des collectivités territoriales, Chapitre 4 « Cultes », n°281, 2017, FIALAIRE Jacques. Voir également Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 30 septembre 2015, n° 1411141 ; « *Quel menu pour les cantines ?* », COSTA Elsa, AJDA 2015 p.2394.

va au-delà de cette seconde obligation en disposant d'aumôniers des cultes les plus représentés en France. C'est sans doute en raison de la présence d'aumôniers pour permettre la pratique d'une croyance religieuse, mais également du fait que le port de l'uniforme ne tolère aucune manifestation de la confession religieuse, que l'Armée française est bien moins confrontée aux « difficultés » qui interviennent au sein de la fonction publique civile⁵⁹⁶. Ainsi, suite à la loi de 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁵⁹⁷, la neutralité des agents publics a été expressément définie. En outre, une circulaire⁵⁹⁸ relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique précise les modalités de cette obligation.

Par ailleurs, outre sa situation familiale et sa croyance religieuse, la vie privée d'un individu est également composée de ses opinions philosophiques et politiques.

Chapitre 3 - Une liberté d'exprimer ses opinions personnelles en dehors du service

Tel que nous le verrons dans la partie suivante, l'uniforme⁵⁹⁹ commande que l'expression de celui qui le porte soit strictement encadrée⁶⁰⁰. Cette rigueur dans l'expression se retrouve en dehors du service, alors même que l'uniforme ne serait plus porté, par l'exigence d'une certaine retenue. Aussi la liberté de se réunir et de s'associer (Section 1) ainsi que la formulation des opinions personnelles (Section 2) sont réduites lorsqu'elles intéressent certains domaines.

⁵⁹⁶ Ces difficultés sont très souvent liées au port du voile ou autres habits masquant la personne. Pour illustration : Cour européenne des droits de l'Homme, 26 novembre 2015, *Ebrahimian contre France*, req. n° 64846/11 ; « *L'interdiction des signes religieux aux agents publics acceptée par la CEDH* », Dalloz Actualité, 1^{er} décembre 2015 . La Cour européenne considère que l'État français peut juger nécessaire que la requérante ne fasse pas état de ses croyances religieuses dans l'exercice de ses fonctions pour garantir l'égalité de traitement des malades.

⁵⁹⁷ Loi n°2016-433 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

⁵⁹⁸ Circulaire n° RDFS1708728C du 15 mars 2017 *relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique*.

⁵⁹⁹ « *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme* », Roseline LETTERON, mai 2000, *Economica*.

⁶⁰⁰ Partie II- Titre 1- Une expression professionnelle circonscrite.

Section 1 - La liberté de se réunir et de s'associer

L'un des objectifs de la loi de 1972 portant statut général des militaires a été de rétablir la place des militaires au cœur de la Cité et cet objectif a été, bien évidemment, repris par la loi de 2005 portant réforme du statut général des militaires. La participation des militaires à la vie de la Cité s'entend comme l'investissement personnel de ces derniers dans des activités sociales. Ainsi, après avoir reconnu les droits de vote et d'éligibilité au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale⁶⁰¹, les législateurs de 1972 puis de 2005 poursuivirent la logique en permettant aux militaires de s'engager dans le milieu « associatif » (§1). Néanmoins, l'engagement reste encadré et il ne peut s'étendre aux associations à vocation politiques (§2).

§ 1 - Une liberté d'association reconnue

À titre liminaire, précisons que par le terme « association » nous n'entendons pas simplement un groupement sans but lucratif ayant une personnalité juridique. Nous y englobant également tout rassemblement ou réunion, même factuel, au sein duquel peuvent adhérer, ou simplement participer, des militaires. La loi du 30 juin 1881 relative à la liberté de réunion ne prévoit aucune exception pour les militaires et le Conseil d'État a pu le confirmer à l'occasion d'un arrêt rendu le 18 mai 1973⁶⁰².

Nous distinguerons deux types d'associations, d'une part, celles ayant des finalités culturelles, sportives ou ludiques (A) ; d'autre part, celles ayant des finalités citoyenne et humanitaire (B).

A - Un engagement culturel, sportif ou ludique

L'article L4121-2 du Code de la défense prévoit que l'expression des militaires, quel qu'en soit le moyen, ne peut librement se manifester qu'en dehors du service. Rien ne s'oppose ainsi à ce que l'expression se manifeste par une participation des militaires à un engagement associatif culturel, sportif ou ludique.

⁶⁰¹ Partie I -Titre 1 -L'exercice du « droit de cité ».

⁶⁰² Conseil d'État du 18 mai 1973, *Massot* : req n°81656 ; Recueil Lebon, 1 juin 1974.

Une telle implication des militaires est même favorisée par l'institution d'une fédération nationale spécialement dédiée à cet effet : la fédération des clubs de la défense. Cette structure fédère l'ensemble des « clubs sportifs et artistiques » créés localement au sein de bases de défense ou autres groupements et permettant aux militaires, ainsi qu'à leurs proches, de pratiquer des activités sportives et artistiques.

L'engagement des militaires au sein de ces structures est même favorisé puisque l'interdiction d'exercer une activité accessoire⁶⁰³ prévoit tout de même une atténuation s'agissant d' « *activités sportives d'enseignement, d'animation, d'encadrement exercées au profit d'une entreprise ou d'une association*⁶⁰⁴ ».

Par ailleurs, la pratique d'un sport participant notamment à la préparation physique nécessaire aux soldats en vue du combat⁶⁰⁵, une directive ministérielle du 2 février 2004⁶⁰⁶ incite la pratique du sport dans le cadre des clubs sportifs et artistiques locaux et en appelle au bénévolat des militaires dans ces structures « *où peuvent se rencontrer civils et militaires de tous grades et de toutes fonctions* ». Au surplus, une instruction ministérielle du 3 juin 2002⁶⁰⁷ prévoit que la blessure ou le décès d'un militaire dans le cadre d'une activité organisée par le club sportif et artistique peuvent être considérés comme « imputable au service » et qualifiés par conséquent d'accident du travail.

Mais la pratique d'un sport, d'une activité culturelle ou ludique par les militaires ne se résume pas qu'au sein des clubs sportifs et artistiques locaux. En effet, d'une part, l'instruction ministérielle précitée précise que la pratique du sport par les militaires peut se dérouler dans tout type d'organismes, quand bien même ces derniers aient « une coloration purement civile ». D'autre part,

⁶⁰³ Articles L4122-2 et R4122-25 et suivants du Code de la défense.

⁶⁰⁴ Article R4122-26 9° du Code de la défense.

⁶⁰⁵ Article D4122-1 2° d) du Code de la défense.

⁶⁰⁶ Directive n°17615 du 23 décembre 2003 *pour la pratique de l'entraînement physique et des sports dans les armées*.

⁶⁰⁷ Instruction ministérielle n°5705/DEF/SGA/DFP/FM/4 du 25 avril 2002 *relative à la situation des militaires pratiquant une activité sportive*.

nous relevons en pratique une participation importante des militaires aux grands rassemblements sportifs⁶⁰⁸ ou leur implication dans les structures civiles culturelles⁶⁰⁹.

B - Un engagement caritatif et humanitaire

Dans un rapport du CREDOC d'août 2004, il est relevé une participation importante des militaires au sein d'associations visant « à défendre des intérêts collectifs, le bénévolat et les soutiens réguliers ou ponctuels à des organismes sociaux [ayant] vocation à inscrire l'individu dans les problématiques générales de la vie de la Cité », néanmoins les militaires « manifestent de la méfiance ou de la réticence à l'égard des modes de participation protestataire⁶¹⁰ ».

Cette étude illustre cette participation au sein de la « vie de la Cité » au travers de l'exemple des associations de quartier ou de parents d'élève.

Il nous semble que cette implication des militaires s'explique principalement du fait des valeurs véhiculées par les armées telles que l'exemplarité citoyenne. La population militaire étant d'une grande diversité, à l'image de la population nationale, ces valeurs se diffusent ainsi à tous niveaux et échelons sociaux.

Dans la lignée de l'engagement caritatif, l'engagement humanitaire est également notable. De la même manière, nous expliquons cet investissement des militaires par la nature des missions qui leurs sont confiées à l'extérieur du territoire national⁶¹¹. Ce bénévolat concerne aussi bien la défense de l'environnement que les œuvres caritatives⁶¹².

⁶⁰⁸ « Marathon de Paris 2014 : L'EMIA aux côtés des blessés de l'armée de Terre » in <http://www.st-cyr.terre.defense.gouv.fr>

⁶⁰⁹ Par exemple, l'implication dans les comités des fêtes locaux. Étude du CREDOC « la participation des militaires à la vie de la cité », MARESCA Bruno, MONTAYA Nathalie, HUGUET Jérôme, août 2004. Voir en ce sens le témoignage d'une Caporal-chef de l'Armée de l'Air, p.51.

⁶¹⁰ « La participation des militaires à la vie de la cité », Ibidem.

⁶¹¹ Notamment l'engagement des troupes françaises dans des missions de maintien de la paix sous mandat de l'ONU : « Mission d'observation des Nations unies en Irak et au Koweït » (MONUIK/UNIKOM) par la résolution 687 du Conseil de sécurité de l'ONU en avril 1991. La « Force Internationale d'assistance à la sécurité » (FIAS) créée par la résolution 1386 du Conseil de sécurité de l'ONU pour les conflits en Afghanistan.

⁶¹² Par exemple « les restaurants du cœur », « la participation des militaires à la vie de la cité », op. cit. p 16. Ou le téléthon, « la base aérienne de Tours roule pour le Téléthon », in <http://www.defense.gouv.fr>, publié le 17 décembre 2012.

Mais bien que les militaires émettent une méfiance ou réticence envers les modes de participation protestataire, nous relevons que de nombreuses organisations ont des revendications « politisées » ou des modes d'actions peu consensuels. En effet, *quid* par exemple de l'engagement d'un militaire au sein d'un organisme critiquant l'engagement français dans un conflit armé⁶¹³ ou les choix stratégiques français s'agissant de la défense⁶¹⁴. Dans cette hypothèse, l'engagement des militaires doit être limité au loyalisme et la neutralité⁶¹⁵ prévus par l'article 4111-1 du Code de la défense.

§ 2 - Une liberté d'association restreinte

L'engagement associatif des militaires n'est pas sans limite et la loi de 2005 portant statut général des militaires définit deux restrictions à la liberté d'adhésion des militaires. D'une part, l'article L4121-4 ancien du Code de la défense prévoyait une incompatibilité entre la discipline militaire et l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service auxdits groupements. Cette restriction, qui intéresse l'expression professionnelle des militaires, sera étudiée ultérieurement⁶¹⁶. D'autre part, l'article L4121-3 du Code de la défense formule l'interdiction pour les militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique. Cette dernière restriction qui se fonde sur la neutralité des armées semble plutôt reposer sur un véritable loyalisme (A). Pour autant, nous pouvons nous interroger sur la réalité de sa pertinence (B).

A - L'interdiction d'adhérer à un parti politique, entre neutralité et loyalisme

Il résulte de l'article L4121-3 du Code de la défense qu' « *il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique* ». Cette interdiction

⁶¹³ « *Génocide rwandais : trois ONG demandent à la justice d'interroger Paul Barril* », 2 avril 2014, Le Parisien.

⁶¹⁴ « *63 migrants morts en Méditerranée : l'armée française mise en cause pour non-assistance à personne en danger* », site internet de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme, publié le 7 octobre 2013. Le collectif « *non au missile M51. Désarmement nucléaire* » qui œuvre pour l'abandon de la dissuasion nucléaire française, site internet <http://www.nonaumissilem51.org>.

⁶¹⁵ Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 -Section 2 -Une expression retenue : entre la réserve et le loyalisme.

⁶¹⁶ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 3 -Un nouveau droit d'association professionnelle des militaires légalement reconnu et encadré.

restreint à la fois la liberté d'expression des militaires et leurs droits politiques. Il s'agit donc d'une restriction à leur droit d'expression politique. Et cette dernière a souvent été justifiée au nom de la « morale militaire » (1) de laquelle procède notamment la neutralité des armées. Néanmoins, au-delà de la simple neutralité, cette interdiction participe également à imposer un véritable loyalisme au Gouvernement (2).

1 - Une restriction fondée sur la « morale militaire »

Dans sa thèse portant sur les droits politiques et la liberté d'expression des officiers des forces armées⁶¹⁷, Monsieur Michel SÉNÉCHAL distingue deux types d'armées en fonction des périodes. D'une part, la « vieille armée » qu'il fait débiter de la Révolution française à la chute du Second Empire ; d'autre part, « l'armée nouvelle » débutant de la Monarchie de Juillet jusqu'à sa période contemporaine, au milieu du XX^{ème} siècle⁶¹⁸. Selon ce dernier, la « morale militaire » fondée sur l'obéissance passive et la neutralité politique des armées s'est forgée tout au long de ces périodes, elle serait l'héritière des errements de la « vieille armée », évoluant tout au long de « l'armée nouvelle » et aurait pour origine une double crainte à l'encontre des armées. D'une part, la crainte de l'indiscipline de la troupe du fait de dissensions politiques. L'illustration la plus pertinente est, selon nous, l'épisode des élections de 1849. Dans ses mémoires⁶¹⁹, J.B. BOICHOT rapporte en effet que les partis politiques se livrèrent à une véritable offensive électorale en sélectionnant des militaires et en les présentant comme étant « les candidats de l'armée ». S'en suivirent des actes d'indisciplines qui perturbèrent grandement le bon fonctionnement de l'institution. Ces troubles furent favorisés par l'introduction dans les armées d'une véritable propagande, ce qui aboutira par la suite (à partir de la III^{ème} République) à la suppression pure et simple des droits politiques des militaires⁶²⁰.

⁶¹⁷ « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », SÉNÉCHAL Michel, 1964, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. PICHON et R. DURAND-AURIAS

⁶¹⁸ Nous proposons d'ailleurs au travers de cette étude une « nouvelle ère » des armées qui débiterait à l'institution par la loi de 1972 d'un statut général des militaires.

⁶¹⁹ « *La Révolution dans l'armée française* », BOICHOT J.B., Bruxelles 1865.

⁶²⁰ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 2 -A -Les élections de 1849, un contexte politique désastreux au sein de l'Armée.

D'autre part, la crainte d'une insurrection militaire sur le pouvoir civil qui suscita une véritable méfiance à l'égard de l'Armée. Ainsi, la conscription instituée par la loi du 27 juillet 1872 en ce qu'elle conféra *de facto* une influence grandissante aux « gradés » sur le peuple français, justifia un véritable *capitis deminutio* des militaires. En outre, les coups d'État, qu'ils aient abouti⁶²¹ ou non⁶²², agrémentèrent grandement cette méfiance.

La « morale militaire » resta imprégnée dans l'esprit du législateur de 1972 qui affirma à l'article 9 de la loi du 14 juillet 1972 qu' « *il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique* ».

Le maintien d'une telle restriction s'est également posé lors des travaux préparatoires à la loi portant réforme au statut général des militaires du 24 mars 2005. Ainsi, à l'occasion de son rapport sur le projet de loi de 2005, Monsieur Guy TEISSIER⁶²³ avait été questionné par des parlementaires sur la pertinence du maintien de l'interdiction d'adhérer à un parti politique, laquelle n'existe pas dans le statut général des fonctionnaires, et proposèrent simplement d'imposer aux militaires la discrétion sur leurs affinités politiques en leur interdisant de faire état de leur éventuelle adhésion à un parti. Madame Michèle ALIOT MARIE, alors Ministre de la défense, précisa qu'elle savait les militaires suffisamment responsables pour ne pas faire état de leur adhésion à un parti politique mais qu'elle craignait que des partis politiques révèlent, quant à eux, l'adhésion des militaires au sein de leur rang et, en particulier, dans les villes de garnison où la présence militaire pouvait être un véritable enjeu électoral. Elle en concluait que l'adhésion à un parti politique pouvait nuire à la neutralité que les citoyens attendaient de leur armée⁶²⁴.

Mais bien au-delà de la simple discrétion imposée aux militaires s'agissant de leur opinion politique qui procéderait de la neutralité de l'Armée, c'est bien une interdiction pure et simple faite aux militaires de s'investir autour de la question politique qui est affirmée. L'obéissance passive qui en résulte relève moins de la neutralité que d'un véritable loyalisme envers le Gouvernement.

⁶²¹ Citons le coup d'État de Napoléon Bonaparte puis de Louis Napoléon Bonaparte

⁶²² Citons l'épisode de l'hypothétique coup d'État du Général BOULANGER à la fin du XIXe siècle et du coup d'État avorté lors du « Putsch des Généraux » le 21 avril 1961.

⁶²³ Rapport 1969 au nom de la Commission de la Défense Nationale et de Forces Armées sur le projet de loi n° 1741 portant statut général des militaires, Guy TEISSIER, 1^{er} décembre 2004.

⁶²⁴ Rapport 1969, op. cit. p 55.

2 - De la neutralité politique au loyalisme

Alors que la seule neutralité aurait consisté à ordonner aux militaires de taire purement et simplement leur opinion politique durant le service et à observer des réserves dans leur expression en dehors du service, l'interdiction quasi-absolue d'adhérer à un parti politique semble plutôt découler de l'obligation de loyalisme.

Au-delà de la simple obligation de loyauté exigée aux fonctionnaires de la fonction publique civile et qui se définit comme une « *conformité aux exigences de l'honneur, de la probité et de la droiture*⁶²⁵ », le loyalisme se définit comme une « *fidélité au régime établi ou à une autorité reconnue comme légitime*⁶²⁶ ».

C'est ainsi l'obéissance passive, composante de la « morale militaire », qui fonde l'interdiction posée à l'article L4121-3 du Code de la défense : « *il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique* ».

Dès lors, la « voix militaire » étant difficilement véhiculée au sein des partis politiques, les « voix dissonantes » intéressant notamment les réformes de l'institution militaire sont à peine audibles.

La passivité exigée aux militaires s'agissant de leur engagement politique participe, par conséquent, à imposer un véritable loyalisme de ces derniers vis-à-vis du pouvoir en place.

Néanmoins, il nous semble que cette restriction à la liberté d'association doive disparaître au profit d'une simple retenue.

B - Une restriction encore légitime ?

L'interdiction d'adhérer à un parti politique semble de plus en plus contestable à plusieurs égards. Cette restriction à la liberté d'adhésion à une association souffre tout d'abord d'exceptions et de limites (1). Puis elle ne se justifie que très difficilement depuis les réformes successives de l'institution militaire (2). Enfin, la liberté d'adhérer une association étant une liberté fondamentale, il importe que cette restriction satisfasse à certaines conditions telle qu'a pu le rappeler à de multiples reprises la Cour Européenne des Droits de l'Homme (3).

⁶²⁵ Dictionnaire juridique in www.lexinter.net

⁶²⁶ Dictionnaire Larousse in www.larousse.fr

1 - Une interdiction souffrant d'exception et limite

L'interdiction d'adhérer à un parti politique n'est pas absolue. D'une part, et de manière paradoxale, le législateur de 2005 a offert la possibilité aux militaires d'adhérer à un parti politique dès lors qu'ils aspirent à occuper un mandat électif (a). D'autre part, il a pu être accordé aux militaires de pouvoir s'exprimer alors même que cette expression nécessitait une « adhésion de fait » à un parti politique (b).

a - L'adhésion à un parti politique pendant la durée de la campagne électorale et du mandat

L'interdiction d'adhérer à un parti politique connaît une exception dans l'hypothèse où un militaire souhaiterait se porter candidat à une fonction publique élective. L'article L4121-3 du Code de la défense prévoit en effet que dans cette hypothèse l'interdiction d'adhésion à un parti politique est suspendue pour la durée de la campagne électorale et cette prolongation s'étendrait à la durée du mandat en cas d'élection. Mais, de fait, dans une telle hypothèse, l'obligation passive et la neutralité exigées au militaire serait bien plus compromises que s'il avait simplement adhéré à un parti politique sans aspirer à un quelconque mandat électif. En effet, lors de la campagne électorale, il est peu probable que le militaire-candidat ne dévoile pas son état militaire et, une fois élu, il souhaitera sûrement s'exprimer sur des questions touchant le domaine de la « Défense », évoquant de ce fait son état militaire. En dépit de ces atteintes à la « morale militaire », le législateur de 2005 autorise toutefois l'adhésion des militaires à un parti politique.

Néanmoins, en pratique, il est fort probable que les militaires aspirant à une fonction publique élective soient contraints de soutenir leur candidature sans l'appui d'un parti politique. Il serait purement illusoire de penser qu'un parti politique accepte l'adhésion d'un candidat seulement au début de la campagne électorale ; la préparation de cette dernière débute en effet bien en amont, *a fortiori* s'agissant d'une élection nationale.

Il est ainsi vraisemblable que les militaires-candidats se présenteront aux élections « sans étiquette politique ». Et, tel que nous l'évoquions précédemment⁶²⁷, l'absence d' « étiquette politique » est

⁶²⁷ Cf. Partie 1/Titre 1/Chapitre2/Section 2 « Une éligibilité réaffirmée mais dont l'exercice reste délicat »

un véritable handicap pour les militaires-candidats lors des élections. Cet obstacle posé pour accéder aux fonctions publiques électives est certainement un facteur permettant d'expliquer la quasi-absence de militaires à l'Assemblée Nationale⁶²⁸. En atteste la répartition des députés par catégorie socio-professionnelle qui ne fait aucunement état de militaires alors qu'elle répertorie des fonctionnaires de catégorie A, B et C, des fonctionnaires de grands corps étatiques, des enseignants, des cadres et employés d'entreprises publiques et des magistrats. Certes, l'interdiction d'adhérer à un parti politique ne suffit pas à expliquer l'absence totale de représentation de militaires au sein de l'Assemblée Nationale, mais il s'agit d'une restriction supplémentaire aux autres restrictions aboutissant, tel que nous l'affirmons, à rendre l'éligibilité délicate à mettre en œuvre.

Dans l'hypothèse de l'élection d'un militaire après que ce dernier eut adhéré à un parti politique, son adhésion au sein de ce parti peut se poursuivre tout au long de son mandat. Mais une fois ce dernier arrivé à son terme, et que l'ancien élu retrouve son poste au sein de l'institution militaire, la neutralité politique serait-elle encore assurée au sens qu'elle était formulée lors des travaux préparatoires de la loi portant statut général des militaires de 2005 ? En d'autres termes, le militaire anciennement élu pourrait-il s'affranchir de l'étiquette politique qu'il avait pourtant revendiquée pour accéder à son mandat électif ? Nous ne pensons légitimement pas. À notre humble avis, dans cette hypothèse la neutralité telle qu'elle était définie au moment des travaux préparatoires de la loi de 2005, serait irrémédiablement compromise.

b - Le vote lors des primaires d'un parti politique

Tel que nous l'évoquions précédemment, en 2011, les partis socialiste et radical de gauche organisèrent de concert une primaire présidentielle socialiste, nommée officiellement « primaires » citoyennes ». Un scrutin à deux tours se déroula les 9 et 16 octobre 2011 et, de manière novatrice, il était ouvert à tous les citoyens inscrits sur les listes électorales et se reconnaissant « dans les valeurs de la gauche et de la République » par la signature d'une déclaration. Des primaires furent également organisées en amont des élections présidentielles de 2017 par le parti socialiste et le parti « les Républicains »⁶²⁹.

⁶²⁸ Lors des élections législatives de 2017, une seule militaire fut élue : la Capitaine Laetitia SAINT-PAUL. L'Assemblée Nationale n'avait plus comporté un militaire en activité élu député depuis 1918 !

⁶²⁹ Cf. Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 3 -L'exercice du droit de vote nécessitant un engagement politique.

La participation au vote ne nécessitant pas obligatoirement l'adhésion *stricto sensu* à un parti politique, la question s'est légitimement posée de savoir si des militaires en activité pouvaient prendre part au vote.

Selon le journaliste Jean-Dominique MERCHET, une note émanant de la Direction des ressources humaines du Ministère de la Défense (DRHMD) conclurait qu'il « *[paraissait] difficile de s'opposer à ce qu'un militaire se rende un dimanche, dans un bureau de vote pour participer aux primaires⁶³⁰* ». Une telle solution paraît légitime sous réserve que les participants n'affichent pas leur qualité de militaire⁶³¹. Cette note préciserait, en outre, que l'interdiction d'adhérer à des groupements ou des associations à caractère politique ne saurait s'étendre à la signature d'une déclaration selon laquelle le signataire reconnaîtrait les valeurs de la gauche.

Nous ne comprenons que difficilement la raison pour laquelle l'interdiction d'adhérer à un parti politique reste applicable aux militaires lorsqu'il leur a été permis de prendre part à un vote impliquant une adhésion de fait. Certes, les partis politiques concernés s'étaient engagés à détruire les listes des électeurs après le scrutin, mais nous pensons que, malgré tout, cette faculté ait constitué une limite importante à la « morale militaire » pourtant affirmée par le statut général des militaires. Aussi, cette « autorisation tacite » de l'administration militaire de laisser les militaires certifier se reconnaître dans les valeurs d'un parti politique sous réserve qu'ils ne manifestent pas leur état militaire démontre que la simple discrétion sur leur affinité politique, envisagée dans le rapport de Monsieur Guy TEISSIER⁶³² lors de la réforme du statut général des militaires, suffit à assurer la neutralité de l'Armée.

⁶³⁰ « *Les militaires peuvent-ils voter à la primaire du PS ?* », MERCHET Jean-Dominique, 8 octobre 2011, <http://www.marianne.net>.

⁶³¹ Sous condition d'être en dehors du service, tel que formulé par l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 1973, *Massot* : req n°81656 ; Recueil Lebon, 1 juin 1974.

⁶³² Rapport 1969 au nom de la Commission de la Défense Nationale et de Forces Armées sur le projet de loi n° 1741 portant statut général des militaires, Guy TEISSIER, 1^{er} décembre 2004.

2 - Un « nouveau visage » de l'institution militaire ne pouvant plus justifier une telle interdiction

Tel que nous le précisons précédemment, l'interdiction d'adhérer à un parti politique s'inscrit dans une logique de neutralité et d'obéissance passive (de soumission) de l'Armée. D'autres sujétions participent à assurer une telle logique, notamment celles limitant le droit de participer à la vie de la cité⁶³³, la liberté religieuse ou, plus généralement, la liberté d'opinion⁶³⁴. Néanmoins, nous relevons que l'ensemble de ces sujétions ont progressivement évolué en s'atténuant afin de reconnaître aux militaires l'exercice des droits reconnus à tous les citoyens. Ainsi, nous pourrions légitimement nous interroger sur la pertinence de l'interdiction d'adhérer à un parti politique à une époque où les militaires peuvent à présent voter, être éligibles, librement adhérer ou constituer une association⁶³⁵ et s'exprimer librement sans autorisation préalable. La condition militaire a, en effet, évolué parallèlement aux évolutions de notre société et le législateur -au travers des lois de 1972 et de 2005 - s'est efforcé de ne pas exclure les militaires de la société en rapprochant leur statut de celui des fonctionnaires. Et quand bien même des spécificités perdurent, elles ne doivent pas aboutir à « marginaliser » les militaires. Or, il nous semble que l'interdiction d'adhérer à un parti politique ne répond plus à la nécessité impérieuse à laquelle elle répondait auparavant d'assurer une neutralité et une obéissance passive de l'Armée. Du moins, l'étendu de l'interdiction n'est plus proportionnée aux risques réels craints auparavant⁶³⁶.

3 - Une interdiction disproportionnée au but recherché

Les associations dont l'objet statutaire est explicitement ou implicitement politique ont toujours fait l'objet de vives méfiances par les Gouvernements successifs.

⁶³³ Cf. Partie I – Titre 1- Le droit de participer à la « vie de la cité ».

⁶³⁴ Cf. Partie I – Titre 1 – Chapitre 2 –La liberté d'exercer sa croyance religieuse & Chapitre 3- Une liberté d'exprimer ses opinions personnelles en dehors du service.

⁶³⁵ N'ayant pas un objet statutaire à dominante politique bien entendu.

⁶³⁶ Partie – Titre 2 – Chapitre 3- Section 1- §2- A- 1- Une restriction fondée sur la « morale militaire ».

Ainsi, alors qu'au lendemain de la Révolution française, l'Assemblée constituante consacrait pour la toute première fois le droit d'association aux citoyens⁶³⁷, le Code pénal napoléonien se montrait moins « permissif » en prohibant toute association non autorisée de plus de 20 personnels⁶³⁸.

Le principe d'une réelle liberté d'association pour tout citoyen a été réaffirmé par la loi Waldeck-Rousseau du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et qui constitue encore actuellement la base juridique des « associations politiques » en France.

Depuis, la liberté d'association n'a cessé d'être consacrée et reconnue. Tout d'abord, sur le plan national, le Conseil d'État a reconnu la liberté d'association comme figurant au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁶³⁹. Le Conseil constitutionnel a également reconnu la valeur constitutionnelle de cette liberté dans sa décision du 16 juillet 1971⁶⁴⁰. Sur un plan international ensuite, l'Assemblée générale des Nations unies à New York le 10 décembre 1948 a adopté la Déclaration universelle de l'Homme dont l'article 20 consacre la liberté pour toute personne de réunion et d'association pacifique. De même, le 4 novembre 1950, la France a signé la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, laquelle consacre expressément la liberté d'association pour tous les ressortissants des États signataires⁶⁴¹.

La liberté d'association, à l'instar de toute liberté fondamentale, n'est pas une liberté absolue et des restrictions légitimes peuvent être aménagées par les États quant à son exercice. Néanmoins, l'interdiction telle qu'elle est établie par l'article L4121-3 du Code de la défense est clairement disproportionnée.

Ainsi, l'article 11 de la Convention de Sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, après avoir affirmé une liberté de réunion pacifique et d'association, prévoit

⁶³⁷ Loi du 21 août 1790 ;

⁶³⁸ Article 291 du Code pénal, dans sa version en 1810

⁶³⁹ Conseil d'État, Ass. Plénière, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang*, Recueil Lebon, p.317.

⁶⁴⁰ Conseil constitutionnel, 71-44 DC du 16 juillet 1971, *loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association* ; Recueil du Conseil constitutionnel, p.29.

⁶⁴¹ Article 11 CESDH.

également que des mesures restrictives puissent être prévues par la loi dès lors qu'elles constituent « des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime (...) ». Et poursuit en précisant que des restrictions légitimes peuvent être « imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées (...) ». En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu préciser que « les exceptions visées par l'article 11 [appelaient], à l'égard des partis politiques, une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à leur liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11§2, les États contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite (...)»⁶⁴² ».

Par conséquent, un contrôle de conventionalité que réaliserait la Cour européenne des droits de l'Homme sur les restrictions apportées à la liberté d'association aboutirait indéniablement à invalider ces dispositions excessives et disproportionnées. Certes, l'article L4121-3 du Code de la défense prévoit une exception dans l'hypothèse d'une candidature à une fonction publique élective, néanmoins malgré cette dernière, nous pensons qu'eu égard au but recherché (neutralité et obéissance) la mesure est bien excessive. D'ailleurs, l'interdiction d'adhérer à un parti politique ne s'applique pas aux militaires de la réserve de sorte que l'on pourrait se demander si cette différence de traitement entre militaires d'active et militaires de réserve n'aboutirait pas à méconnaître les dispositions de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés publiques relatif à l'interdiction de discrimination.

En outre, la condamnation par la Cour européenne d'une telle disposition est d'autant plus probable que cette dernière a pu récemment condamner l'interdiction aux militaires d'adhérer à un groupement professionnel alors que cette restriction apparaissait tout aussi fondée⁶⁴³. Dans ces décisions, la Cour européenne sanctionne l'interdiction pure et simple d'adhérer à un groupement

⁶⁴² Cour européenne des droits de l'Homme [Grande Chambre] du 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, § 100, Requête n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.

⁶⁴³ Cour européenne des droits de l'Homme, décisions du 4 octobre 2014, *Matelly et ADEFDROMIL* ; JurisData numéro 2014-022214 et 2014-022215. Partie 2/Titre 1/ Chapitre 2/§3 Vers un droit d'association professionnelle des militaires légalement reconnu et encadré.

professionnel et, à notre sens, l'interdiction d'adhérer à un parti politique est tout aussi contestable⁶⁴⁴.

Sur le plan national, le contrôle du juge constitutionnel, via une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), de l'interdiction d'adhérer à un parti politique aboutira tout aussi probablement à relever le caractère disproportionné⁶⁴⁵, de l'article L4121-3 du Code de la défense par rapport au but recherché⁶⁴⁶.

Néanmoins, à ce jour, la disposition relative à l'interdiction d'adhérer à un parti politique n'a pas fait l'objet d'un contrôle conventionnel ou constitutionnel. La passivité de l'administration militaire à se prononcer sur l'étendue de l'interdiction litigieuse, notamment lors du vote aux primaires des partis politiques⁶⁴⁷, contribue à l'absence de contrôle juridictionnel.

Conclusion de la section 1

Le législateur de 2005 a grandement favorisé l'expression des militaires en leur permettant d'adhérer à des groupements, quel qu'en soit la forme, à l'exception de ceux ayant une vocation professionnelle ou politique. Néanmoins, l'interdiction d'adhérer à un groupement à caractère politique apparaît, à ce jour, excessive. En effet, tout d'abord, de nombreux groupements sont « politisés » sans pour autant être des partis politiques. Ensuite, une telle interdiction -en ce qu'elle excède la simple retenue des militaires- procède plus du loyalisme que de la neutralité. Enfin, l'interdiction apparaît manifestement disproportionnée au but recherché et, suite à l'annulation de l'interdiction d'adhérer à un groupement professionnel, l'administration militaire perçoit nettement cette disproportion. Ainsi, permet-elle tacitement aux militaires de pouvoir prendre part aux primaires des partis, sous réserve, de ne pas manifester son état militaire.

Par conséquent, il nous semble que l'interdiction d'adhérer à un parti politique n'a plus de légitimité dans la société contemporaine. La simple retenue déjà exigée aux militaires est amplement suffisante.

⁶⁴⁴ « *Organisation et missions de la Défense* », de BELLESCIZE Ramu: Jurisclasseur, Fasc. 250, point 72.

⁶⁴⁵ « *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes* », GOESEL-BIHAN Valérie : Revue française de droit constitutionnel 2007/2 (n° 70), p 269.

⁶⁴⁶ Décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 77 ; Constitutions 2014. 68, chron. BARILARI.

⁶⁴⁷Partie 1 – Titre 2 - Chapitre 3 – Section 1 - §2 – B – 1 – b – Le vote lors des primaires d'un parti politique.

Section 2 - Une expression retenue : entre la réserve et le loyalisme.

En dehors du service, le militaire –à l’instar de tout fonctionnaire- doit peser ses propos pour ne pas laisser apparaître de manière notoire et excessive toute irrévérence envers l’État et, en particulier, envers le service dans lequel il exerce.

Il résulte ainsi de l’article L4121-2 du Code de la défense que les opinions « *ne peuvent (...) être exprimées qu’en dehors du service et avec la réserve exigée par l’état de militaire* ». En outre, l’article L4111-1 du Code de la défense prévoit que l’état militaire exige, entre autre, un esprit de loyalisme.

Dès lors, l’expression des militaires en dehors du service est doublement restreinte, d’une part, dans sa forme (obligation de réserve), d’autre part dans son fond (obligation de loyalisme). Cette distinction se veut néanmoins purement théorique et, en pratique, nous relevons que la jurisprudence sanctionne indifféremment les atteintes à ces obligations, aussi bien sur la forme que sur le fond, sous le fondement de l’obligation de réserve. (§1)

Par ailleurs, nous relevons que ces obligations sont bien plus prononcées à l’encontre des militaires que d’autres agents publics (§2).

§ 1 - Restriction quant au fond et à la forme : la retenue

Depuis la suppression de l’autorisation hiérarchique préalable pour évoquer publiquement des questions militaires non couvertes par le secret (A), la retenue exigée en dehors du service ne procède plus de l’obligation d’obéissance mais de la neutralité et du loyalisme. À ce titre, le législateur a souhaité rapprocher, une nouvelle fois, les statuts des militaires et des fonctionnaires (B).

A - L’expression encadrée sur des questions ayant attrait à la défense

L’expression des militaires a été longtemps circonscrite par un régime d’autorisation préalable pour évoquer les questions militaires non couvertes par le secret. Était surtout visée, la possibilité pour les militaires de publier leurs observations ou commentaires notamment dans des journaux nationaux. D’ailleurs, selon une enquête du centre des relations humaines du Collège interarmées de défense en 1996, le quotidien *Le Monde* était le quotidien privilégié pour ce type de publication.

Pour autant, malgré un régime si contraignant, de nombreuses publications ont été réalisées par des militaires, allant de simples traités sur la tenue et l’exemplarité militaire, l’histoire des guerres françaises, jusqu’à une réflexion sur le « format » et le rôle des armées (1). De même, la question de l’expression des militaires en dehors du service a pris une importance toute particulière avec la

démocratisation d'Internet et, en particulier, l'affluence croissante des forums et réseaux sociaux (2).

1 - La fin du régime d'autorisation préalable pour s'exprimer

Le législateur de 1972 prévoyait dans le statut général des militaires, une liberté d'expression en dehors du service avec réserve. Il réaffirma également l'obligation pour tout militaire souhaitant invoquer publiquement une question militaire non couverte par le secret, d'en solliciter préalablement l'autorisation à l'autorité hiérarchique. Il s'agissait alors d'astreindre les militaires à une double limitation de l'expression puisqu'elle devait être, d'une part, agréée en amont et, d'autre part, suffisamment retenue en aval.

Dans un mémoire portant sur l'expression individuelle des officiers de l'armée française en 1996, le Capitaine de Corvette Dominique de LORGERIL relevait qu'en moyenne sept demandes d'autorisation préalable par an étaient adressées au Ministre ; une sur deux était refusée⁶⁴⁸.

Quelques années plus tard, les travaux parlementaires réalisés lors du projet de loi visant à réformer le statut général des militaires en 2004 préconisaient la suppression du régime d'autorisation préalable. Ainsi, dans son rapport du 29 octobre 2003, Monsieur Renaud DENOIX de SAINT-MARC précisait que « *le sens des responsabilités des militaires n' [étant] pas moindre que celui des autres citoyens ; il n'est donc pas nécessaire de poser à leur liberté d'expression d'autres limites que celles qu'impose le droit commun de la fonction publique* ⁶⁴⁹».

Ainsi, le législateur de 2005 n'a pas repris ce régime d'autorisation préalable. Dorénavant, tout militaire peut librement évoquer une question touchant à la défense nationale, dans les limites du secret inhérent à la sécurité nationale et de la réserve liée à l'état militaire. En d'autres termes, le militaire qui s'exprime assumera pleinement la responsabilité de ses propos. Sans pour autant regretter le mécanisme d'autorisation préalable antérieur, nous relevons que ce dernier avait pour avantage de protéger à la fois l'institution militaire et l'auteur de la publication puisque cette dernière devait recueillir une « caution hiérarchique » avant diffusion. Aussi, il serait judicieux que l'auteur de tout propos ayant vocation à être publié puisse en rendre compte au préalable à sa hiérarchie, laquelle pourrait rendre un avis. Cette préconisation nous semble d'autant plus

⁶⁴⁸ « *Un devoir essentiel de l'officier : Nourrir et exprimer sa réflexion* », DE LORGERIL Dominique, IEP de Toulouse 1996.

⁶⁴⁹ « *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », DENOIX DE SAINT MARC Renaud, 29 octobre 2003, p.5

pertinente que les moyens de communication sont actuellement si développés qu'il n'est plus nécessaire d'être expert d'un domaine pour pouvoir publier massivement ses observations et commentaires.

2 - Une expression de plus en plus sollicitée, une responsabilité de plus en plus engagée

Les prouesses technologiques de ces trente dernières années ont eu principalement pour conséquence un accès et une diffusion de l'information de manière quasi-instantanée, mais surtout une interactivité des « internautes », tantôt auteurs, tantôt commentateurs d'une publication.

Dans ce contexte, il n'est pas rare que certains militaires viennent commenter des actualités sur des blogs ou forum Internet, soit spécialisés sur la Défense nationale, soit bien plus généralistes. Principalement, les militaires ne sont pas auteurs des billets, mais apportent souvent quelques commentaires. L'anonymat possible dans les échanges sur Internet offre à ces derniers une véritable liberté de parole, sans réelle conséquence sur leurs obligations de neutralité et de loyalisme. Plus rarement, certains militaires créent et animent leur propre blog et, à notre avis, le fait que les auteurs de ces publications soient identifiés rend ces dernières bien plus pertinentes.

Dans la même logique, les réseaux sociaux facilitent et incitent fortement leurs utilisateurs à apporter leur contribution par des photographies ou des vidéos et les commenter par la suite.

Sur cette question, conscient des risques que la propagation des informations peut engendrer soit pour la sécurité nationale soit, plus prosaïquement, pour leur auteur, la Délégation à l'Information et à la Communication de la Défense (DICOD) a publié une guide pédagogique intitulé « *Guide de bon usage – Média sociaux* ». Il y est préconisé, outre le respect du secret professionnel, de communiquer avec réserve en gardant à l'esprit le loyalisme et l'obéissance lié à l'état militaire⁶⁵⁰. La mise en garde de la DICOD démontre bien que, d'une part, il est devenu extrêmement délicat pour le ministère de circonscrire l'expression des militaires du fait de l'explosion des nouvelles technologies et de leur utilisation⁶⁵¹. D'autre part, les militaires publient bien plus aisément leurs

⁶⁵⁰ Rép. min. n° 1709 : JO Sénat Q 17 avr. 2008, p. 776

⁶⁵¹ Le régime d'autorisation préalable pour s'exprimer semble bien dépassé.

remarque et observation sur des sujets auxquels ils ne sont pas souvent consultés professionnellement, ils en deviennent bien plus exposés à sanction.

B - La retenue, une notion protéiforme

Depuis l'adoption du premier statut général des fonctionnaires civils en 1946⁶⁵², l'expression des agents publics a toujours fait l'objet d'un équilibre entre leur liberté individuelle et l'action de l'administration. L'expression des fonctionnaires durant le service s'efface devant des exigences telles que la neutralité⁶⁵³ et l'obligation d'obéissance⁶⁵⁴. Mais, en dehors du service, les restrictions à l'expression sont plus exceptionnelles et elles ne se justifient que vis-à-vis de l'obligation de réserve. La difficulté est que cette notion est « *largement entendue et il arrive que soient confondues, dans la notion d'obligation de réserve, les notions de neutralité, de loyauté ou encore de déférence, de discrétion professionnelle, voire de secret professionnel* »⁶⁵⁵

L'obligation de réserve à proprement parler est une construction jurisprudentielle que la doctrine fait, soit remonter à la jurisprudence *Terrisse* de 1919⁶⁵⁶, soit postérieurement à la jurisprudence *Charton* de 1938⁶⁵⁷ ou encore à la jurisprudence *Bouzanquet* de 1935⁶⁵⁸. Le terme de « réserve » aurait, d'ailleurs, été emprunté à une jurisprudence de la Cour de la cassation s'agissant du contrôle disciplinaire des magistrats⁶⁵⁹. Bien qu'étant et demeurant jurisprudentielle⁶⁶⁰ à l'égard de la plupart des agents publics ; certains corps, et notamment les militaires, tiennent cette obligation d'une disposition légale. Néanmoins, bien que la jurisprudence et certains textes s'y réfèrent, il n'existe pas de définition juridique de l'obligation de réserve, de sorte que l'on ne saurait trop

⁶⁵² Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 *relative au statut général des fonctionnaires*.

⁶⁵³ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 1 -B -L'absence de manifestation de sa croyance religieuse.

⁶⁵⁴ Partie II -Titre 2 -Chapitre 1 -Une obligation d'obéissance strictement encadrée.

⁶⁵⁵ « *Liberté d'expression des agents publics* », PECH Laurent: Jurisclasseur, fasc. 115, point 3.

⁶⁵⁶ Conseil d'État, 31 janvier 1919, *Terrisse* ; Recueil Lebon, p.108.

⁶⁵⁷ Conseil d'État, 13 juin 1928, *Charton* ; Recueil Lebon, p.735.

⁶⁵⁸ Conseil d'État, 11 janv. 1935 ; Recueil Lebon, p. 44.

⁶⁵⁹ Cour de cassation, ch. réunies, 25 janv. 1882, P. ; DP 1883, 1, p. 93.

⁶⁶⁰ La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* ne crée pas l'obligation de réserve bien que l'éventualité eût été envisagée lors des travaux parlementaires.

affirmer quand elle commence à être exigible ou quand elle s'éteint (1). Et, surtout, quels en sont ses modalités (2).

1 - La naissance et l'extinction de l'obligation de réserve

En toute logique, l'obligation de réserve des agents publics est exigée dès leur entrée en fonction. Néanmoins, elle peut s'imposer alors même que l'agent n'ait été encore recruté. Ainsi, le Conseil d'État a pu confirmer l'éviction d'un candidat à un concours de la fonction publique au motif que ses « *idées, [et ses] opinions se manifestent ou se sont manifestées, avant la candidature aux fonctions publiques, par un fait individuel, par un acte public qui, par sa nature, serait incompatible avec l'exercice des fonctions sollicitées*⁶⁶¹ ». Le juge administratif considère d'ailleurs qu'il ressort du pouvoir discrétionnaire du ministre d'écarter, dans l'intérêt du service, ceux qu'il estime incapable de remplir la fonction⁶⁶².

De la même manière, l'obligation de réserve ne s'éteint pas totalement lorsque l'agent n'est plus en activité puisque le juge administratif a pu confirmer la sanction d'un agent de police pour avoir dessiné et publié un dessin offensant pour le Président de la République, alors même qu'il était suspendu et se trouvait ainsi en dehors de ses fonctions⁶⁶³.

Toutefois, en dehors de ces deux dernières hypothèses, la jurisprudence est bien plus libérale et des mesures limitant l'expression des agents ne pourront être véritablement prises qu'à la condition d'une atteinte caractérisée de l'obligation de réserve.

2 - Les contours de l'obligation de réserve : « qui s'exprime, comment il s'exprime et qu'exprime-t-il »

Traditionnellement, l'obligation de réserve se rapporte plus à la forme qu'au fond. Mais, tel que nous le précisons, cette notion est le plus souvent entendue largement par la jurisprudence de sorte qu'elle l'utilise indistinctement pour désigner l'obligation de réserve à proprement parler ou l'obligation de loyauté. Aussi, nous pourrions penser que cette distinction n'existe qu'au niveau

⁶⁶¹ Conseil d'État, 10 mai 1912, *B.* : Recueil Lebon, p. 553. Voir plus particulièrement les conclusions du commissaire du gouvernement HELBRONNER.

⁶⁶² Bien que l'éviction d'un candidat ne puisse se fonder exclusivement sur ses opinions politiques conformément au principe du libre accès à la fonction publique. À ce titre, le Conseil d'État exerce un contrôle normal. Voir en ce sens : Conseil d'État, ass., 28 mai 1954 : Recueil Lebon, p. 308.

⁶⁶³ Conseil d'État, 10 janv. 1969, *M.* : Recueil Lebon, p. 24

doctrinal. Et, de manière pragmatique, nous employons le terme réserve pour désigner la restriction à l'expression des militaires aussi bien s'agissant du devoir de loyauté que de la forme utilisée.

Ainsi, les contours de l'obligation de réserve s'établissent en fonction de la personne qui s'exprime (a), de la manière dont elle va s'exprimer (b) et de l'opinion exprimée (c).

a - Le militaire qui s'exprime

Les fonctions occupées par celui qui s'expriment sont déterminantes pour apprécier l'atteinte ou non à son obligation de réserve. Plus le rang hiérarchique du militaire qui s'exprime est élevé, plus son expression sera contrainte. Le commissaire du Gouvernement M. LAURENT disait à ce propos que la réserve « *s'apprécie à la mesure des responsabilités [que les fonctionnaires] assurent dans la vie sociale, en raison de leur rang dans la hiérarchie* ⁶⁶⁴ ». N'entendons pas nécessairement par rang le grade du militaire, quoique cela soit souvent le corollaire, mais bien les responsabilités confiées à ce dernier. Ainsi, lorsque le militaire exerce une fonction proche du pouvoir politique, son expression sera plus circonscrite. Tel que le relevait justement Clara BACCHETTA, il n'est pas aisé de déterminer à partir de quel niveau de responsabilité le plus haut degré de retenue est exigé⁶⁶⁵. Et l'obligation de réserve ne pèse pas selon une égale sévérité sur tous les militaires quelle que soit leur place dans la hiérarchie, bien qu'il n'existe cependant aucune statistique permettant d'affirmer ou d'infirmer que les sanctions infligées aux militaires de rangs inférieurs seraient analogues à celles infligées aux militaires de rangs supérieurs en la matière. Néanmoins, il paraît logique que ces derniers soient bien plus enclins à mesurer leur expression puisque, par principe, les fonctions exercées sont notamment attribuées eu égard au grade du militaire.

Dès lors, l'expression est bien moins tolérée lorsqu'elle émane d'officiers – *a fortiori* supérieurs ou généraux- que lorsqu'elle émane de militaires de grade se situant en bas de l'échelon. Tel que le relèvent messieurs F. BAUDÉ et F. VALLÉE, « *tout se passe comme si le ministre et la hiérarchie n'avaient cure de leurs suppliques*⁶⁶⁷ ». Cela ne signifie pas pour autant que les militaires d'un grade inférieur qu'officier seraient totalement dispensés de l'obligation de réserve. Tous les militaires, quel que soit leur grade ou fonction y sont, en effet, astreints eu égard aux missions de

⁶⁶⁴ M. LAURENT, conclusions sous Conseil d'État, Section, 1^{er} octobre 1954, *Guille* : RA, 1959.512. Cité dans « *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ?* », BACCHETTA C., *Economica*, p. 88.

⁶⁶⁵ « *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ?* », *op. cit.*

⁶⁶⁷ « *Droit de la défense* », BAUDE Florent, VALLÉ Fabien, éditeur Ellipses Marketing, 2012, collection Université.

l'Armée. En effet, l'expression non mesurée d'un militaire pourrait alors fortement affecter, voire compromettre, la crédibilité de l'Armée aux yeux de la Nation.

Quel que soit le grade, mais également quel que soit le statut dans lequel ils se trouvent durant l'expression litigieuse. Ainsi, le militaire s'étant exprimé en tant que chercheur associé au CNRS n'est pas pour autant dispensé de sa réserve. Le Conseil d'État précise ainsi que le militaire « *ne peut se prévaloir de la qualité de chercheur associé et doit respecter les obligations liées à son état de militaire* ⁶⁶⁸».

Il semblerait que seule la cessation de l'activité puisse faire retrouver aux militaires une expression plus libre. Évidemment, la sanction disciplinaire n'ayant plus cours, les langues peuvent plus aisément se délier. Néanmoins, notons qu'il reste possible pour l'Administration de refuser la candidature d'un ancien militaire au titre de la réserve. Le refus peut faire -bien entendu- l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives et le Conseil d'État a pu juger que la non-admission d'un officier au titre de la réserve, après que ce dernier ait exprimé des réserves sur les conditions de logement des gendarmes dans sa circonscription ainsi que la qualité des rapports humains au sein de la gendarmerie en général, n'était pas justifiée eu égard à la gravité des propos tenus⁶⁶⁹. Cependant, bien que cette dernière jurisprudence ait été rendue en faveur de l'expression des militaires, nous relevons que le Conseil d'État n'a pas rejeté, pour autant, le principe même d'une sanction, mais qu'il l'écarte simplement du fait de son caractère disproportionné compte tenu du rang, des fonctions que le militaire exerçait et, tel que nous l'étudierons par la suite, de l'assistance devant laquelle il s'exprimait.

Enfin, même en position de non-activité, l'ancien militaire reste soumis à retenue pour l'ensemble des informations pouvant affecter la sécurité nationale ou la vie privée des individus.

⁶⁶⁸ Conseil d'État, référés, 29 avril 2010, *Mattely* : req. n°338462 ; AJFP 2011. 108, étude PIEDNOIR J..

⁶⁶⁹ Conseil d'État, 17 janvier 1997, *Meunier*, req. n°168603 ; inédit au Recueil Lebon ; cité dans « *L'incertaine liberté critique du militaire* », MATELLY Jean-Hugues, AJDA 2005 p.2156.

b - La manière dont il s'exprime

La manière dont s'exprime le militaire renvoie d'une part, aux mots employés et, d'autre part, à la publicité des propos.

S'agissant des termes employés, des termes outranciers et discourtois tenus par un militaire pourraient discréditer l'institution toute entière. Tel que le précise Madame C. BACHETTA⁶⁷⁰, il est délicat d'appréhender l'étendue précise du vocabulaire propre à faire tomber leur auteur dans l'outrance préjudiciable. La faute s'appréciera ainsi par le ton général des propos comme de l'utilisation d'un ou deux termes précis.

S'agissant de la publicité des propos, il s'agit d'un élément crucial qui déterminera ou non l'inobservation de l'obligation de réserve. Nous entendons par la publicité des propos, leur diffusion. Ainsi même les propos tenus au Mess pourraient être reprochés à leur auteur. À titre d'illustration, rappelons la jurisprudence du Conseil d'État *Meunier*⁵⁸⁸ évoquée précédemment. En l'espèce, le militaire avait tenu des propos critiques lors de son « pot de départ à la retraite ». Certes, le Conseil d'État avait écarté la non-admissibilité de ce dernier au sein de la réserve, mais nous doutons fortement que dans une hypothèse légèrement différente, le militaire n'eût pas été sanctionné. Il nous semble, en effet, que dans l'hypothèse où ce dernier avait toujours été en activité après avoir tenu les mêmes propos, le Conseil d'État aurait certainement été moins magnanime.

La problématique liée autour la diffusion de l'expression s'illustre parfaitement à travers de la véritable « saga jurisprudentielle » MATELLY.

En l'espèce, le capitaine Jean-Hugues MATELLY, officier de gendarmerie et chercheur associé au centre d'études et de recherches sur la police de Toulouse, publia en janvier 2003 un article concernant les nouvelles méthodes de management dans la gendarmerie⁶⁷¹. Et plus particulièrement, les résistances qu'elles étaient susceptibles de générer et le risque associé au « *recours systématique à la manipulation des statistiques de service* ». Puis il participa à une interview donnée au journal Libération dans un article intitulé « *Un capitaine de gendarmerie dénonce le flou des chiffres de la délinquance : "La Tentation du bidonnage"* ». Il reçut le 4 février

⁶⁷¹ « *Les cahiers de la sécurité intérieurs* » n° 49, 3e trimestre 2002 : INHESJ.

2003 de l'état-major du commandement des écoles de la gendarmerie l'ordre verbal de ne plus communiquer avec la presse et se vit infliger, le 18 mars 2003, un blâme du ministre de la Défense pour manquement à l'obligation de réserve dans l'expression écrite ou orale. Le militaire exerça un recours en référé ainsi qu'un recours pour excès de pouvoir visant à annuler la sanction prononcée. Le Conseil d'État rejeta la requête en référé du Capitaine MATELLY en relevant notamment que compte tenu des obligations qui s'imposent aux militaires, aucune atteinte illégale à la liberté d'expression du requérant, ni aux droits qu'il tenait de son statut, n'était constituée⁶⁷². Néanmoins, une année plus tard, le Conseil d'État se prononça favorablement sur le recours pour excès de pouvoir en relevant que la procédure disciplinaire suivie était irrégulière⁶⁷³. La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie par le Capitaine MATELLY en prétextant notamment une atteinte de sa liberté d'expression, releva l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant. Mais elle considéra toutefois que cette ingérence des autorités françaises n'était pas disproportionnée eu égard aux propos du requérant, susceptibles de porter atteinte à la confiance du public⁶⁷⁴.

Toutefois, en observant plus attentivement les faits, il s'avère que le militaire a moins été sanctionné pour sa publication que pour les commentaires qu'il en a fait via les media. En effet, la sanction prononcée le 18 mars 2003, n'est que la conséquence de l'inobservation de l'ordre qui lui avait été donné de ne plus communiquer avec la presse. Il semble évident que ses propos ont suscité bien moins de retentissements en étant publié dans les *cahiers de la sécurité intérieurs*⁶⁷⁵ que la publication de leurs commentaires dans les journaux *Le Monde*, *Libération*, *L'express* ou leur diffusion dans des émissions sur *France Inter* et *France 2*. C'est, par conséquent, la diffusion massive des propos litigieux dans des media à très forte audience qui a largement motivé la sanction du militaire.

La retenue s'impose d'autant plus que la diffusion des propos d'un militaire n'est parfois pas souhaitée par ce dernier. Nous verrons par la suite l'hypothèse de l'expression, certes déplacée,

⁶⁷² Conseil d'État, 19 mars 2003, *Capitaine Matelly* ; req. n° 254524 ; inédit au Recueil Lebon.

⁶⁷³ Conseil d'État, 10 novembre 2004, *Capitaine Matelly* ; req. n°256573

⁶⁷⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, [5e Section], 15 septembre 2009, *Matelly c. France* ; req. n°30330/5 ; Req. n°10609/10, §58, JurisData numéro 2014-022214.

⁶⁷⁵ « *Les cahiers de la sécurité intérieurs* » n° 49, 3e trimestre 2002 : op.cit.

d'un officier supérieur français au TOGO qui ont été largement diffusés par les media et qui ont abouti à ce que ce dernier soit sanctionné⁶⁷⁶.

c - L'opinion exprimée par l'expression

Les propos exprimés sont, bien évidemment, tout aussi soumis à retenue. Dans un article publié en 2005, Monsieur MATELLY relève, à juste titre, qu'il n'est jamais reproché à un militaire de s'exprimer dès lors qu'il abonde dans le sens de sa hiérarchie et de son ministre⁶⁷⁷. Ce qui est souvent reproché au militaire est l'expression critique. Et dans un sens, cette position est logique puisque rappelons que l'obligation de réserve vise à empêcher qu'il soit porté atteinte au bon fonctionnement du service. Cette atteinte sera d'autant plus constituée si, par ses propos, l'agent rend plus difficile l'exercice de ses fonctions, soit vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques, soit vis-à-vis du public⁶⁷⁸. La critique formulée par un agent sur l'action gouvernementale à laquelle il participe, risque de discréditer d'autant ladite action.

Néanmoins, force est de constater qu'une telle position n'est pas judicieuse puisqu'une critique construite et pertinente pourrait être également salvatrice pour le service. Et la critique est d'autant plus pertinente lorsque son auteur exerce des fonctions dans l'administration concernée ; elle serait alors exprimée en toute connaissance de cause.

Cela n'a pourtant pas été la position du chef de l'État qui, par décret du 12 mars 2010, sanctionna le chef d'escadron Jean-Hugues MATELLY en prononçant sa radiation des cadres⁶⁷⁹. La sanction se fondait, d'une part, sur la publication, le 30 décembre 2008, d'un article critiquant la politique gouvernementale de rattachement de la gendarmerie au ministère de l'Intérieur. Et, d'autre part, sur la participation du militaire-chercheur à une émission radiophonique portant sur le même thème. Le militaire contesta le décret le sanctionnant devant les juridictions administratives et obtint finalement du Conseil d'État son annulation. Il est intéressant de relever, à cet égard, que l'arrêt

⁶⁷⁶ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 2 -B -Une inobservation non sujette à sanction.

⁶⁷⁷ « *L'incertaine liberté d'expression du militaire* », MATELLY Jean-Hugues, AJDA 2005 p 2156.

⁶⁷⁸ « *Liberté d'expression des agents publics* », PECH Laurent, juriscasseurs 1^{er} juin 2012, fasc. 115, p.24 §37.

⁶⁷⁹ Nous abordons le cas *MATELLY* au développement précédent : Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 -Section 2 -§ 1 -B -2 -b -La manière dont il s'exprime.

rendu par la haute juridiction n'annule la sanction du militaire qu'en ce qu'elle était manifestement disproportionnée ; ne remettant ainsi pas en cause l'inobservation fautive du militaire de son obligation de réserve. La haute juridiction administrative précise ainsi que « *les interventions médiatiques reprochées à M. A, critiquant directement la politique d'organisation des deux grands services français dédiés à la sécurité publique au moment même où celle-ci était en débat devant le Parlement, excédaient les limites que les militaires doivent respecter en raison de la réserve à laquelle ils sont tenus à l'égard des autorités publiques ; qu'elles sont ainsi de nature à justifier le prononcé de l'une des sanctions disciplinaires*⁶⁸⁰ ». Il ajoute également que sa collaboration avec le CNRS est indifférente vis-à-vis de son obligation de retenue.

Par cette décision, le Conseil d'État concilie à la fois sa volonté d'assurer « le bon fonctionnement du service », en condamnant des critiques pouvant nuire à la cohérence de l'action menée par le Gouvernement⁶⁸¹, et l'expression du militaire qui ne peut être sanctionnée trop lourdement. Néanmoins, nous déplorons cette position, peu protectrice de l'expression du militaire, puisqu'en collaborant avec le CNRS en tant que chercheur associé, Monsieur Jean-Hugues MATELLY apporte une expertise précieuse dans les publications réalisées dans son domaine de compétence. Et la recherche n'ayant réellement d'intérêt que si elle peut être partagée, la publication en constitue l'ultime finalité. Comment, dès lors, pourrait-on, dans un premier temps, autoriser un militaire à collaborer avec le CNRS sur des sujets ayant attrait à son domaine professionnel et, dans un second temps, lui interdire de publier ou commenter ses recherches ? Précisons qu'à la différence du secret que nous étudierons postérieurement⁶⁸², il ne s'est pas agi d'interdire au militaire de révéler des informations « sensibles » puisque ces dernières étaient publiques, mais simplement lui interdire de les commenter et d'apporter son expertise ; voire que sa publication n'abondait pas dans le sens de sa hiérarchie.

⁶⁸⁰ Conseil d'État, 11 janvier 2011, Chef d'escadron *Matelly* : req. n° 338461 ; AJDA 2011, p.623, AUBIN Emmanuel.

⁶⁸¹ En l'espèce, le rapprochement de la gendarmerie et de la police au sein du Ministère de l'intérieur.

⁶⁸² Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Une expression individuelle « étouffée » pour préserver le secret et la discipline.

Les jurisprudences MATELLY illustrent parfaitement cette situation paradoxale dans laquelle les militaires se trouvent lorsqu'ils désirent s'exprimer publiquement. Certes, la loi de 2005 a permis de faciliter cette expression en supprimant l'autorisation préalable, néanmoins cette dernière avait au moins le mérite de clarifier la position de la hiérarchie avant que le militaire ne s'exprime. À notre sens, la simple suppression d'une procédure particulière pour pouvoir s'exprimer n'est pas suffisante et il aurait fallu que l'évolution législative s'accompagne d'une véritablement évolution des mentalités.

Et les mentalités n'ont pas évolué car, tel que le relevait Madame BACHETTA, il est rare de rencontrer dans la presse nationale ou sur les écrans de télévision des militaires en activité⁶⁸³ s'exprimer sur des questions professionnelles⁶⁸⁴. La plupart du temps, l'expression est véhiculée via la presse militaire, mais rarement pour formuler des critiques sur notamment l'action gouvernementale⁶⁸⁵. La démarche contraignante pour pouvoir s'exprimer a tellement marqué l'esprit des militaires que malgré la suppression de la procédure d'autorisation préalable, cette dernière n'a pas réellement disparu. Ainsi, par expérience, nous pouvons affirmer que, soit par méconnaissance de ses droits ou soit simplement par crainte, le militaire « *tournera sept fois la langue dans sa bouche* » avant de s'exprimer de manière critique sur la politique de son ministère.

Il n'est pas ainsi étonnant que les militaires s'exprimant sur la politique menée par le ministère soient peu nombreux. Combien de militaires se sont exprimés « à visage découvert » sur l'échec du logiciel LOUVOIS ? Et pourtant, tout grade confondu, l'armée de Terre (dont l'effectif est le plus important) a été lourdement touchée par les dysfonctionnements du logiciel. D'ailleurs, de nombreuses voix se sont élevées, très souvent anonymement ou par le biais de proches, via les réseaux sociaux, pour dénoncer ce scandale. Aurait-il été aussi relayé médiatiquement à défaut de toute critique ? Nous en doutons fortement.

⁶⁸³ Hors éléments de langages transmis à la presse.

⁶⁸⁴ « *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ?* », BACHETTA Clara, op. cit. p 84.

⁶⁸⁵ Sur cette question, citons l'enquête réalisée par la revue Défense nationale en 1996 auprès de ses lecteurs. D'après ces derniers, les chroniques de la revue seraient « *trop peu critiques par rapport aux positions officielles* » Défense nationale 11/1996, p.151.

§ 2 - Une retenue plus contraignante à l'égard des militaires ?

L'Armée n'a pas obtenu le sobriquet « Grande Muette » sans la retenue qu'elle impose à ses soldats. La circonspection de ces derniers, quand bien même ils ne seraient pas en service, procède de la tradition (A) puis a été affirmée légalement (B).

A - Une circonspection « traditionnelle »

*Nicht raisonniren*⁶⁸⁶

Bien que la retenue soit exigée de tout agent public, de nombreux auteurs s'accordent sur le constat que cette obligation soit bien plus lourdement imposées aux militaires. Ainsi, Monsieur P. BAYLE écrivait qu' « *il est une tradition qui est parfaitement respectée par les ministres de la Défense successifs de la Ve République, sans exception : celle de ne pas laisser échapper le contrôle de l'expression des militaires*⁶⁸⁷. De la même manière, Monsieur S. COHEN s'amusait à relever que « *les présidents et leurs ministres de la Défense sont d'accords pour que les militaires s'expriment sur la stratégie mais seulement pour glorifier leurs prises de position. Le reste est assimilé à de l'insubordination et conduit à un arrêt de la carrière*⁶⁸⁸ ». Madame C. BACCHETA, qui cite également ces deux auteurs dans son ouvrage intéressant l'expression professionnelle des militaires, n'hésite pas à parler de loyalisme, voire de conformisme envers le Gouvernement⁶⁸⁹. Rappelons-nous, d'ailleurs, de l'avertissement solennel du Général BOULANGER : « *j'efface du tableau d'avancement tout officier dont j'ai lu le nom sur la couverture d'un livre* ».

B - Une circonspection imposée par les textes

Les législateurs de 1972 et de 2005 ont pérennisé la retenue des militaires sur le plan national (1). Et au niveau international, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu préciser les contours de cette retenue (2).

⁶⁸⁶ « Réfléchir, c'est désobéir », adage allemand.

⁶⁸⁷ « Pouvoir politique et liberté d'expression des militaires », BAYLE P., le Casoar, octobre 1994, p.53.

⁶⁸⁸ « La défaite des généraux », COHEN S., Fayard, 1994, p.92.

⁶⁸⁹ « Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ? », BACHETTA C., op. cit., p.74.

1 - Au niveau national

À la différence du statut général des fonctionnaires, celui des militaires prévoit expressément une obligation de réserve (a) et, surtout, une obligation de loyalisme (b).

a - Une obligation de réserve expressément prévue dans le statut général

Nous pensons que la mention expresse d'une obligation de réserve dans le statut général des militaires n'est pas anodine. Ainsi, Monsieur P. GABORIT affirmait dans un article qu'une telle disposition insérée expressément dans le statut général des fonctionnaires risquerait de « *rigidifier la jurisprudence et limiter la liberté d'expression de la très grande majorité des fonctionnaires* ⁶⁹⁰ ».

En outre, lors des travaux parlementaires sur le projet de la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁶⁹¹, la commission des lois s'est demandée s'il ne convenait pas d'insérer dans le statut général des fonctionnaires une obligation de réserve à l'instar du statut général des militaires. Cependant, à l'examen des articles, cette proposition fut clairement écartée au motif que les jurisprudences de la juridiction administrative en la matière étaient amplement suffisantes. Il apparaît surtout que les parlementaires ne souhaitaient pas restreindre l'expression des fonctionnaires civils autant que celles des militaires. La volonté de ne pas inclure expressément une obligation de réserve dans le statut général des fonctionnaires et de ne pas remettre en cause celle prévue dans le statut général des militaires démontre clairement que l'expression de ces derniers est bien plus circonspecte⁶⁹².

b - Un esprit de loyalisme au-delà de la seule loyauté

Le statut général des militaires ne fait pas référence à une obligation de loyauté, mais de manière plus « asservissante » à un esprit de loyalisme. Cette nuance n'est pas non plus anodine puisque le loyalisme ne s'entend pas exactement comme la loyauté exigée des fonctionnaires. La différence

⁶⁹⁰ « *Droits et obligations du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités locales* », GABORIT P., AJDA 1984.186.

⁶⁹¹ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 parue au JO n° 94 du 21 avril 2016.

⁶⁹² Rapport n°3099 sur le projet de loi (n° 1278 et 2880) relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, DESCAMPS-CROSNIER Françoise, 1^{er} octobre 2015, Assemblée Nationale. Voir en particulier p.88.

réside en ce que le loyalisme se définit comme une obligation générale de fidélité des agents envers les institutions et d'adhésion aux valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel⁶⁹³, alors que le devoir de loyauté implique, de manière plus prosaïque, un comportement intègre et l'acceptation de l'autorité hiérarchique⁶⁹⁴. De ce fait, le loyalisme exige une retenue bien plus étendue.

2 - Sur le plan international

Entre obligation de réserve et esprit de loyalisme, l'expression des militaires est expressément restreinte. L'existence-même d'une telle restriction n'est, cependant, pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a pu confirmer la validité de mesures disciplinaires prononcées à l'encontre de militaires au motif que « *le fonctionnement efficace d'une armée ne se conçoit guère sans des règles juridiques destinées à [...] empêcher de saper la discipline militaire notamment par des écrits*⁶⁹⁵ ». Pour autant, les restrictions ne doivent pas aboutir à une interdiction totale de s'exprimer et, pour reprendre une phrase emblématique de la Cour de Strasbourg, « *l'article 10 [la liberté d'expression] ne s'arrête pas aux portes des casernes*⁶⁹⁶ ». C'est ainsi que, comme le relève justement Messieurs F. BAUDE et F. VALLÉE, « *pour les juges de Strasbourg, la liberté d'expression est l'une des conditions premières pour l'établissement d'une société démocratique et, partant, pour l'épanouissement individuelle*⁶⁹⁷ ». Dès lors, la Cour européenne des droits de l'Homme examine strictement si les mesures attentatoires respectent les trois conditions posées par l'article 10§2 de la CESDH ; c'est-à-dire que les mesures soient prévues par

⁶⁹³ Pour une distinction entre un devoir de loyalisme envers la Nation, le régime politique et le Gouvernement, voir, « *La liberté politique des Fonctionnaires* », WALINE M.: Rev. adm. 1958, n° 61, p. 5.

⁶⁹⁴ Pour une distinction entre l'obligation de loyalisme et l'obligation de loyauté des magistrats, « *Droits et obligations des magistrats judiciaires* », JCl. Fonctions publiques, Fasc. 790.

⁶⁹⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, [Grande chambre], 8 juin 1976, *ENGEL et autres c. Pays Bas*, n°5100/71, série A22, §100. Voir également Cour européenne des droits de l'Homme, 19 décembre 1994, *vereinigung Demokratischer soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, n°1515/89, Série A302, §36.

⁶⁹⁶ Cour européenne des droits de l'Homme, [Grande chambre], 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce*, n°24348/94, rec. 1997-VII §45.

⁶⁹⁷ « *Droit de la défense* », BAUDE F. et VALLÉE F., op. cit. p.564

la loi, qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles demeurent nécessaires à la réalisation du but recherché.

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme nous permettent également de souligner le fait que bon nombre d'États membres ont adopté des législations imposant des restrictions à l'expression de leurs soldats. L'esprit de discipline et de loyalisme prévus à l'article L4111-1 du Code de la défense n'est ainsi donc pas l'apanage de la législation française. Ces caractéristiques semblent plus être communes aux militaires quelle que soit leur époque et leur patrie. La circonspection de l'expression des militaires en est une conséquence.

Conclusion section 2

Bien que la liberté d'expression soit affirmée par l'article L4121-2 du Code de la défense et que la Cour de Strasbourg ait expressément affirmée que « *l'article 10 ne s'arrête pas aux portes des casernes*⁶⁹⁸ », force est de constater que la « réserve » exigée annihile toute forme de critique. De même, si le régime d'autorisation préalable a été supprimé par la loi de 2005 et que seuls les abus de droit sont susceptibles de faire l'objet de sanction disciplinaire, nous relevons tout de même que l'abus est invoqué par l'autorité hiérarchique lorsque l'expression du militaire n'abonde pas dans le sens de cette dernière.

Néanmoins, il serait illusoire de penser que toute forme de critique serait proscrite. Bien au contraire, les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme étudiées préalablement affirment expressément une liberté d'expression par principe et des mesures restrictives par exception. L'apport du juge administratif, saisi d'un recours en annulation d'une sanction prononcée pour inobservation de l'obligation de réserve, sera crucial pour déterminer « les limites droite et gauche⁶⁹⁹ » de l'expression critique d'un militaire. Après tout, rappelons que la compétence du juge administratif pour connaître le contentieux des sanctions disciplinaires est relativement récente⁷⁰⁰ et que l'étendue du contrôle, désormais maximum, l'est encore plus⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ Cour européenne des droits de l'Homme,], *Grigoriades c. Grèce*, 25 novembre 1997, op.cit.

⁶⁹⁹ Pour reprendre une expression militaire.

⁷⁰⁰ Conseil d'État, Assemblée, du 17 février 1995, *Hardouin*, n° 107766, GAJA.

⁷⁰¹ Conseil d'État, Assemblée, du 13 novembre 2013 *Dahan*, req. n° 347704 ; Dr. adm. 2014, 149, note VAUTROT-SCHWARTZ.

Conclusion du chapitre 3

Bien que les législateurs successifs aient permis aux militaires de pouvoir s'exprimer en dehors du service, notamment en leur permettant, voire facilitant, leur adhésion et leur participation au sein d'organismes ; force est de constater que cette expression est à plusieurs égards strictement limitée. En effet, l'adhésion à des groupements à vocation politique est strictement interdite et l'expression des opinions est restreinte à la fois par l'obligation de réserve et l'exigence de loyalisme.

Pour autant, de telles restrictions apparaissent progressivement excessives au sein d'une société où l'information circule librement et instantanément. Aussi, l'interdiction d'adhérer à un parti politique est interprétée de manière très souple par l'administration militaire en laissant les militaires participer aux primaires des partis ; certainement en ayant conscience que l'interdiction, telle qu'elle est formulée dans le Code de la défense, pourrait être jugée comme excessive si elle faisait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité. De même, bien que sanctionnés, certains militaires continuent à apporter leur avis sur des questions touchant à la Défense nationale. C'est le cas, notamment, du Général Bertrand SOUBELET⁷⁰², du Général Vincent DESPORTES⁷⁰³ ou de Lieutenant-colonel Jean-Hugues MATELLI. De même, de nombreux blogs ont vu le jour où des militaires publient souvent soit anonymement⁷⁰⁴, soit à visage découvert⁷⁰⁵.

Conclusion du Titre 2

L'état militaire s'accompagne de vicissitudes inhérentes, principalement, aux contraintes opérationnelles. Ces dernières ont nécessairement des conséquences sur la vie privée des soldats et, aussi bien le législateur que l'administration militaire, ont tenté de permettre aux soldats d'exercer leurs droits associés à leur vie privée. Ainsi, de nombreuses dispositions ont pour objectif de favoriser une vie familiale, notamment en leur permettant de fonder une famille et de compenser leurs absences par des primes et indemnités ainsi que des disponibilités en cas d'événements familiaux. Également, leur conviction religieuse est respectée au titre de la neutralité des armées

⁷⁰² « *Tout ce qu'il ne faut pas dire* », SOUBELET Bertrand, janvier 2017, J'ai lu.

⁷⁰³ « *Vous avez tort, Monsieur Juppé !* », DESPORTE Vincent, Le Monde, 4 mars 2016.

⁷⁰⁴ Par exemple, le Blog de Monsieur Jean-Dominique MERCHET : www.lopinion.fr/blog/secret-defense; ou Monsieur Jean-Marc TANGUY : www.lemamouth.blogspot.fr.

⁷⁰⁵ Par exemple le blog de l'ancien Colonel Éric BURGAUD : www.eric-burgaud.fr.

et son exercice est facilité notamment par la présence d'aumôniers militaires. Cependant, l'expression des militaires en dehors du service reste toujours très encadrée, à la fois par un devoir de réserve - expressément prévu dans le statut général - et par une exigence de loyalisme. De ce fait, les opinions politiques mais également celles intéressant la Défense nationale sont très encadrées et donnent souvent lieu à sanction lorsqu'elles sont formulées sous forme de critiques, quand bien même le militaire qui en est l'auteur s'exprimerait en dehors du service, voire en qualité d'enseignant-chercheur.

Bien que les militaires et les fonctionnaires civils soient régis par des statuts différents, le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont cessé de rapprocher, autant que possible, les deux statuts entre eux. Ainsi, si les militaires ne sont pas des fonctionnaires au sens de la loi Le Pors⁷⁰⁶, il n'en demeure pas moins qu'ils ont certaines obligations et des garanties professionnelles similaires à celles des fonctionnaires.

⁷⁰⁶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*.

Conclusion de la Partie I

Si la doctrine considère que les agents de la fonction publique sont des « citoyens spéciaux⁷⁰⁷ », force est de constater que les militaires ont longtemps été des « citoyens diminués », frappés d'un cantonnement juridique similaire à celui des détenus.

Mais, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité des militaires par -précisément- un militaire, a ouvert la voie vers une réhabilitation des militaires dans leur droit et, *de facto*, au sein de la société.

Cette réhabilitation s'est toutefois déroulée progressivement. Il a, en effet, fallu attendre 1972 pour que le législateur reconnaisse dans le statut général des militaires que ces derniers jouissaient des droits reconnus aux citoyens par principe ; et qu'il définisse des restrictions dans l'exercice de ces droits par exception. Le législateur de 2005, réformant le statut général des militaires, s'est vu plus ambitieux dans la réhabilitation des militaires, notamment du fait de la professionnalisation des armées, mais également des préconisations de la Commission de révision présidée par Monsieur DENOIX DE SAINT MARC vers un rapprochement de la fonction publique militaire sur la fonction publique civile, permettant aux militaires d'être à leur tour « des citoyens spéciaux » plutôt que des citoyens diminués.

Désormais, les militaires ont recouvré l'exercice de leur droit de cité, pouvant exprimer leur voix lors des élections et même y proposer leur candidature. Cette expression citoyenne va d'ailleurs être prochainement étendue suite à l'abrogation de l'article L46 du Code électoral par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité⁷⁰⁸. À cet égard, le Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires préconise qu'un projet de loi soit rapidement présenté avant l'échéance des prochaines élections municipales afin de préciser les modalités d'exercice d'un mandat de conseiller municipal par un militaire « *en préservant la disponibilité et la discipline*⁷⁰⁹ ». Il nous semble qu'une loi nouvelle en la matière soit précieuse puisque le mandat

⁷⁰⁷ « *Précis de droit constitutionnel* », Maurice HAURIOU, 2^{ème} édition, p.114.

⁷⁰⁸ Conseil constitutionnel, 28 novembre 2014, décision n° 2014-432 QPC : op. cit..

⁷⁰⁹ « *La fonction militaire dans la société française* », Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires, 11^{ème} rapport, septembre 2017, p. 106.

exercé par un militaire conservant sa qualité, risque -en effet- d'être difficilement conciliable avec les principes fondamentaux de l'état militaire.

Par ailleurs, outre le droit de cité, les droits reconnus aux citoyens se composent également du droit à la vie privée, lequel est particulièrement délicat à exercer tant l'état militaire est sollicitant.

C'est ainsi que le militaire peut établir un lien conjugal, quel qu'il soit, sans solliciter l'autorisation de sa hiérarchie. Cependant, cette dernière en sera très probablement informée, ne serait-ce qu'*a posteriori*, puisque la composition familiale des militaires conditionne notamment le versement et le montant de primes destinées à compenser les sujétions spécifiquement militaires induites notamment par la mobilité. Le militaire pourra également bénéficier des mêmes congés prévus dans la fonction publique civile pour des événements familiaux. En outre, l'administration militaire devra tenir compte de la situation familiale des soldats, notamment s'agissant des mutations.

Le militaire pourra également pratiquer sa religion, y compris en service puisque, si l'Armée exige une neutralité religieuse de ses soldats, elle leur permet de pratiquer leur religion par la présence d'aumôniers militaires et par des aménagements du service.

Enfin, le militaire pourra également librement s'exprimer sur ses opinions personnelles. Cette expression pourra notamment se traduire par un investissement associatif du militaire ; pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un investissement à caractère politique qui pourrait contrevenir à la neutralité et, plus particulièrement à l'interdiction d'adhérer à un parti politique. Cependant, il est difficilement concevable que l'adhésion à une association à vocation politique soit encore interdite aux militaires. Outre le fait qu'une telle interdiction absolue soit juridiquement contestable, *a fortiori* eu égard à la condamnation de la France par le Cour européenne des droits de l'Homme s'agissant de l'interdiction absolue de créer ou d'adhérer à un groupement à vocation professionnelle, il semble que l'administration militaire soit plus encline à considérer cette restriction comme une simple retenue de faire état de sa qualité de militaire lors des manifestations politiques. En atteste les tolérances officieuses lors des primaires des partis politiques.

Qui plus est, les opinions personnelles devront être formulées avec une retenue procédant tout autant de l'obligation de réserve que du loyalisme.

Étant devenu un « citoyen spécial », le militaire demeure pourtant un agent public « atypique ».

Partie II- Le militaire : un agent public « atypique »

Tel que le relève le 11^{ème} rapport du Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires⁷¹⁰, la fonction militaire est aussi une fonction publique. C'est même historiquement la première fonction publique ; elle a ensuite servi de matrice à la fonction publique civile. Aussi, ces deux fonctions publiques partagent des caractéristiques communes, de sorte que le régime juridique des militaires repose sur un équilibre entre des dispositions « de droit commun » de la fonction publique et des dispositions spécifiques.

Dès lors, leur expression professionnelle est strictement encadrée, bien qu'elle tende progressivement à se libérer (Titre 1). En outre, si l'obéissance constitue l'un des principes fondamentaux de l'état militaire, les contours d'une telle obligation ont été définis (Titre 2).

Titre 1 - Une expression professionnelle circonscrite mais se libérant progressivement

Nous étudions précédemment que l'expression des militaires est retenue en raison des obligations de neutralité⁷¹¹ et de loyalisme⁷¹². Elle est fortement plus réduite en service. En effet, dans le cadre du service, leur expression individuelle est étouffée pour préserver le secret et la discipline (chapitre 1). Leur expression collective est, en revanche, institutionnalisée et dernièrement renouvée pour y inclure les associations professionnelles nationales militaires (chapitre 2).

Chapitre 1 - Une expression individuelle « étouffée » pour préserver le secret et la discipline

Tel que le relevait Madame Clara BACCHETA « *pour garantir le bon fonctionnement du service, la liberté d'expression est en principe exclue durant l'exercice des fonctions* ».

⁷¹⁰ « *La fonction militaire dans la société française* », Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires, 11^{ème} rapport, septembre 2017.

⁷¹¹ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 1 -Une obligation de neutralité de principe.

⁷¹² Partie I -Titre 2 -Chapitre 3 -Section 1 -§ 2 -A -2 -De la neutralité politique au loyalisme.

Les militaires sont, tout d'abord, astreints à un véritable mutisme pour préserver le secret (section 1) ; ils sont ensuite obligés à une certaine retenue qu'exige la discipline (section 2).

Section 1 - Un « mutisme » nécessaire à la préservation du secret

La difficulté de préserver le secret a été admirablement illustrée dans la mythologie grecque lors de la mésaventure du Roi Midas. Ce dernier avait été choisi pour arbitrer un concours musical entre le dieu Apollon et le satyre Marysas. Malgré le don musical inégalé du dieu Apollon, le Roi Midas déclara publiquement préférer la musique de Marysas. Touché dans sa susceptibilité, Apollon fit alors allonger les oreilles du roi Midas au point qu'elles devinssent des oreilles d'âne. Afin de cacher sa honte auprès de ses sujets, Midas porta ainsi en permanence un bonnet très haut et englobant. La seule personne à connaître son terrible secret fut bien évidemment son coiffeur, lequel jura de ne le révéler à personne. Mais le secret étant trop lourd à porter pour ce dernier, il creusa un trou dans une campagne isolée, y pencha son visage et confia tout bas pour se soulager : « Le Roi Midas a des oreilles d'âne ». Il prit soin de refermer le trou afin que le secret ne soit jamais divulgué. Mais des roseaux poussèrent à l'endroit où la terre avait été remuée. Et la terre révéla aux roseaux le secret. Et les roseaux le révélèrent au vent. Et le vent le révéla à l'herbe ; laquelle le révéla aux chevaux qui passaient et les cavaliers qui les montaient revinrent aussitôt vers la ville pour le révéler aux sujets.

Autant pendant qu'en dehors du service, le militaire est astreint à une réelle obligation de se taire qui procède de son loyalisme à l'égard de la Nation via le secret défense (§1), et de la protection des intérêts des particuliers via le secret professionnel (§2).

§ 1 - La protection des intérêts de la Nation : Le secret de la Défense.

L'article L4121-2 du Code de la défense fait brièvement référence à l'obligation de confidentialité des secrets de la Défense en rappelant que son inobservation est pénalement répréhensible. Le secret de la Défense est défini à l'article 413-9 du Code pénal comme tous procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale et qui font l'objet de mesures de classement destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès.

Certaines informations intéressant la défense et la sécurité nationale nécessitent une protection particulière, permettant d'en maîtriser et d'en limiter la diffusion car elles pourraient être utilisées à des fins de déstabilisation de l'État. Une telle menace à la défense et la sécurité nationale nécessite une confidentialité renforcée de l'information. Cette confidentialité relèverait presque du « sacré »

puisqu'elle est opposable devant toutes les institutions, y compris l'autorité judiciaire. Ainsi, dans l'hypothèse où une information classifiée serait exigée par une juridiction, l'administration pourra ne pas s'estimer obligée de la lui fournir⁷¹³. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs à l'administration le droit d'opposer le secret de la Défense à toute sollicitation portant sur une information classifiée⁷¹⁴. (A)

Néanmoins, afin de lutter contre le classement systématique « secret de la Défense » des informations ou lieux, qu'aurait pu prononcer l'Administration au bénéfice de certaines personnes dans l'objectif inavoué qu'ils échappent à la justice, une loi du 8 juillet 1998 a créé une commission consultative du secret de la défense nationale⁷¹⁵. (B)

A - Une procédure contraignante pour connaître le secret

Le secret de la Défense n'est pas l'apanage des militaires ; bien d'autres agents publics sont amenés à conserver la confidentialité d'informations nécessaires à « *garantir le respect des intérêts fondamentaux de la Nation compris comme son indépendance, l'intégrité de son territoire, sa sécurité, la forme républicaine de ses institutions, les moyens de sa défense et de sa diplomatie, la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et les éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* »⁷¹⁶.

Des agents publics civils affectés au ministère de la Défense peuvent également être, du fait de leur fonction, dépositaires d'informations classifiées. Par ailleurs, d'autres services de l'État ont à connaître des informations qui ont une incidence sur la sécurité de la Nation et leurs agents qui sont chargés de traiter ce type d'informations sont, bien évidemment, astreint à la confidentialité⁷¹⁷.

⁷¹³ Audition de Monsieur Bertrand WARUSFEL : Rapport n°337 sur le projet de loi *instituant une commission consultative du secret de la Défense nationale*, annexe 2, 1997/1998, Sénat.

⁷¹⁴ Cour d'appel de Paris, chambre d'accusation, 27 mai 1987 ; D. 1987, somm. 410, note PRADEL.

⁷¹⁵ Ci-après « CCSDN ».

⁷¹⁶ Article 410-1 du Code pénal.

⁷¹⁷ Le Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2013 en cite quelques exemples dans la fonction stratégique « connaître et anticipé » : « la direction générale de la sécurité extérieure (DGSE) et la direction centrale du renseignement intérieur (DCRI), (...) la direction du renseignement militaire (DRM), la direction de la protection et de la sécurité de la défense (DPSD), la direction nationale du renseignement et des enquêtes

Au surplus, précisons que des personnes de droit privé peuvent également être astreintes au secret lorsque leur activité le nécessite⁷¹⁸.

Néanmoins, en raison de la nature des missions de l'Armée, il est évident que les militaires sont très souvent appelés à traiter des informations dites sensibles pour la sécurité de la Nation.

La confidentialité de l'information classifiée est garantie par une procédure visant à classifier l'information selon sa sensibilité et à attribuer des habilitations limitées aux personnes pouvant y accéder (1). D'autre part, en cas de révélation abusive du secret, des sanctions à la fois administratives et pénales seront prononcées (2).

1 - Une confidentialité garantie par une classification graduelle de l'information et l'habilitation limitée des personnes pouvant y accéder

Bien au-delà du simple silence exigé, le caractère sensible des informations classifiées commande que leur confidentialité soit protégée de toute compromission.

À cet effet, l'Administration garantit un véritable « hermétisme » par un processus contraignant qui consiste en la classification et la conservation des informations (a) et la qualification des personnes pouvant y accéder (b).

a - Les niveaux de classification et la conservation des informations

Les articles R2311-2 et R2311-3 du code de la défense définissent trois niveaux de classification :

- Le « confidentiel défense » qui est le plus bas niveau. Il concerne les informations dont la divulgation pourrait nuire à la défense nationale ou conduire à la découverte d'information classifiée d'un niveau supérieur.
- Le « secret défense » qui est le niveau médian. Il concerne les informations dont la divulgation pourrait nuire « gravement » à la défense nationale.
- Le « très secret défense » qui est le niveau le plus haut. Il concerne les informations, principalement à l'origine ou à destination des plus hautes sphères gouvernementales, dont la divulgation est de nature à nuire « très gravement » à la défense nationale.

Un « guide de classification » précise les éléments pouvant être pris comme référence pour procéder à la classification au niveau le plus pertinent. Il en résulte une difficulté certaine ne serait-ce que pour décider de la classification d'une information et, qui plus est, pour en déterminer le

douanières (DNRED) et le service de traitement du renseignement et d'action contre les services financiers clandestins (TRACFIN)(...). » p.71.

⁷¹⁸ Citons à titre d'exemple les sociétés réalisant des engins militaires tels que le groupe DASSAULT Aviation qui développe et produit le célèbre DASSAULT RAFALE.

niveau. En effet, les éléments définis appellent nécessairement une part importante de subjectivité et, parallèlement, le guide précise l'importance de classifier correctement une information pour éviter d'un côté une protection insuffisante ou, d'un autre côté, une protection excessive de l'information. Cette difficulté est d'autant plus constituée que ce qui pouvait nuire à l'État hier ne l'est peut-être plus aujourd'hui et certainement moins demain. Ainsi, la décision de classifier une information doit tenir compte à la fois de l'information au moment présent mais également de ses conséquences futures. Dès lors, il n'est pas rare que des informations soient progressivement déclassifiées soit à l'initiative de l'Administration, soit à la demande d'intéressés et rendues ainsi accessibles. Néanmoins, tel que nous le verrons par la suite, bien que l'information ait perdu toute sa nuisance à l'encontre de la défense et la sécurité nationale, elle n'en reste pas moins confidentielle tant qu'elle n'a pas été déclassifiée⁷¹⁹ et l'inobservation de sa confidentialité par un agent qui en serait dépositaire entraînerait des sanctions administratives et pénales⁷²⁰.

La protection s'étend également au support qui contient l'information, ainsi qu'aux lieux qui contiennent ces supports.

S'agissant des supports, ces derniers doivent présenter obligatoirement un marquage particulier, c'est-à-dire un timbre spécifiant le caractère confidentiel du document et son niveau ; une identification, c'est-à-dire les références ou du moins le numéro d'enregistrement ; une pagination, c'est-à-dire mentionner le nombre total de pages, comprenant annexes et plans composant le document.

S'agissant des lieux, un ensemble de mesures de sécurité sont destinées à garantir l'intégrité des bâtiments et des locaux spécifiquement dédiés aux informations ou supports classifiés, ainsi que la fiabilité des meubles dans lesquels ils sont conservés, afin d'éviter toute perte, dégradation ou compromission. Il s'agit ainsi de dispositifs de protection⁷²¹, de détection et d'alarme, d'intervention et de dissuasion.

Au-delà de ces mesures de sécurité, des mesures d'interdiction d'accès ont été instituées par la création de « zones protégées » définies par l'article 413-7 du Code pénal. Ces zones

⁷¹⁹ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -B -2 -Une procédure de « déclassification » digne du « parcours du combattant ».

⁷²⁰ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -A -2 -Des sanctions administratives et pénales en cas de révélation abusive.

⁷²¹ Barrières, filtrage...

correspondent à « *des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite* » et l'accès est soumis à autorisation afin de protéger les installations, les matériels, le secret des recherches, des études, des fabrications ou les informations et supports classifiés qui s'y trouvent. Les limites sont visibles et ne peuvent être franchies par inadvertance. Au sein de ces zones protégées, peuvent être instituées des zones réservées ayant pour but de renforcer la protection des informations et supports classifiés « secret défense ».

Enfin, la dématérialisation de l'information a nécessité pour assurer sa protection un ensemble de mesures relatives à la « sécurité des systèmes d'information ». Cette volonté fait suite de la lutte contre une nouvelle menace apparue depuis une vingtaine d'années⁷²² : la « cyberattaque ». Le livre blanc sur la défense nationale de 2013 définit cette menace sur la sécurité nationale comme « *les tentatives de pénétration de réseaux numériques à des fins d'espionnage, qu'elles visent les systèmes d'information de l'État ou ceux des entreprises. Une attaque visant la destruction ou la prise de contrôle à distance de systèmes informatisés commandant le fonctionnement d'infrastructures d'importance vitale, de systèmes de gestion automatisés d'outils industriels potentiellement dangereux, voire de systèmes d'armes ou de capacités militaires stratégiques pourrait ainsi avoir de graves conséquences*⁷²³ ».

La confidentialité d'une information est bien plus délicate à préserver depuis que l'accès à l'information se réalise numériquement et donc bien plus aisément qu'une intrusion dans un lieu sécurisé. Citons à titre d'exemples une cyberattaque en 2011 ciblée vers le ministère de l'Économie et des Finances dont l'objectif des agresseurs était vraisemblablement d'accéder aux informations économiques et financières de la France⁷²⁴. Citons également la célèbre affaire « WIKILEAKS » s'agissant de la diffusion d'informations classifiées par Monsieur Julien DESSANGE sur un site Internet ; informations qu'il avait obtenu d'un soldat américain Bradley MANNING. Ou encore l'affaire des révélations d'Edward SNOWDEN sur les surveillances réalisées par les États-Unis d'Amérique.

⁷²² La première identifiée dans le monde remonterait à 1988 à en croire le site du ministère de la Défense.

⁷²³ Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale 2013, op. cit., p.41.

⁷²⁴ « *Quelques exemples de cyberattaques* », www.defense.gouv.fr.

Ainsi, il n'est plus seulement question d'exiger des agents de taire les informations qu'ils ont à connaître dans le cadre de leur fonction mais également de veiller à s'assurer de l'inaccessibilité de ces dernières.

b - La qualification des personnes

Tous les agents publics ne sont pas autorisés à accéder aux secrets de la défense nationale. Seules les personnes qualifiées peuvent y accéder. Cette qualification nécessite deux conditions cumulatives : d'une part, la délivrance d'une habilitation autorisant l'accès et la connaissance de l'information classifiée (i) ; d'autre part, le besoin de connaître ou d'accéder à l'information classifiée (ii).

i - L'habilitation du personnel

Il s'agit d'une « *décision explicite, délivrée à l'issue d'une procédure spécifique (...), permettant à une personne, en fonction de son besoin d'en connaître, d'avoir accès aux informations ou supports classifiés au niveau précisé dans la décision ainsi qu'au(x) niveau(x) inférieur(s)* ⁷²⁵ ».

Cette décision est rendue à l'issue d'une procédure initiée par l'autorité hiérarchique destinée à vérifier que le personnel prétendant à l'habilitation puisse, sans risque pour la défense et la sécurité nationale ou pour sa propre sécurité, connaître des informations classifiées dans l'exercice de ses fonctions. À cette fin, une « enquête de sécurité » est réalisée par un service enquêteur⁷²⁶ à partir des informations recueillies lors de la constitution du dossier d'habilitation. Cette dernière a pour objectif de déterminer si « *l'intéressé, par son comportement ou par son environnement proche, présente une vulnérabilité, soit parce qu'il constitue lui-même une menace pour le secret, soit parce qu'il se trouve exposé à un risque de chantage ou de pressions pouvant mettre en péril les intérêts de l'État, chantage ou pressions exercés par un service étranger de renseignement, un groupe terroriste, une organisation ou une personne se livrant à des activités subversives* ». Au regard de l'avis rendu par le service enquêteur, l'autorité d'habilitation⁷²⁷ agréée ou refuse l'habilitation du

⁷²⁵ Instruction général interministérielle du 30 novembre 2011 n° 1300/SGDSN/PSE/PSD sur *la protection du secret de la défense nationale*.

⁷²⁶ Direction générale de la sécurité intérieure pour les personnels civils ou les organismes travaillant dans le domaine civil. Direction du renseignement et de la sécurité de la Défense pour les personnels civils ou militaires du ministère de la Défense, les personnels militaires de la gendarmerie, les personnels employés dans les organismes et entreprises travaillant au profit du ministère de la Défense ou direction générale de la sécurité extérieure pour l'ensemble des personnels travaillant à son profit

⁷²⁷ Le Premier ministre pour l'habilitation « très secret défense ». Le ministre du département concerné pour les habilitations de niveaux inférieurs.

personnel. Elle peut également rendre une décision d'habilitation sous réserve que des précautions particulières soient prises. Il s'agit alors d'une « mise en garde » de l'officier de sécurité du service employeur, formalisée par une attestation signée par ce dernier ; ou également d' « une mise en éveil » concrétisée par une attestation signée par l'officier de sécurité et l'intéressé.

Dans l'hypothèse d'une habilitation, cette dernière est notifiée à l'intéressé, lequel doit signer un engagement de responsabilité. Par cet acte, le personnel reconnaît connaître les obligations particulières inhérentes à la confidentialité d'une information classifiée et aux sanctions encourues en cas de leur inobservation. Également, il s'engage à informer au plus vite l'officier de sécurité de tout changement affectant sa vie personnelle⁷²⁸ ou professionnelle. Cette information s'étend en outre à la « *relation suivie et fréquente, dépassant le strict cadre professionnel, avec un ou plusieurs ressortissants étrangers* ⁷²⁹ ». Par ailleurs, à la cessation de ses fonctions ou au retrait de l'habilitation, l'intéressé s'engage à maintenir confidentielles les informations classifiées dont il eut à connaître durant son habilitation.

Bien que l'habilitation nécessite une réelle « exploration » de l'Administration dans la vie privée de ses agents, rappelons que les informations, d'une part, sont données par l'agent lui-même lors de la constitution de son dossier et, d'autre part, qu'elles sont vérifiées par l'Administration avec l'autorisation implicite de l'agent, lequel est parfaitement informé de l'enquête de sécurité qui sera exercée. Au surplus, les informations collectées restent subordonnées aux conditions strictes prévues par la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* notamment la collecte « *pour des finalités déterminées, explicites et légitimes*⁷³⁰ » ainsi qu' « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées*⁷³¹ ».

ii - Le besoin de connaître l'information classifiée

Bien que l'agent soit habilité, il n'est pas pour autant nécessaire qu'il accède à certaines informations. C'est à son autorité hiérarchique d'estimer que cet accès est nécessaire à l'exercice de sa fonction ou à l'accomplissement de sa mission. Tâche d'autant plus ardue que l'autorité

⁷²⁸ Mariage divorce, PACS, établissement ou rupture d'une vie commune, lieu de résidence...

⁷²⁹ Instruction générale interministérielle du 30 novembre 2011, op. cit.

⁷³⁰ Article 6 2° de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

⁷³¹ Article 6 3° de la loi de 1978, op. cit..

hiérarchique doit apprécier de manière rigoureuse et mesurée le besoin de connaître des informations classifiées.

L'accès aux informations classifiées par les agents suppose une procédure contraignante dont l'autorité hiérarchique est associée. En effet, c'est bien l'autorité hiérarchique qui va identifier en amont l'utilité pour l'un de ses agents d'être habilité à accéder à des informations classifiées et de déterminer à quel niveau de confidentialité son habilitation correspondra. C'est également cette dernière qui va devoir estimer en aval la nécessité pour l'agent habilité d'accéder à l'information classifiée.

Ainsi, le silence imposé aux agents publics dépositaires du secret dépendra en grande partie de l'Administration puisqu'elle se trouve à tous les niveaux du processus assurant la confidentialité des informations. Tout d'abord, en estimant quelles informations sont susceptibles d'être classifiées et à quel niveau ; ensuite en conditionnant l'accès à l'habilitation de personnels dont elle s'assurera de leur loyauté, leur probité, voire leur moralité ; enfin en restreignant l'accès de l'information à ce qui est strictement nécessaire et en s'assurant du silence de l'agent au-delà de son habilitation. Qui plus est, la confidentialité des informations sera garantie par les sanctions qui pourraient être engagées dans l'hypothèse où le secret serait révélé.

2 - Des sanctions administratives et pénales en cas de révélation abusive

L'inobservation des dispositions précitées entrainera à la fois des sanctions administratives et pénales.

S'agissant des sanctions disciplinaires, tel que nous le verrons ultérieurement, elles font l'objet d'une procédure dont le niveau de contrainte dépend de la gravité de la sanction infligée⁷³² et cette dernière est liée, bien naturellement, à l'importance du manquement et de ses conséquences. Citons à titre d'exemple l'avertissement pour la première catégorie de sanctions, l'exclusion temporaire des fonctions pour la deuxième catégorie et la radiation des cadres ou résiliation des contrats pour la troisième catégorie.

S'agissant des sanctions pénales, la compromission d'un secret de la Défense nationale est prévue par les articles 413-9 à 413-12 du Code pénal. Cette infraction est définie comme le fait de révéler le secret de la Défense nationale, en tout ou partie, à quelqu'un qui n'a pas à en connaître. Il peut

⁷³² Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 1 -C -1 -Une procédure contraignante en fonction de la sanction envisagée.

s'agir de l'appropriation, la livraison ou la divulgation de tout élément constituant un secret de la Défense nationale.

Le dépositaire du secret de la Défense nationale est responsable de maintenir sa confidentialité en s'opposant à sa communication ou à son accès par des personnes non qualifiées sous peine d'être considéré également comme auteur de la compromission.

Ainsi, bien au-delà du simple silence, le personnel qualifié est garant de préserver la confidentialité du secret auquel il est astreint. D'ailleurs, l'acte matériel pour que l'infraction de compromission soit constituée concerne à la fois l'acte positif, l'attitude passive⁷³³, voire l'attitude négligente ou imprudente⁷³⁴.

Ces délits étant formels, il importe peu que la divulgation ait engendré des conséquences. De même, il s'agit d'infractions putatives et ainsi les peines prévues peuvent être également encourues alors même que l'auteur avait l'impression de commettre l'infraction sans que celle-ci soit réellement constituée.

Au-delà de la compromission, d'autres sanctions peuvent être encourues liées à la divulgation du secret de la Défense nationale. C'est le cas de la trahison et de l'espionnage notamment en livrant le secret à une puissance étrangère⁷³⁵ ou en collectant des renseignements à fins de transmission à une puissance étrangère⁷³⁶. De telles révélations sont sanctionnées plus sévèrement en temps de guerre⁷³⁷.

B - L'institution d'une procédure de « déclassification »

Afin d'éviter, voire de remédier, aux décisions de classification abusives d'informations, le législateur institua une procédure de « déclassification ». À cette fin, une commission consultative du secret de la Défense nationale fut créée (1) et une procédure assez fastidieuse fut établie (2).

⁷³³ Laisser détruire, détourner, reproduire ou divulguer un secret.

⁷³⁴ Méconnaître les instructions et consignes administratives et portant, de ce fait, atteinte à la protection d'une information classifiée en l'exposant au risque d'être dévoilée.

⁷³⁵ Article 411-6 du Code pénal.

⁷³⁶ Article 411-7 du Code pénal.

⁷³⁷ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -B -1 -b -Les atteintes aux intérêts de la Nation en temps de guerre.

Malgré une telle possibilité, le secret Défense d'informations constitue un véritable obstacle à l'activité judiciaire (3).

1 - Création d'une commission consultative du secret de la Défense nationale

Par une loi du 8 juillet 1998, une commission consultative du secret de la Défense nationale⁷³⁸ est créée. Cette autorité administrative indépendante (AAI) n'a qu'un rôle consultatif au bénéfice du ministre, lequel étant le seul à pouvoir déclasser des documents intéressant son ministère. Néanmoins, les avis de cette AAI sont publiés au journal officiel ce qui permet tout de même d'obtenir une « vague idée » de la motivation de la réponse du ministre. La déclassification a concerné de nombreux documents protégés par le secret de la Défense dans des affaires qui ont pourtant défrayé la chronique⁷³⁹. Citons par exemple les affaires BEN BARKA⁷⁴⁰, ELF⁷⁴¹, PINOCHET⁷⁴² et BOREL⁷⁴³.

Toutefois, cette procédure de déclassification des documents protégés ainsi que l'indépendance même de la CCSDN furent longtemps contestées. Et à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a été saisi pour apprécier la constitutionnalité de cette véritable exception au pouvoir d'investigation de l'autorité judiciaire. Les requérants prétendaient en l'espèce que la procédure lourde et contraignante définie aux articles L2312 et suivants du Code de la défense ainsi qu'aux articles 413 et suivants du Code pénal méconnaissaient l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen impliquant « *le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement, ainsi que le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable* ». En outre, ils prétendaient que ces dispositions rendaient très ardue « *la recherche des auteurs d'infractions [laquelle] constitue un objectif de valeur*

⁷³⁸ Ci-après « CCSDN ».

⁷³⁹ Par une saisine d'origine ministérielle ou juridictionnelle. Voir « *les méthodes de travail de la commission* », rapport de la CCSD 1998-2004 : www.ladocumentationfrancaise.fr

⁷⁴⁰ Commission consultative du secret de la Défense, Avis 99/05 du 10 décembre 1999.

⁷⁴¹ Commission consultative du secret de la Défense Avis 00/02 du 5 octobre 2000.

⁷⁴² Commission consultative du secret de la Défense, Avis 01/03 du 6 septembre 2001.

⁷⁴³ Commission consultative du secret de la Défense, Avis 04/02 du 5 février 2004.

constitutionnelle nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle ». Le juge constitutionnel devait alors se prononcer sur la conciliation opérée par la loi entre, d'une part, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que la recherche des auteurs d'infractions ; et, d'autre part, les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation. Dans une décision du 10 novembre 2011⁷⁴⁴, le Conseil constitutionnel décida que s'agissant de la classification des informations⁷⁴⁵, les dispositions légales n'étaient pas contraires à la Constitution. Toutefois, s'agissant des lieux classifiés le Conseil constitutionnel relèva qu'en soustrayant une zone géographique aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire et en y subordonnant l'accès d'un magistrat aux fins de perquisition à une déclassification temporaire de l'Administration, le législateur n'avait pas opéré une conciliation équilibrée entre les principes et objectifs constitutionnels précités.

2 - Une procédure de « déclassification » digne du « parcours du combattant »

Par exception à l'accès aux documents administratifs prévu par la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal⁷⁴⁶, les documents dont la consultation ou communication porterait atteinte au secret de la défense nationale ne sont pas accessibles⁷⁴⁷.

Pour autant, le Code de la défense prévoit un accès très encadré à ces documents. L'article L2312-1 du Code prévoit en effet que l'accès n'est possible qu'au profit d'une juridiction française et dans le cadre d'une procédure engagée devant elle. Il est également possible au profit des seules commissions permanentes du Sénat et de l'Assemblée nationale chargées des affaires de sécurité intérieure, de la défense ou des finances.

Ainsi, la révélation du secret ne peut être sollicitée que par quelques personnes et dans un objectif bien précis.

En outre, cette demande d'accès auprès de l'autorité administrative en charge de la classification doit être motivée et déclenche la saisine sans délai de la commission consultative du secret de la

⁷⁴⁴ Conseil constitutionnel, 10 novembre 2011, Décision n° 2011-192 QPC, *Mme Ekaterina B.*

⁷⁴⁵ En particulier, la procédure de déclassification et la communication des informations ainsi que leur accès à l'occasion d'une perquisition.

⁷⁴⁶ Codifié depuis le 1^{er} janvier 2016 dans le livre III du Code des relations entre le public et l'administration.

⁷⁴⁷ Article L311-5, 2°, b du Code des relations entre le public et l'administration.

défense nationale pour avis (a). Par ailleurs, les informations ne pouvant pas être cachées indéfiniment, leur confidentialité est temporaire et sa durée est fonction de la sensibilité de l'information (b).

a - Une déclassification après avis de la commission consultative du secret de la défense nationale

La commission consultative de secret de la Défense nationale se compose de cinq membres désignés parmi les hautes juridictions et le Parlement⁷⁴⁸ ; elle dispose de deux mois à compter de sa saisine pour rendre un avis. Cette dernière devra prendre en considération, « *d'une part, les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, ou l'exercice du pouvoir de contrôle du Parlement ; d'autre part, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels* »⁷⁴⁹.

L'avis rendu peut émettre deux choix : soit un refus de déclassifier le document demandé, soit sa déclassification, laquelle peut être totale ou partielle.

À cette fin, la commission dispose d'une grande latitude puisqu'elle peut mener toutes les investigations utiles et ses membres sont autorisés à connaître de toutes les informations classifiées⁷⁵⁰. En outre, l'article L2312-6 du Code de la défense prévoit que « *les ministres, les autorités publiques, les agents publics ne peuvent s'opposer à l'action de la commission pour quelque motif que ce soit et prennent toutes les mesures utiles pour la faciliter* ».

Dans son rapport⁷⁵¹, la commission consultative du secret de la Défense nationale relève avoir été saisie 54 fois dans la période comprise entre mi-2010 et fin 2012. La saisine de la commission est principalement du fait d'une demande de déclassification par une juridiction⁷⁵² adressée à l'autorité

⁷⁴⁸ Dans les conditions de l'article L2312-2 du Code de la défense.

⁷⁴⁹ Article L2312-7 du Code de la défense.

⁷⁵⁰ Article L2312-5 du Code de la défense.

⁷⁵¹ Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale, 2010-2012 : La documentation française.

⁷⁵² Juridiction administrative ou judiciaire.

administrative⁷⁵³. S'agissant des types d'affaires qui donnent lieu à requêtes en déclassification, le rapport de la commission relève deux grosses tendances : les procédures engagées pour atteintes à l'intégrité physique des personnes (52%) et celles pour délits économiques et financiers (31%).

Dans ces situations, la commission a pour responsabilité de « *garantir aux yeux de tous que la Justice accédera, dans la mesure du possible, à toutes les informations protégées dont elle a besoin pour remplir sa mission et que cette mesure ne trouve sa limite que dans des raisons strictement et objectivement tirées de la nécessité de défendre les intérêts fondamentaux de notre pays tels qu'ils sont définis par la loi*⁷⁵⁴ ».

À cet égard, suite aux « errements passés » où le secret de la Défense nationale a pu être opposé pour refuser l'accès à des informations à des fins étrangères aux intérêts fondamentaux de la Nation⁷⁵⁵, la commission veille à ce que le refus de communication repose véritablement sur des moyens légitimes.

Néanmoins, rappelons que la commission ne rend que des avis, ne contraignant pas l'autorité administrative, laquelle conserve l'opportunité de communiquer ou non les informations sollicitées.

b - La fixation d'un délai pour inciter à ne pas maintenir inutilement une classification

La méfiance vis-à-vis du secret, en particulier lorsqu'il touche à l'action de l'État, a exhorté le pouvoir réglementaire à circonscire son champ d'application au strict nécessaire. C'est ainsi qu'en annexe de l'instruction générale interministérielle n°1300 *sur la protection du secret de la défense nationale*, il est expressément prévu que la décision de « *classifier résulte de l'analyse de l'importance de l'information au regard de son contexte, des textes applicables et des instructions du ministre compétent* ». Elle précise, en outre, qu'« *en cas d'évolution, dans le temps ou en*

⁷⁵³ 200 sur 207 de la création de la commission jusqu'à 2012. Cf. Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale, 2010-2012 : op.cit. p.32.

⁷⁵⁴ Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale, 2010-2012 : op.cit. p.8.

⁷⁵⁵ Définis à l'article 410-1 du Code pénal.

fonction des circonstances, de la sensibilité des informations classifiées, l'autorité classificatrice peut décider de procéder à leur déclassification, leur déclassement ou leur reclassement ⁷⁵⁶».

À cet égard, l'annexe prévoit également une « durée de vie des classifications » en rappelant que la sensibilité d'une information peut évoluer en fonction du temps ou des circonstances. Ainsi, il revient à l'autorité émettrice de la classification de mentionner la date à partir de laquelle le document sera automatiquement déclassifié. Si une date ne peut être définie, l'annexe envisage que l'autorité émettrice mentionne une date ou un délai au terme duquel une réévaluation du niveau de classification devra être réexaminé. Cette réévaluation peut aboutir au maintien du niveau de classification, le déclassement, voire la déclassification de l'information⁷⁵⁷. Passé un délai de cinquante ans⁷⁵⁸, le document pourra être communicable de plein droit après avoir été versé aux archives publiques et à la condition expresse d'avoir été préalablement déclassifié⁷⁵⁹. La déclassification d'un document n'est pas automatique et procède nécessairement d'une demande de déclassification approuvée par l'autorité émettrice.

3 - Un secret rendant l'action des juridictions délicate

Tel que nous l'avons évoqué précédemment, l'article L2312-1 du Code de la défense prévoit que l'accès à des informations classifiées n'est possible qu'au profit d'une juridiction française et dans le cadre d'une procédure engagée devant elle. Les articles suivants déterminent une procédure contraignante destinée à éventuellement obtenir la déclassification et la communication de l'information litigieuse. Cette procédure s'impose aux magistrats de l'ordre judiciaire ayant ordonné une perquisition soit dans un lieu classé, soit dans un lieu « neutre » mais qui se révèle contenir des informations classifiées⁷⁶⁰ (a) ; elle s'impose également aux magistrats de l'ordre administratif (b).

⁷⁵⁶ Article 39 de l'annexe à l'instruction générale n°1300 portant sur la protection du secret de la Défense nationale.

⁷⁵⁷ Article 46 de l'annexe à l'instruction générale n°1300 op. cit.

⁷⁵⁸ Jusqu'à 100 ans pour les documents permettant l'identification des personnes.

⁷⁵⁹ Article 63 de l'annexe à l'instruction générale n°1300 op. cit.

⁷⁶⁰ Article 56-4 du Code de procédure pénale.

a - La manifestation de la vérité par les juridictions répressives

La sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation limite conséquemment l'exercice d'autres libertés fondamentales telles que le droit pour une personne d'exercer un recours effectif et d'avoir un procès équitable⁷⁶¹. Rappelons que la procédure contraignante définie par les articles L2312-1 et suivants a fait l'objet d'un contrôle constitutionnel en 2011⁷⁶². Les Sages avaient estimé que la majeure partie du dispositif institué par la loi assurait une conciliation équilibrée entre « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que la recherche des auteurs d'infractions et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* ». Par cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré notamment que la commission consultative du secret de la Défense nationale présentait suffisamment de garanties d'indépendance pour en conclure que la procédure de « déclassification » ne constituait pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés fondamentales des justiciables.

Sur cette question, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé qu'il pouvait être dissimulé certaines preuves à la défense sans pour autant méconnaître les dispositions de l'article 6§1 et §3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés publiques. À cet égard, la Cour européenne examine si les mesures nécessaires sont strictement nécessaires et si les limitations au droit à un procès équitable sont suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires⁷⁶³. La Cour européenne des droits de l'Homme pourra certainement se prononcer sur la procédure française puisque les victimes et proches des victimes de l'attentat perpétré à Karachi au Pakistan ont fait savoir qu'ils saisiraient la Cour européenne⁷⁶⁴. Ces mêmes victimes avaient préalablement été à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité qui déboucha sur la jurisprudence constitutionnelle *Mme Ekaterina B* du 10 novembre 2011⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ Droits notamment affirmés dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁷⁶² Conseil constitutionnel, 10 novembre 2011 : Décision n°2011-192 QPC.

⁷⁶³ Cour européenne des droits de l'Homme, 26 mars 1996, *Affaire Doorson c. Pays Bas*, requête n° 20524/92.

⁷⁶⁴ « *Affaire Karachi: les familles des victimes saisissent la justice européenne* », 7 mai 2012, L'Express.

⁷⁶⁵ Conseil constitutionnel, 10 novembre 2011, Décision n° 2011-192 QPC, *Mme Ekaterina B.*

b - L'examen des recours soumis aux juridictions administratives

La confidentialité de certaines informations peut poser des difficultés lorsque ces dernières constituent le fondement principal d'une requête portée devant une juridiction administrative. La confidentialité de certaines informations a été consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans une jurisprudence *Nikolova et Vandova c. Bulgarie*⁷⁶⁶. Les requérantes, toutes deux agents de police, reprochaient à l'État bulgare de les avoir sanctionnées sans produire, durant la procédure disciplinaire, les pièces du dossier au motif que ces dernières étaient classifiées. Ce grief renvoyait au principe du droit à un procès équitable et plus particulièrement au principe de l'égalité des armes puisque les requérantes n'avaient pas accès à ces pièces alors que le ministère de l'Intérieur les disposait. La Cour européenne écarta les moyens des requérantes et précisa que l'État pouvait avoir des motifs légitimes de limiter l'accès à certains documents, en particulier lorsqu'ils étaient relatifs à sa sécurité. Elle relèva au surplus qu'une procédure avait été mise en place pour que les requérantes et leurs avocats puissent avoir accès à de telles informations de sorte que la confidentialité des informations litigieuses ne saurait porter atteinte « au principe de l'égalité des armes ou, plus généralement au caractère équitable de la procédure⁷⁶⁷ ».

Sur le plan national, le Conseil d'État a jugé à l'occasion d'un litige portant sur la communication de documents administratifs (i) et sur l'octroi d'une pension (ii) que malgré le refus de l'Administration de déclassifier des documents et de les communiquer, cette dernière devait tout de même fournir tous les éléments de nature à lui permettre de former la conviction du juge administratif sur les points en litige et qui ne porte pas atteinte au secret de la Défense nationale.

i - S'agissant de la communication de documents administratifs portant en partie sur des informations classifiées

En l'espèce, deux associations ont saisi le ministre de la Défense en vue d'obtenir la communication de différents rapports établis par les services mixtes en charge du contrôle biologique et de la sécurité radiologique des « tirs atmosphériques » réalisés par la France entre 1960 et 1996 dans le Sahara et en Polynésie française. Devant le refus du ministre, les

⁷⁶⁶ Cour européenne des droits de l'Homme, *Affaire Nikolova et Vandova c. Bulgarie*, 17 décembre 2013 : n°20688/04.

⁷⁶⁷ Cour européenne des droits de l'Homme, *Affaire Nikolova et Vandova c. Bulgarie*, op. cit. §92.

associations saisirent en premier lieu la commission d'accès aux documents administratifs mais cette dernière se déclara incompétente en raison de la nature confidentielle des documents sollicités. Les associations saisirent alors le tribunal administratif de Paris en demandant l'annulation du refus du ministre afin que la commission consultative du secret de la Défense nationale soit saisie et qu'elle enjoigne au ministre de la Défense de déclassifier les documents litigieux puis les communiquer. Dans un jugement avant-dire droit du 7 octobre 2010, le juge administratif ordonna au ministre de saisir pour avis la commission consultative du secret de la Défense nationale. Puis de se prononcer au vu de cet avis. Et, dans le cas où il estimerait que la classification et le refus de communication de tout ou partie de ces documents seraient justifiés par le secret de la Défense nationale, de verser au dossier de l'instruction tous éléments d'informations sur cette décision ; afin de permettre au tribunal de se prononcer utilement sur les prétentions des associations requérantes. Le litige fut enfin porté à la connaissance du Conseil d'État, lequel décida le 20 février 2012 qu'il appartenait bien au juge administratif en vertu de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction sur les points en litige. Dès lors, « *le tribunal administratif de Paris n'avait pas commis d'erreur de droit en ordonnant que soient versés au dossier de l'instruction de tous éléments d'information sur les raisons de l'exclusion des documents en cause, dans des formes préservant le secret de la défense nationale, de façon à lui permettre de se prononcer en connaissance de cause sans porter directement ou indirectement atteinte au secret de la Défense nationale* »⁷⁶⁸. Dès lors, l'administration militaire reste tenue de justifier son refus de transmettre des informations confidentielles afin que le juge administratif dispose de tous les éléments permettant de trancher les litiges portés à sa connaissance.

ii - S'agissant de l'octroi d'une pension militaire d'invalidité fondée sur des circonstances « couvertes » par le secret de la Défense nationale

Après avoir subi un « barotraumatisme accidentel » à l'oreille à la suite d'une plongée sous-marine en service et pour lequel il bénéficiait une pension militaire d'invalidité, un militaire déclara auprès de la sous-direction des pensions subir une aggravation de son infirmité suite à la survenance d'un trouble auditif alors qu'il était en service à la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE).

⁷⁶⁸ Conseil d'État 20 février 2012, *essais nucléaires et secret Défense*, req. n° 350382 ; « Secret-défense et essais nucléaires », BRIMO Sara, AJDA 2012 p.1072.

Il demanda alors la révision de sa pension militaire d'invalidité mais ce nouveau traumatisme ne figurait pas dans son dossier médical et son dossier administratif ne renseignait, naturellement, pas la teneur des missions qu'il accomplissait au sein de la DGSE. Le ministre refusa la révision de la pension au motif que les infirmités relevées trouvaient leur origine dans les conditions générales du service « dans la spécialité de l'intéressé ». Le litige fut alors porté devant le tribunal départemental des pensions de Paris, lequel s'estima insuffisamment éclairé sur les conditions dans lesquelles le requérant avait servi postérieurement à son infirmité originale. Le juge des pensions ordonna donc au ministre de la Défense de communiquer au tribunal tous les éléments utiles ayant trait sur le plan strictement médical aux éventuelles atteintes subies par le requérant lors de missions qui lui auraient été confiées et qui ne figureraient pas à ses états de service. Le ministre de la Défense fit appel de cette décision et la cour régionale de Paris confirma le jugement de première instance. Saisi d'un pourvoi du ministre de la Défense le Conseil d'État rappela qu'en dehors de la présomption légale d'imputabilité, il appartenait à l'intéressé d'apporter la preuve de l'imputabilité au service. Le tribunal peut alors ordonner toutes mesures d'instruction et d'enquête qu'il juge utiles afin que l'administration apporte tous les éléments en sa possession pour statuer sur le droit de pension du requérant⁷⁶⁹. Ainsi, bien que les informations classifiées ne soient pas communicables, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'autres éléments transmis par l'administration militaire et « *la vraisemblance des allégations du militaire* », cette dernière ne peut s'opposer à la révision de la pension militaire d'invalidité du requérant.

Au-delà du secret de la Défense nationale qui, tel que nous l'avons vu, exige une confidentialité quasi-absolue, les militaires sont également astreints au secret destinés à protéger les intérêts des administrés ainsi que ceux de leurs « camarades ».

§ 2 - La protection des intérêts des agents et administrés : le secret professionnel

Il ne s'agit plus de protéger la défense et la sécurité nationale mais, à une importance égale, celles des administrés pour garantir à ces derniers la sécurité des confidences dont ils ont eu la nécessité

⁷⁶⁹ Conseil d'État, 4 octobre 2010, *M. Alain A.* : req. n° 323049 ; « *De la preuve d'infirmités d'un militaire couvertes par le secret défense* », Recueil Lebon 2010.

de faire à des militaires du fait de leur état ou de leur profession. Il s'agit de la même manière d'assurer la confiance envers l'administration qui s'impose dans l'exercice de ses activités. L'article L4121-2 du Code de la défense prévoit en effet un tel secret sous l'angle de la sanction prévue au Code pénal en cas de sa violation. Cette disposition est quasiment identique à celle prévue dans le statut général des fonctionnaires, laquelle dispose que « *les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal* ⁷⁷⁰ ». Le secret professionnel garantit la confidentialité des informations confiées aux militaires (A) ; cependant, par exception, la révélation du secret est possible dans des hypothèses limitées (B).

A - Un secret professionnel garantissant la confidentialité des informations

La protection des données à caractère personnel revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷⁷¹.

S'il n'existe pas de secret professionnel par nature (1), ce dernier s'impose en fonction de la personne qui en est dépositaire (2) ; la violation du secret par le dépositaire étant lourdement sanctionnée (3).

1 - L'absence de secret professionnel par nature.

La confidentialité des données se justifiera du fait de l'obligation légale pour le dépositaire de taire ces dernières. C'est donc le dépositaire des données qui confère à celles-ci leur caractère confidentiel et non les données qui sont confidentielles par nature quel que soit l'auteur de leur révélation.

La chambre criminelle de la Cour de la cassation a ainsi affirmé dans un arrêt du 26 octobre 1995⁷⁷² que « *les fonctionnaires de police sont tenus au secret professionnel en ce qui concerne les informations parvenues à leur connaissance dans l'exercice de leur profession et auxquelles la loi a conféré un caractère confidentiel dans un intérêt général et d'ordre public* ». C'est donc bien la

⁷⁷⁰ Article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires dite loi Le PORS*.

⁷⁷¹ Cour européenne des droits de l'homme, 25 février 1997, *Z. contre Finland* : n°22009/93 ; cité dans « *Convention européenne des droits de l'Homme* », MARGUÉNAUD Jean-Pierre, 2014 (actualisation 2016), n°23.

⁷⁷² Cour de cassation, chambre criminelle, 26 oct. 1995 : Bull. crim. 1995, n° 328.

loi qui désigne ce qui doit être considéré comme un secret professionnel et non les faits qui, par leur nature propre, dicteraient cette qualification.

2 - Une confidentialité inhérente à la fonction du dépositaire

Il faut identifier l'auteur de la révélation pour savoir si les informations diffusées procèdent ou non du secret professionnel. L'article 226-13 du Code pénal sanctionne la révélation d'une information par « *une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». Ainsi, la violation du secret ne pourra être pénalement punissable qu'à la condition que l'auteur soit désigné par la loi. Or, à cet égard, l'article L4121-2 du Code de défense prévoit implicitement une telle obligation pour les militaires. Néanmoins, à l'instar de celle formulée dans le statut général des fonctionnaires, cette obligation ne concerne pas l'ensemble des militaires et encore faut-il que ces derniers exercent une activité couverte par le secret⁷⁷³. De même, toutes les informations connues par le dépositaire ne font pas nécessairement l'objet d'une confidentialité, encore faut-il que l'information soit délivrée au dépositaire à l'occasion d'une « confiance ». La chambre criminelle de la Cour de cassation a par exemple estimé dans un arrêt du 11 mai 1959⁷⁷⁴ que le secret n'était pas violé si la confiance faite au prévenu ne l'avait pas été en sa qualité de prêtre⁷⁷⁵.

Ainsi, tel que l'affirme le Professeur Anthony TAILLEFAIT, « *ceux qui travaillent avec les agents soumis au secret professionnel n'ont qu'une obligation de discrétion professionnelle susceptible de sanction uniquement au plan disciplinaire* ».

Pour autant, malgré cette obligation légale formulée de manière générale, nous pensons qu'outre certaines fonctions bien spécifiques, le secret professionnel ne s'applique que très marginalement aux militaires. Il s'impose ainsi aux personnels des services de santé des armées tels que les

⁷⁷³ Voir pour illustration Cour de cassation, chambre civile 2e, 21 juin 1973 : D. 1974, jurispr. p. 16 : s'agissant des confidences échangées entre une femme en instance de divorce avec son amie de profession avocate.

⁷⁷⁴ Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mai 1959 : Bull. crim. 1959, n° 253 ;D. 1959, jurispr. p. 312 ; S. 1959, p. 110.

⁷⁷⁵ Solution contraire : voir Cour de cassation, chambre criminelle, 4 déc. 1891 : DP 1892, 1, p. 139.

praticiens des armées⁷⁷⁶ ou les personnels paramédicaux⁷⁷⁷. Sur un plan opérationnel, nous pourrions imaginer que le secret professionnel soit astreint aux militaires chargés de recueillir des informations « intimes » dans le cadre de leur intervention, tels les sapeurs-pompiers militaires lors des missions de lutte contre l'incendie ou de secours aux personnes⁷⁷⁸.

3 - Une révélation lourdement sanctionnée

Le secret professionnel des militaires prévu par l'article L4121-2 du Code de défense n'est évoqué que sous l'angle des dispositions pénales relatives à la violation de ce dernier. Ainsi, outre les éventuelles sanctions disciplinaires qui pourraient être prononcées par l'autorité hiérarchique suite à la révélation d'informations confidentielles, un tel comportement peut être également pénalement sanctionné.

Cette sanction permet à la fois de dissuader l'agent qui serait dépositaire d'une information confidentielle de la révéler et à rassurer le confident qui aura en gage du silence du dépositaire la responsabilité pénale de ce dernier.

L'article 226-13 du Code pénal réprime « *la révélation d'une information à caractère secret (...) d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Il n'est ainsi pas nécessaire que l'information soit divulguée, c'est-à-dire rendue publique, pour que la violation soit constituée. La simple révélation est sanctionnable.

Bien qu'il ne soit pas fait mention d'un degré de confidentialité des informations, de nombreux auteurs distinguent un secret professionnel général et absolu d'un secret professionnel relatif. Ainsi, tel que le rapporte Madame Clara BACCHETA⁷⁷⁹, R. TUNC affirmait que « *le secret professionnel des fonctionnaires peut avoir deux natures absolument différentes. Tantôt, il a à son origine une confiance faite au fonctionnaire ; qu'il soit personnel (hypothèse habituelle) ou collectif (cas exceptionnel), il est absolu. Tantôt au contraire, c'est un secret "du service" que le*

⁷⁷⁶ Décret n° 2008-933 du 12 septembre 2008 *portant statut particulier des praticiens des armées*.

⁷⁷⁷ Notamment les militaires infirmiers et techniciens des hôpitaux des armées (MITAH).

⁷⁷⁸ Le Code d'honneur du sapeur-pompier de Paris, rédigé le 23 avril 2011 par le Général Richard LEFEVRE, prévoit que ce dernier doit notamment faire preuve d'une discrétion sans faille.

⁷⁷⁹ « *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ?* », BACCHETTA Clara, *Economica*, p.47.

fonctionnaire doit partager avec tous ceux que leurs fonctions qualifient pour en prendre également connaissance⁷⁸⁰ ».

Mais, comme l'indique Madame Virginie PELTIER⁷⁸¹, bien que l'idée d'une dualité du secret professionnel soit attirante, il n'en reste pas moins qu'elle n'est pas en phase avec la formulation des dispositions du Code pénal qui ne prévoit qu'un seul secret professionnel. Dès lors, en pratique, rien ne justifierait une différence de traitement entre deux dépositaires du secret professionnel.

Le secret astreint au dépositaire est ainsi, par principe, général et absolu puisqu'il est opposable aux tiers. Néanmoins, dans certaines hypothèses, le dépositaire pourra ou même devra le révéler.

B - La révélation du secret dans certaines hypothèses

« La loi définit ainsi le secret professionnel comme un élément contribuant au droit à la vie privée, mais sa portée est relativisée principalement par l'existence de l'intérêt général, c'est-à-dire l'importance qu'il y a à favoriser la manifestation de la vérité, particulièrement quand elle est recherchée par les autorités auxquelles la loi a confié explicitement cette mission ».

Cette citation extraite d'une étude dans le rapport de 2010 de la Cour de cassation⁷⁸² fait primer le droit de savoir sur le secret professionnel lorsque l'intérêt général l'exige. En outre, au-delà de l'hypothèse d'une révélation contrainte dans l'intérêt général (a), nous verrons que la révélation peut également intervenir dans un intérêt particulier (b).

1 - Une révélation d'intérêt général

Le secret professionnel est par principe opposable à tous mais face à l'autorité de la loi, le dépositaire n'a pas le choix et il est contraint de dévoiler ses informations.

Ainsi, malgré l'interdiction posée par l'article 226-13 du Code pénal, l'article suivant définit des cas dans lesquels l'infraction ne sera pas constituée. D'une part, l'article fait référence de manière générale aux cas « où la loi impose ou autorise la révélation du secret » ; d'autre part, il énumère spécifiquement trois hypothèses.

⁷⁸⁰ « *Le secret professionnel des fonctionnaires* », TUNK R.: RA 1953.519.

⁷⁸¹ « *La révélation d'une information à caractère secret – Condition d'existence de l'infraction– Pénalités* », V. PELTIER, Jurisclasseurs, Fascicule 20.

⁷⁸² « *Le droit de savoir* », rapport 2010, troisième partie, Cour de cassation.

Dès lors, les militaires astreints au secret professionnel tel que défini à l'article 226-13 du Code pénal retrouveront leur faculté d'expression ou seront contraints de dévoiler le secret.

En l'occurrence, il nous semble que les hypothèses qui seront les plus courantes seront d'une part la dénonciation de faits de nature infractionnelle dans le cadre de l' « alerte éthique » (a) et, d'autre part, le commandement de la loi de permettre à l'autorité publique de mener ses investigations (b).

a - Le dispositif d'alerte

Le large engouement médiatique autour de l'affaire WIKILEAKS a mis en évidence le rôle à jouer par des agents de l'Administration ayant connaissance de pratiques illicites et confrontés à un immobilisme de leur hiérarchie pour y remédier. En France, la doctrine s'est largement penchée sur ces « lanceurs d'alerte » en s'interrogeant sur la protection que ces derniers pourraient avoir après cette réelle démarche citoyenne. En effet, l'un des premiers lanceurs d'alerte était le lieutenant-colonel Marie-Georges PICQUART à la fin du XIXème siècle. Alors chef du service de renseignement militaire⁷⁸³ et convaincu de l'innocence du Capitaine Alfred DREYFUS, il releva les indices accusant les investigateurs de la machination qui fut révélée quelques années plus tard et fit surtout l'objet du célèbre article d'Émile Zola « J'accuse » dans le journal « l'Aurore ».

Mais entre le lieutenant-colonel PICQUART et le soldat de première classe Bradley MANNING⁷⁸⁴, il y a tout de même d'énormes différences dans la manière de procéder dans le lancement de l'alerte. La démarche du lieutenant-colonel PICQUART consista plus dans un signalement qu'un lancement d'alerte. Ce dernier commença, en effet, à signaler à sa hiérarchie des indices qu'il avait pu recueillir à la décharge du Capitaine DREYFUS, ce qui lui valut une mutation avec obligation de taire ces révélations. Mais de nouvelles révélations dans la presse déterminèrent le lieutenant-colonel PICQUART à « alerter » la classe politique. Cette dernière démarche lui valut d'être exclu de l'Armée et emprisonné une année. L'acte du lieutenant-colonel PICQUART fut par

⁷⁸³ Communément appelé le « Deuxième bureau » en référence du deuxième bureau de l'État-major général dont il était une composante.

⁷⁸⁴ Devenu depuis Chelsea MANNING.

la suite salué des « dreyfusards »⁷⁸⁵ et il fut réhabilité le même jour que DREYFUS et devint Ministre de la Guerre dans le premier Gouvernement de CLÉMENTEAU en 1906.

Le « lanceur d'alerte » est un rôle délicat en ce qu'il n'intervient légitimement que dans des cas exceptionnels. L'agent public, qu'il soit civil ou militaire, est soumis à des obligations d'obéissance, de discrétion (voire de confidentialité) auxquelles il ne pourra déroger qu'en des cas exceptionnels. Tel que le relevait Monsieur Jean-Marc SAUVÉ dans un article, « *l'agent public lanceur d'alerte doit faire preuve de discernement avant de se décider à lancer un signalement et, le cas échéant, il doit adapter les modalités de son alerte à la nature des manquements constatés*⁷⁸⁶ ». En effet, il résulte du professionnalisme normalement attendu de tout agent public que ce dernier peut relever des défaillances dans son service et déceler si les orientations prises par sa hiérarchie sont éthiques et légales et d'en rendre compte, le cas échéant. De même, passé le stade du compte-rendu hiérarchique (ou signalement interne), l'agent devra privilégier des canaux externes adaptés à la gravité de l'alerte. Sur ce point, Monsieur Jean-Marc SAUVÉ⁷⁸⁷ priorise les canaux externes dans l'ordre suivant : l'institution judiciaire, les autorités administratives indépendantes et, enfin, en dernier ressort, les media.

Sur le plan pénal, l'article 40 du Code de procédure pénale prévoit que « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

Ce dispositif d'alerte permet donc au dépositaire d'un secret professionnel ayant eu la connaissance d'un crime ou d'un délit, d'être en mesure de le dénoncer et, le cas échéant, de révéler le secret qui lui a été confié.

Cette dénonciation n'est cependant pas une obligation puisque l'article 434-1 du Code pénal sanctionnant l'omission de dénoncer un crime ou un délit prévoit dans son 2° que sont « *exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret* ».

⁷⁸⁵ Notamment par Octave MIRBEAU qui participa à un « hommage des artistes à PICART », Société libre d'éditions des Gens de Lettres, 15 février 1899.

⁷⁸⁶ « *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique* », SAUVÉ Jean-Marc, AJDA 2014, p. 2249.

⁷⁸⁷ « *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique* », op. cit. p. 3 et 4.

Sur le plan administratif, des dispositions statutaires protègent ce que l'on nomme les « lanceurs d'alerte ». Ainsi, s'agissant des fonctionnaires civils, l'article 6 de la loi 83-664 du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors prévoit qu' « aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération (...)le fait qu'il [ait] témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les [ait] relatés (...) ». La même disposition a été insérée aux articles L4123-10-1 et 2 du Code de la défense pour les militaires s'agissant le fait de harcèlement sexuel ou moral.

En outre, les lois intervenues en 2016⁷⁸⁸ pour préciser l'éthique, la déontologie et la probité des fonctionnaires modifient à la fois le statut général des fonctionnaires et des militaires pour y inclure un véritable droit d'alerte lorsque les agents ont connaissance de faits constitutifs d'un conflit d'intérêt⁷⁸⁹. Le lanceur d'alerte est défini par la loi comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance⁷⁹⁰ ». Néanmoins, d'une part, le droit d'alerte n'inclut pas « les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la Défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client » ; d'autre part et surtout, le militaire devra réellement être certain de ce qu'il affirme puisque s'il « relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés⁷⁹¹ », il pourra être à la fois sanctionné disciplinairement et pénalement.

⁷⁸⁸ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁷⁸⁹ Article L4122-4 du Code de la défense.

⁷⁹⁰ Article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, op. cit.

⁷⁹¹ Article L4122-4 dernier alinéa du Code de la défense.

b - L'ordre de la loi en matière d'investigation de l'autorité publique

La portée du secret professionnel est également limitée par l'importance de faire manifester la vérité et, plus particulièrement, lorsqu'elle est recherchée par les autorités auxquelles la loi a donné explicitement cette mission.

Le militaire dépositaire du secret professionnel pourra donc être contraint à révéler des informations confidentielles, faisant dès lors primer l'intérêt général sur des intérêts « catégoriels ». Néanmoins, il résulte de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qu'il conviendra de déterminer au préalable la proportionnalité entre la révélation ordonnée du secret et le but recherché. Ainsi, dans un arrêt du 16 février 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu préciser que « *la saisie par le juge d'instruction de pièces couvertes par un éventuel secret n'est légitime que parce qu'elle est nécessaire et proportionnée à la manifestation de la vérité*⁷⁹² ».

2 - Une révélation dans un intérêt particulier

Outre l'intérêt général, le militaire dépositaire du secret professionnel pourra être amené à révéler des informations pour des intérêts bien plus circonscrits. Cette révélation pourra alors se justifier pour que l'agent dépositaire puisse assurer sa propre défense (a) mais également pour accroître l'efficacité de l'action d'autres professionnels en leur faisant « partager » le secret (b).

a - La révélation pour assurer sa défense

« *On ne saurait reprocher à qui ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel*⁷⁹³ ». Par une telle conception, le militaire dépositaire pourra révéler des informations confidentielles pour assurer sa défense. Toutefois, la révélation ne devra concerner que les faits « *strictement nécessaires à la défense de ses intérêts*⁷⁹⁴ » et qu'à la condition d'une révélation strictement nécessaire, à « *publicité minimale*⁷⁹⁵ ».

⁷⁹² Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 février 2010 : n°09-86363.

⁷⁹³ Cour d'appel de Douai, 26 octobre 1951 : Gaz. Pal. 1951, 2, p. 425.

⁷⁹⁴ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mai 2000 : Juris-Data n° 2000-002479 ; Bull. crim. 2000, n° 192; Dr. pén. 2000, comm. 127.

⁷⁹⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 19 déc. 1885 : S. 1886, 1, p. 86.

b - Le secret partagé

Il s'agit de mettre à la disposition de plusieurs professionnels, fondés à en connaître, des informations utiles à l'intérêt de la personne.

Principalement, ce partage d'information intervient dans le domaine sanitaire. Ainsi, l'article L.11110-4 du Code de la santé publique rappelle que toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Toutefois, l'article poursuit en précisant que « *deux ou plusieurs professionnels peuvent échanger des informations relatives à une même personne prise en charge afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible* ». Néanmoins, dans cette hypothèse, le patient devra donner son consentement exprès au partage d'information. Cette hypothèse se retrouvera essentiellement auprès des médecins, infirmiers et autres personnels de soin ayant un statut militaire⁷⁹⁶.

Conclusion de la section 1

Il semble évident que le secret est une exigence forte au sein de la « Grande muette ». Néanmoins, la confidentialité des informations n'est pas exclusivement exigée des militaires ; ces derniers y sont pourtant souvent confrontés eu égard aux missions de l'Armée qui concourt à la défense nationale. Ainsi, le secret de la Défense nationale apparaît comme une obligation quasi-sacrée qui s'impose également aux juridictions judiciaires et administratives. De même, certains militaires sont, par leur fonction, soumis au secret professionnel et la révélation du secret de manière abusive est sanctionnée aussi bien pénalement qu'administrativement.

Toutefois, l'obligation de confidentialité n'est pas absolue. Dès lors, à l'instar de toute personne astreinte au secret professionnel, le militaire pourra ou devra révéler les informations dont il a eu connaissance. En outre et de manière plus singulière, les informations classifiées pourront être révélées. En effet, la tentation est grande de classer une information afin de l'écarter du champ de compétence des juridictions mais dans un objectif autre de la défense de la Nation. Et suite à des « scandales politico-financiers », le législateur est intervenu pour mettre en place des garanties à la classification d'informations. Aussi, une autorité administrative indépendante, la commission

⁷⁹⁶ Notamment dans les hôpitaux militaires et dans les centres médicaux des armées.

consultative du secret de la Défense nationale, examinera si la confidentialité de l'information litigieuse devra être levée ou non. Néanmoins, force est de constater que la procédure destinée à obtenir la révélation d'une information classifiée est complexe et, surtout, que la décision appartient *in fine* à l'autorité ayant décidé la classification.

Par ailleurs, en sus de l'obligation de se taire exigée des militaires, le Code de la défense oblige également ces derniers à s'exprimer avec retenue afin de préserver la discipline. Mais plus qu'une simple retenue, il semble que l'expression des militaires soit « étouffée ».

Section 2 - Une « retenue » nécessaire pour préserver la discipline

Les obligations d'obéissance et de discipline auxquelles sont astreints tous les militaires encadrent leur expression professionnelle. D'une part, l'expression doit être contenue lorsqu'elle est adressée à d'autres militaires (§1) ; d'autre part, l'expression peut être dirigée lorsqu'elle concerne des sujets à forte ampleur médiatique (§2).

§ 1 - Une expression contenue entre militaires

Le législateur de 1972 et, *a fortiori*, celui de 2005 mirent fin à la soumission pour y substituer une obligation d'obéissance (A). Dès lors, bien que contenue, l'expression s'en est trouvée plus libre (B).

A - Une soumission qui baillonnait l'expression des militaires

Le règlement sur le service intérieur de 1892 des troupes d'infanterie énonçait en guise d'introduction les « *principes généraux de la soumission* » en affirmant que « *la discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants*⁷⁹⁷ »⁷⁹⁸. Le règlement précise que les ordres devaient être littéralement exécutés « *sans hésitation ni murmure* ⁷⁹⁹ ». Aussi, peu de place

⁷⁹⁷ Décret du 20 octobre 1892 *portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie* : www.gallica.fr.

⁷⁹⁸ Voir également : Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 2 -Une obéissance dorénavant exigée, incluant exceptionnellement une désobéissance.

⁷⁹⁹ Décret du 20 octobre 1892 *portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie*, op. cit..

à l'expression des subordonnés avant que l'ordre ne soit exécuté. Et bien que le règlement prévoie que « *la réclamation n'est permise à l'inférieur que lorsqu'il a obéi*⁸⁰⁰ », une telle liberté de parole semblait inconcevable, *a fortiori*, s'il existait un réel écart de grade entre le réclamant et son supérieur. D'ailleurs, même en dehors du service, le règlement de 1892 prévoyait que « *les supérieurs [avaient] droit à la déférence et au respect de leurs subordonnés*⁸⁰¹ ».

La retenue n'était pas exigée qu'aux seuls subordonnés puisque le même règlement de 1892 prévoyait que « *tout acte, tout geste, tout propos outrageant d'un supérieur envers son subordonné [étaient] sévèrement interdits. Les membres de la hiérarchie militaire, à quelque degré qu'ils y soient placés, doivent traiter leurs inférieurs avec bonté, être pour eux des guides bienveillants, leur porter tout l'intérêt et avoir envers eux tous les égards dus à des hommes dont la valeur et le dévouement procurent leurs succès et préparent leur gloire*⁸⁰². »

Bien que les législateurs de 1972 et de 2005 aient substitué à la soumission une obligation d'obéissance permettant plus de latitude dans l'expression, force est de constater que l'expression entre militaires reste tout de même bien cadrée, voire normalisée. Par exemple, le salut militaire suit un protocole. À l'origine, le salut était un signe de paix et de fraternité échangé par deux voyageurs qui se rencontraient. En élevant leur main droite largement ouverte, ils montraient l'un à l'autre l'absence d'armes dans leur main. Il est ensuite devenu une marque de subordination et l'article D4137-3 du Code de la défense dispose qu' « *en uniforme, tout militaire doit le salut aux autres militaires en uniforme placés au-dessus de lui dans l'ordre hiérarchique. Tout militaire salué doit rendre le salut.* » Également, les correspondances font l'objet de protocoles normalisant tant le fond que la forme du message⁸⁰³. Dès lors, de tels protocoles pour s'exprimer ne sont pas propices à libérer la parole. Néanmoins, l'obéissance, aussi prégnante qu'elle soit, n'étouffe pas complètement l'expression des militaires.

⁸⁰⁰ Décret du 20 octobre 1892 *portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie*, ibidem.

⁸⁰¹ Décret du 20 octobre 1892 *portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie*, ibidem.

⁸⁰² Décret du 20 octobre 1892 *portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie*, ibidem.

⁸⁰³ Voir en ce sens : « *La correspondance militaire* », Titre XX, TTA (textes toutes armes) 150.

B - « Silence dans les rangs » : l'obéissance n'étouffant pas toute expression

Tel que nous le verrons, la discipline et l'obéissance font partie des piliers sur lesquels repose le statut des militaires⁸⁰⁴. À l'instar de la fonction publique civile, l'Armée est fondée sur une hiérarchie pyramidale et, pour son équilibre, il est primordial que l'ordre venant d'au-dessus ne souffre d'aucune altération lorsqu'il termine sa course, pour exécution, en dessous. Ainsi, le modèle militaire se base sur un véritable culte de la discipline de sorte que l'obéissance des subordonnés ne connaisse qu'exceptionnellement des atténuations. Dès lors, le statut général des militaires n'annihile pas toute expression des subordonnés s'agissant des ordres reçus (1), pourvu que cette dernière soit formulée avec déférence (2).

1 - Un droit à la critique...

L'article D4122-3 2° du Code de la défense prévoit qu'en tant que subordonné, le militaire a le devoir de rendre compte de l'exécution ou non des ordres reçus. Par le compte-rendu, le subordonné peut s'exprimer sur les ordres donnés et préciser notamment les difficultés probables qu'il pourrait rencontrer dans son exécution, ce qui peut également le conduire à exprimer son opinion sur les ordres donnés sans pour autant les contester⁸⁰⁵. En pratique, en amont des ordres donnés, le « chef » se souciera judicieusement d'y associer pour avis ses subordonnés.

En outre, l'expression comprend également la critique, quand bien même celles-ci porteraient sur l'institution militaire. Pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰⁶, « l'article 10 [de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme] ne s'arrête pas aux portes des casernes ⁸⁰⁷ ». Elle a pu ainsi estimer disproportionnées les poursuites engagées par l'État grec à l'encontre d'un élève officier réserviste qui, durant son service militaire, avait adressé une lettre à son commandant d'unité jugée insultante par ce dernier. Cette lettre mettait

⁸⁰⁴ Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 2 -Une obéissance dorénavant exigée, incluant exceptionnellement une désobéissance.

⁸⁰⁵ À l'exception d'ordres manifestement illégaux tels que prévus à l'article L4122-1 §2 du Code de la défense.

⁸⁰⁶ Cour européenne des droits de l'Hommes [GC], 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce*, n° 24348/94 ; N°24348/94, rec. 1997-VII §45.

⁸⁰⁷ Cour européenne des droits de l'Hommes [GC], 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce*, n° 24348/94 op.cit. §45.

en cause le service militaire grec, notamment en le qualifiant comme « *responsable des crimes et de l'agressivité que connaît la société* » et engendrant « *une psychologie de la violence, anéantissant ainsi toute résistance morale et psychologique à la violence* ⁸⁰⁸ ». Après avoir précisé que « *l'État doit pouvoir imposer des restrictions à la liberté d'expression là où existe une menace réelle pour la discipline militaire* » et que « *le fonctionnement efficace d'une armée ne se concevant guère sans des règles juridiques destinées à empêcher de saper cette discipline* ⁸⁰⁹ », la Cour relève la violation à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en ce que l'impact que pouvait avoir la lettre sur la discipline militaire restait insignifiant. Pourtant, la lettre litigieuse contenait des remarques outrancières et virulentes au sujet des forces armées. Cette position avait déjà été celle de la Cour dans une jurisprudence de 1994⁸¹⁰ alors même qu'il ne s'agissait pas d'un courrier adressé à un supérieur hiérarchique, mais d'une publication qui avait pour vocation d'être distribuée à tous les soldats.

« La liberté d'expression vaut aussi pour les "informations" ou "idées" qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" (...). Il n'en va pas autrement quand les bénéficiaires en sont des militaires, car l'article 10 vaut pour eux comme pour les autres personnes relevant de la juridiction des États contractants⁸¹¹ ».

Il n'en va cependant pas de même lorsque l'expression influe de manière négative sur le service.

⁸⁰⁸ Cour européenne des droits de l'Homme [GC], 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce*, n° 24348/94, op. cit. § 14.

⁸⁰⁹ Cour européenne des droits de l'Homme [GC], 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce*, n° 24348/94 : op.cit. §45.

⁸¹⁰ Cour européenne des droits de l'Homme [Chambre], 19 décembre 1994, *Vereinigung demokratischer soldaten österreichs et Gubi c. Autriche* : n° 15153/89 ; Série A, n°302.

⁸¹¹ Cour européenne des droits de l'Homme [Chambre], 19 décembre 1994, *Vereinigung demokratischer soldaten österreichs et Gubi c. Autriche* : n° 15153/89 : op.cit, §34.

2 - ... formulée avec déférence.

La discipline exigée implique que les rapports entre militaires de grades équivalents soient cordiaux et que ceux entre subordonnés et supérieurs soient respectueux. Des propos outranciers et blessant à l'adresse d'autres militaires auront des conséquences désastreuses sur le « bon fonctionnement du service ». Ainsi, le Conseil d'État a pu préciser que des injures proférées sur un ton violent « *sont incompatibles avec la réserve incombant à un chef de bureau dans ses rapports avec ses collègues et subordonnés et sont de nature à justifier une sanction* ⁸¹² ». Cette réserve définie par le Conseil d'État peut également générer des conséquences pénales suivant la gravité des propos tenus⁸¹³.

Plus généralement, la jurisprudence a défini une obligation de « déférence » dans l'expression à l'égard du supérieur hiérarchique. Ainsi, l'irrespect d'un subordonné à l'égard de son « chef » est sanctionné sur le fondement, d'une part, de cette réserve que nous évoquions précédemment ; d'autre part, de l'obéissance hiérarchique. Selon J. RIVERO, « *la correction manifestée par l'inférieur envers le supérieur n'est que le complément de l'obéissance hiérarchique, qui implique, de la part du subordonné, non point certes la servilité ou la flagornerie, mais une déférence suffisante pour prévenir les ressentiments et les tensions* ⁸¹⁴ ». C'est bien par obéissance aux ordres donnés que les subordonnés vont se réserver d'exprimer des propos irrespectueux à l'égard de leur « chef » et compromettre, de ce fait, le bon fonctionnement du service. Dans un arrêt du 19 mars 1993, le Conseil d'État a d'ailleurs confirmé la sanction disciplinaire d'un agent ayant « *commis plusieurs actes d'insubordination et d'indiscipline* ⁸¹⁵ » au travers de son compte-rendu d'activité adressé à son supérieur hiérarchique. En effet, dans ce compte-rendu, l'agent mettait en avant l'insuffisance de moyens mis à sa disposition et jetait le doute sur la capacité de ses supérieurs à diriger le service ainsi qu'à mobiliser leurs subordonnés.

Cette déférence fait écho à l'obligation de correction des agents dans les propos tenus⁸¹⁶.

⁸¹² Conseil d'État, 9 juillet 1965, *P.* : Recueil Lebon, p.421.

⁸¹³ Tels que les délits d'outrage ou d'injure.

⁸¹⁴ « *Sur l'obligation de réserve* », RIVERO J., AJDA 1977, p.583.

⁸¹⁵ Conseil d'État, 29 mars 1993, *H.* : Jurisdata n°1993-043337.

⁸¹⁶ « *Obligations des agents publics* », TAILLEFAIT Antony: Jurisclasseur, Fascicule 183, point 111.

C - Une expression « numérique » exposant plus aisément leur auteur

« La plume est servie mais la parole est libre ».

Ce principe coutumier selon lequel l'obéissance se limite seulement aux écrits et non aux paroles est toujours aussi pertinent actuellement alors que « la plume » a fait place « au clavier ». En effet, qu'il s'agisse de décisions, notes de service, instructions, circulaires et directives destinées aux subordonnés ; ou de comptes rendus, rapports et fiches destinés aux supérieurs : la correspondance militaire se fait quasi-exclusivement de manière écrite⁸¹⁷.

En outre, les atouts de la dématérialisation et de l'instantanéité des courriels en ont fait l'outil d'échange privilégié de l'Administration. Les courriels sont alors utilisés pour commander, rendre compte ou simplement informer. Aussi, la critique formulée par un agent public via sa messagerie électronique professionnelle ne fait pas exception à la réserve et à l'obligation d'obéissance que nous précisons précédemment. *A fortiori* du fait que tout courriel envoyé par un agent public à partir d'une adresse professionnelle est consultable par l'administration⁸¹⁸.

En outre, l'administration militaire incite à l'utilisation de ces nouveaux *media* pour à la fois informer, communiquer⁸¹⁹ mais également pour recueillir de l'information⁸²⁰.

Au-delà de la retenue exigée aux militaires, ces derniers peuvent également voir leur expression dirigée par des éléments de langage.

§ 2 - L'expression dirigée : les éléments de langage

Les éléments de langage permettent aux militaires de pouvoir s'exprimer sur des questions appelant à une uniformisation des discours (A). Néanmoins, l'inobservation de la lettre de ces éléments n'est pas pour autant soumise à sanction (B).

⁸¹⁷ À titre d'exemple, voir le « *memento de correspondance militaire à l'usage de l'officier d'état-major* » qui précise les règles essentielles de correspondance, en vue d'élaborer, communiquer, réceptionner, comprendre et exploiter des documents.

⁸¹⁸ Cour administrative d'appel de Rennes, 14/01/2010, *Schmitt*, n°08/02209 : AJDA 2010, p.252

⁸¹⁹ Via notamment les informations mises en ligne sur l'Intranet ou la création de blogs (CEMA, CEMAT...).

⁸²⁰ Les rapports sur le moral se font également via un questionnaire auquel le militaire répond directement en ligne.

A - Une communication favorisant une expression « à l'unisson »

Le silence des militaires peut s'avérer délicat à imposer et peut générer des conséquences contraires à la protection des intérêts de la Nation, de militaires, des administrés ou de l'administration. En effet, la démocratisation des échanges d'informations par les nouvelles technologies de l'information et de la communication a irrémédiablement compromis toute maîtrise de l'expression des militaires, quand bien même ces informations intéresseraient des domaines « sensibles ». Certes, tel que nous l'étudions auparavant dans le présent titre, le militaire qui s'exprimerait alors que son silence, ou au moins sa discrétion, était requis s'exposerait à des sanctions⁸²¹. Mais, cela n'annihilerait pas pour autant la révélation litigieuse d'informations, laquelle serait massivement relayée⁸²², échappant de ce fait à toute maîtrise. Ainsi, tel que nous l'affirmions précédemment, la révélation d'informations classifiées dans l'affaire « Wikileaks » par Bradley MANNING⁸²³ a valu pour ce dernier de nombreuses sanctions⁸²⁴, les révélations ont toutefois été massivement relayées et commentées dans le monde entier.

En outre, le silence gardé autour d'un sujet crucial risque d'alimenter les thèses les plus farfelues, de sorte que garder le silence serait plus préjudiciable que de révéler des informations, aussi sensibles soient-elles.

C'est certainement de ce double constat que des « éléments de langage » sont régulièrement diffusés aux agents publics. Les militaires n'y font pas exception.

Il n'existe pas de définition juridique des éléments de langage alors même que cette expression est couramment utilisée. Ils concernaient à l'origine les hauts fonctionnaires (diplomates) afin qu'ils délivrent un message conforme au Gouvernement⁸²⁵. Il s'agit d'un message ou une formule préétablie diffusé aux agents s'ils étaient amenés à s'exprimer sur le sujet. Le message est coordonné *a priori* et demeure invariable quelle que soit la personne qui s'exprime.

⁸²¹ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -A -2 -Des sanctions administratives et pénales en cas de révélation abusive.

⁸²² *A fortiori* si le degré de sensibilité de l'information était élevé.

⁸²³ Devenu Chelsea MANNING.

⁸²⁴ Notamment une condamnation à 35 années d'emprisonnement.

⁸²⁵ « *Le travail diplomatique. Un métier et un art* », LORIOLE Marc, PIOTET Françoise, DELFOLIE David, rapport de recherche pour le ministère des Affaires étrangères et européennes, décembre 2008.

Ce type d'expression se retrouve également en politique, au sein des partis et autres groupements. Néanmoins, l'utilisation intempestive de ce mode de communication l'a connoté péjorativement, de sorte que dans la conscience populaire, les éléments de langage équivalent à une « langue de bois » lénifiante.

Pourtant, au sein de l'Administration, les éléments de langage présentent l'intérêt d'apporter une vision globale et pertinente à l'ensemble des agents. En effet, questionné sur des questions délicates, il sera préférable – mais également plus confortable - pour le militaire de se conformer à la vision de ses chefs.

B - Une inobservation non sujette à sanction

Bien que ce mécanisme restreigne, voire contraigne, l'expression des militaires (et des agents publics de manière générale), il ne nous semble pas qu'il soit utilisé de manière abusive. Le plus souvent, les éléments de langage sont diffusés pour des sujets pointus et/ou délicats. Ainsi, le militaire interrogé n'aura pas de difficulté à présenter la position de sa hiérarchie sur tout type de sujets, quand bien même il ne les maîtriserait pas. Mais quelle en est leur valeur juridique ? Et *quid* de l'expression d'un militaire n'allant pas dans leur sens, voire complètement à leur rencontre ? Pourrait-il être sanctionné pour ne pas avoir gardé le silence alors qu'il lui avait été recommandé de s'exprimer dans le sens des éléments de langage diffusés ? Nous n'avons pas connaissance d'une décision des juridictions administratives portant sur les éléments de langage. Cependant, nous pensons qu'une expression qui porterait atteinte aux obligations de secret, de discrétion ou même de réserve sera sujette à sanction de la même manière qu'il y ait eu ou non diffusion d'éléments de langage. Par conséquent, nous ne pensons pas qu'un militaire puisse être légitimement sanctionné pour ne pas s'être exprimé sur un sujet alors qu'un élément de langage lui avait été transmis. En outre, nous pensons qu'une expression ne coïncidant pas aux éléments de langage sera sujette à sanction qu'à partir du moment où elle nuira à un intérêt protégé⁸²⁶.

Mais qu'en est-il de l'expression recueillie à l'insu du militaire ? L'hypothèse semblerait à première vue « fantaisiste » néanmoins, dans une société « *ultra informée et connectée* », les enregistrements de conversation et leur diffusion en masse sont devenus répandus. Bien que le procédé semble bien déloyal, il a pu révéler des attitudes ou des comportements contraires à l'éthique militaire. C'est ainsi que de nombreux journaux relèguèrent un fait divers selon lequel un

⁸²⁶ Intérêts de la Nation, des agents et des administrés, de l'Administration.

militaire français avait menacé des journalistes togolais de les faire emprisonner. Une vidéo circula dans tous les *media* où l'on pouvait voir le lieutenant-colonel Romuald LÉTONDOT menacer un photographe en raison d'une photographie que ce dernier avait faite.

Cette hypothèse illustre parfaitement qu'il est très difficile de maîtriser la diffusion de ses propos et de son image. L'altercation verbale avec le photographe valut au militaire d'être sanctionné⁸²⁷ et il nous semble que cette dernière s'est justifiée plus en raison de l'engouement médiatique qu'elle suscita qu'en raison des propos exprimés⁸²⁸.

Conclusion section 2

La discipline et l'obligation d'obéissance qui en découle encadrent rigoureusement l'expression des militaires sans pour autant la verrouiller. Entre-eux, l'expression peut également consister en la critique dès lors qu'elle soit formulée de manière irréprochable et incontestable. Cette normalisation de l'expression est d'autant plus souhaitable que cette dernière se manifeste très fréquemment sous forme numérique, de sorte que les destinataires des propos en garderont la teneur exacte pour d'éventuelles actions dirigées contre l'auteur ; ou du moins plus aisément que si les propos avaient été formulées oralement.

L'expression avec des tiers peut également générer des conséquences non souhaitées par leur auteur. Aussi, l'usage des « éléments de langage » se généralise et est particulièrement utilisé dans l'Armée afin d'assurer une communication uniforme. Pour autant, les propos formulés dans des éléments de langage sont simplement suggérés aux militaires de sorte que le fait de ne pas en tenir compte ne saurait justifier une sanction disciplinaire.

Conclusion chapitre 1^{er}

Qu'il s'agisse de protéger les grands intérêts tels que la défense de la Nation, la préservation des intérêts des militaires et des administrés, le bon fonctionnement de l'administration ou simplement d'assurer la discipline « dans les rangs », l'expression individuelle des militaires est indéniablement restreinte. Néanmoins, aussi confidentielle que soit l'information, l'époque où l'Armée française

⁸²⁷ « *Togo, un militaire français sanctionné pour des menaces* » lefigaro.fr article KHAMIRA Oifa, 12/08/2010.

⁸²⁸ Conseil d'État, Sect., 8 mars 1968, *Plenel* : AJDA 1968.223.

était surnommée « la Grande muette » est révolue. Aussi sensible que soit l'information, sa confidentialité ne peut être opposée indéfiniment à la population et une procédure de déclassification permet, tout du moins, de s'assurer via la commission consultative du secret de la Défense nationale du bien-fondé de la confidentialité. Même si la décision finale de révéler ou non l'information classifiée reste de la compétence de l'autorité ayant décidé de sa confidentialité ce qui, nécessairement pourra toujours faire douter de la légitimité de la procédure.

Par ailleurs, dans des hypothèses où le secret serait moins « sacré », des exceptions à la confidentialité peuvent plus aisément être invoquées ; voire, notamment pour assurer l'éthique, la déontologie et la transparence exigée par la population.

Enfin, bien que la formulation soit choisie voire dirigée, les militaires pourront se prononcer sur les actions menées et les décisions prises dans le cadre de leur mission.

Et parallèlement, les militaires sont fréquemment consultés pour se concerter sur des questions ayant attrait à la condition militaire. L'expression collective qui en découle s'est progressivement institutionnalisée au sein du dialogue social ; lequel a connu une récente rénovation

Chapitre 2 - Une expression collective institutionnalisée au sein du dialogue social

La condition militaire a toujours été un sujet fondamental à la fois pour le législateur et pour le pouvoir réglementaire tant les militaires ne peuvent s'exprimer professionnellement de la même manière que les autres agents publics. D'ailleurs, l'article L4121-4 du Code de la défense, dans sa rédaction antérieure à la loi de 2015⁸²⁹, prévoyait 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 de la discipline militaire* ». Tous les problèmes généraux devaient être ainsi gérés par les chefs, à tous les échelons, via les mécanismes du dialogue social (section 1). Néanmoins, suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en octobre 2014, la loi de 2015 actualisant la

⁸²⁹ 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.

programmation militaire pour les années 2015 à 2019 instaura la faculté pour les militaires de créer ou d'adhérer à une association professionnelle nationale de militaires (section 2).

Cette même loi a consacré la condition militaire en précisant ses contours à l'article L4111-1 du Code de la défense. Il s'agit de « *l'ensemble des obligations et des sujétions propres à l'état militaire, ainsi que les garanties et les compensations apportées par la Nation aux militaires* ». Le législateur la définit largement puisqu'il précise au sein du même article qu' elle « *inclut les aspects statutaires, économiques, sociaux et culturels susceptibles d'avoir une influence sur l'attractivité de la profession et des parcours professionnels, le moral et les conditions de vie des militaires et de leurs ayants droit, la situation et l'environnement professionnels des militaires, le soutien aux malades, aux blessés et aux familles, ainsi que les conditions de départ des armées et d'emploi après l'exercice du métier militaire* ». Cette précision n'est pas anodine puisque le dialogue social au sein des armées n'intéresse exclusivement que la condition militaire.

Section 1 - Un dialogue social suivant un schéma propre aux militaires

Le dialogue social dans les armées est principalement assuré via la consultation de représentants ainsi que la concertation entre ces derniers et le pouvoir décisionnaire. (§1). Néanmoins, les mécanismes établis pour y parvenir, *a fortiori* à l'échelon national, interarmées et interservices, ont été vivement critiqués (§2).

§ 1 - Des consultations et des concertations à tous les niveaux hiérarchiques

Les consultations et concertations se déroulent aussi bien au niveau local, au sein des formations administratives (A) qu'au niveau national, au sein des instances de concertation (B).

A - Au niveau local

La concertation « de proximité » s'organise principalement autour des présidents de catégorie (1) et des commissions participatives de corps (2).

1 - Les présidents de catégorie, un rôle clé dans la concertation

Conformément à un arrêté du 12 avril 2001⁸³⁰, les présidents de catégorie sont désignés parmi les officiers, sous-officiers et officiers mariniers, ainsi que les militaires du rang. Ils jouent un rôle clé au sein de sa formation⁸³¹.

En effet, s'agissant par exemple de l'Armée de Terre, une instruction du 3 août 1990⁸³² prévoyait que « *les présidents de catégorie exercent un double rôle, vis-à-vis du chef de corps d'une part, du personnel de leur catégorie d'autre part* ». L'instruction du 30 avril 2002⁸³³, qui remplace la précédente, reprend dans l'esprit ce double rôle en faisant plutôt référence au commandant de la formation qu'au chef de corps⁸³⁴.

a - Vis-à-vis du commandant de la formation

Les présidents des catégories sont des rouages essentiels dans l'exercice du commandement dans le sens où ils agissent comme de véritables « vecteurs ascendant (i) et descendant (ii) de l'information » de l'autorité hiérarchique vers leur catégorie.

i - Vecteur ascendant des informations

En tant que « vecteur ascendant », ils agissent comme de véritables conseillers du commandement dans les grandes décisions émises par ce dernier en représentant les intérêts de leur catégorie. Pour reprendre l'exemple de l'Armée de Terre, l'instruction du 30 avril 2002 prévoit leur présence dans des domaines stratégiques tels que l'affectation, les orientations, le déroulement de la carrière, des récompenses et des sanctions mais également des domaines plus empiriques tels que les problèmes matériels, personnels et sociaux ou l'organisation de la vie

⁸³⁰ Arrêté du 12 avril 2001 *relatif à la désignation des présidents de catégories et des membres des commissions participatives.*

⁸³¹ Régiment, base....

⁸³² Instruction du 3 août 1990 *relative aux fonctions de président de catégorie* : n°3126/DEF/EMAT/EMP/AERO/40.

⁸³³ L'instruction du 30 avril 2002 n°407/DEF/EMAT/BCP/CPC.

⁸³⁴ Une instruction analogue a été également réalisée pour la Marine nationale : Instruction N° 0-5090-2014/DEF/DPMM/CPM, 2 juin 2014, *relative aux rôles et fonctions des présidents de catégories.*

courante. Ils sont également largement associés aux assemblées, notamment à la commission participative du corps⁸³⁵.

La relation privilégiée qu'ils entretiennent avec l'autorité hiérarchique leur permet de porter à sa connaissance des informations qui lui sont littéralement inaccessibles.

Enfin, tel que nous le verrons par la suite, leur participation aux études, tel que le rapport sur le moral, est largement sollicitée⁸³⁶.

ii - Vecteur descendant de l'information

Outre le rôle de conseil au commandement, les présidents de catégorie sont également largement associés pour relayer (voire faire accepter) les grandes décisions auprès de leurs pairs. Il n'est ainsi pas anodin qu'à tous les échelons, y compris national, des allocutions destinées aux présidents de catégories soient régulièrement organisées. *A fortiori* pour présenter les grandes directions de la formation telles que les missions ou les restructurations à venir.

b - Vis-à-vis de leurs pairs

Les présidents de catégorie sont de véritables guides (i) et animateurs (ii) au sein de leur catégorie.

i - Des guides

Par leur rapport privilégié avec le commandement, les présidents de catégorie peuvent accompagner plus aisément leurs pairs dans leur démarche. Cet accompagnement peut aller aux simples informations comme s'étendre à un véritable parrainage des plus jeunes en grade en leur facilitant leur insertion au sein de la formation, souvent empreinte d'histoire et de traditions.

ii - Des animateurs

Le moral des troupes étant un élément essentiel dans l'accomplissement de la mission, il est primordial pour les présidents de catégorie de ponctuer l'année par des événements destinés à animer la catégorie et resserrer les liens entre les militaires. Ces événements sont de plusieurs ordres, il peut s'agir de rencontres sportives⁸³⁷, de bals et de « sorties oxygénation » ou de « sorties

⁸³⁵ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 1 -A -2 -Les commissions participatives.

⁸³⁶ « Ils sont enfin directement associés par le commandant de la formation à toute étude portant spécifiquement sur leur catégorie et notamment à la rédaction du rapport sur le moral » : Instruction du 30 avril 2002, op. cit.

⁸³⁷ Chaque année, les sous-officiers de la Légion étrangère organisent par exemple un biathlon tandis que les officiers de la Légion étrangère organisent un slalom de ski alpin.

cohésion » à la manière de ceux organisés par des conseils d'entreprises dans des organismes privés.

Outre le moral des troupes, ces événements sont essentiels pour les présidents de catégorie car, par expérience, nous savons que l'information importante est souvent accessible à des moments très incongrus. Ainsi, le mal être d'un personnel sera plus facilement confessé par ce dernier au président de sa catégorie autour d'un café au Mess que dans le bureau de l'autorité hiérarchique. Les manifestations organisées sont donc de véritables mines de renseignements qui vont faciliter le rôle des présidents de catégorie dans la collecte d'informations et leur exploitation.

2 - Les commissions participatives

Outre la représentation par catégorie, le pouvoir réglementaire a également souhaité que les militaires soient associés à la prise de certaines décisions. Ainsi, l'article D4121-3 du Code de la défense prévoit que « *le personnel militaire est représenté auprès du commandement par des militaires désignés au sein des formations* ».

Une instruction⁸³⁸ du 6 septembre 2001 prévoit la création de ces commissions dans toute formation ou organisme dont l'effectif militaire est supérieur à cinquante personnes. Dans les autres cas, sa création est facultative. Par ailleurs, il est possible pour le commandement de créer des commissions à d'autres échelons, telles que la garnison ou le port pour la Marine Nationale.

Ces commissions se réunissent au moins deux fois par an et sont compétentes pour connaître des décisions relatives à la vie courante. Principalement, les décisions portées devant ces commissions intéressent ce que l'Armée britannique appelle le « *welfare*⁸³⁹ », c'est-à-dire le niveau minimal de bien-être et d'aides qui doit être instauré dans la formation. Cela concerne ainsi des sujets très empiriques tels que les horaires d'ouverture des foyers, l'achat de mobiliers dans des espaces de détente, etc. ...

Bien que ces décisions soient bénignes, elles n'en demeurent pas moins cruciales dans le sens où elles vont avoir une influence sur le moral des troupes. La démarche « démocratique » d'associer à la prise de décision les militaires qui en seront impactés peut paraître quelque peu

⁸³⁸ Instruction du 6 septembre 2001 *relative à l'élection des présidents de catégories et des membres des commissions participatives* 201400/DEF/SGA/DFP/FM/1. Remplacée par l'Instruction n° 230208/DEF/SGA/DRH du 25 février 2011 pour certains points tels que la désignation des membres.

⁸³⁹ Mis en œuvre par un « Unit Welfare officer »

paradoxe à l'esprit militaire qui se veut pourtant « directif ». Néanmoins, elle est pertinente eu égard, d'une part, aux conséquences limitées de ces décisions et, d'autre part, à l'obligation pour la hiérarchie d'œuvrer, dans la mesure du possible, dans l'intérêt de ses subordonnés.

B - Au niveau national

Suite aux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁴⁰ en 2014, un vaste projet de réforme de la concertation a été mené. La loi de 2015 *actualisant la loi de programmation militaire*⁸⁴¹ modifia les instances de concertation nationale, le Conseil supérieur de la fonction militaire et les conseils de la fonction militaire (1), afin de leur conférer plus de légitimité et y inclure les groupements professionnels nouvellement reconnus. Mais parallèlement à ces instances de concertation, la condition militaire est régulièrement « mesurée » (2).

1 - Les Conseils

La consultation et la concertation de l'ensemble des militaires des forces armées et formations rattachées s'exercent devant le Conseil supérieur de la fonction militaire (a). Mais, la concertation se déroule également au sein de chaque armée et formation rattachée auprès des conseils de la fonction militaire (b).

a - Le Conseil supérieur de la fonction militaire

Institué par la loi 69-1044 du 21 novembre 1969⁸⁴², le Conseil supérieur de la fonction militaire (ci-après CSFM) est désormais prévu aux articles R4124-1 à 5 du Code de la défense. Depuis la loi de 2015⁸⁴³, sa composition et son rôle ont été modifiés afin d'apporter plus de légitimité. Néanmoins, les modifications apportées par la loi de 2015¹³², le décret du 20 juillet 2016⁸⁴⁴, l'arrêté

⁸⁴⁰ Cour européenne des droits de l'Homme, 2 octobre 2014, *Matelly et ADEFDROMIL c. France* : n°10609/10 et 32191/09, op. cit..

⁸⁴¹ 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*.

⁸⁴² Loi 69-1044 du 21 novembre 1969 *relative au Conseil supérieur de la fonction militaire*, JORF du 22 novembre 1969, p.11371

⁸⁴³ 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*.

⁸⁴⁴ Décret n° 2016-997 du 20 juillet 2016 *modifiant diverses dispositions du code de la défense relatives aux organismes consultatifs et de concertation des militaires*.

du 12 août 2016⁸⁴⁵ et l'arrêté du 3 octobre 2016⁸⁴⁶, conservèrent l'essentiel du fonctionnement de cette instance nationale.

i - Composition

Le Conseil supérieur de la fonction militaire est présidé par le ministre de la Défense. Il comprend, d'une part, des membres avec voix délibérative et, d'autre part, des représentants d'autres ministères⁸⁴⁷ à titre consultatif.

Pour la désignation des membres du Conseil ayant voix délibérative, le défi du pouvoir réglementaire a été d'assurer une représentation la plus fidèle des armées. Et une telle entreprise n'est pas aisée compte tenu des innombrables spécificités qui résident aussi bien entre les armées et formations rattachées qu'au sein même de ces dernières.

Qui plus est, la désignation des membres doit permettre au CSFM d'être représentatif des militaires en position d'activité, des associations de retraité des militaires, des militaires appartenant aux associations professionnelles nationales des militaires (ci-après APNM). Le pouvoir réglementaire a institué un système de désignation particulièrement soucieux d'assurer une représentation la plus fidèle possible des armées et formations rattachées.

Aussi, sur les soixante-et-un membres siégeant au Conseil :

- Quarante-deux sont des militaires en position d'activité, élus pour un mandat de deux années par les membres des conseils de la fonction militaire⁸⁴⁸. À la différence du système institué en 2009⁸⁴⁹, les membres du CSFM ne sont pas nécessairement issus des conseils de la fonction militaire (ci-après CFM) car l'article L4124-3-1 du Code de la défense fixant les conditions du volontariat des

⁸⁴⁵ Arrêté du 12 août 2016 *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres.*

⁸⁴⁶ Arrêté du 3 octobre 2016 *portant règlement intérieur du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire.*

⁸⁴⁷ Un représentant du ministre de l'intérieur, un représentant du ministre chargé du budget et un représentant du ministre chargé de la fonction publique, désignés par leur ministre respectif.

⁸⁴⁸ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 1 -B -1 -b -Les conseils de la fonction militaire.

⁸⁴⁹ Arrêté du 14 août 2009 n° DEFH0916136A *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres.*

militaires souhaitant présenter leur candidature prévoit simplement que les volontaires doivent « être détenteur[s] ou avoir été détenteur[s], au cours des huit dernières années d'un mandat d'une instance de représentation du personnel ». Un président de catégorie, voire un ancien président de catégorie, n'étant pas membre de son CFM de rattachement, pourrait alors très bien se porter volontaire et soumettre sa candidature à son CFM de rattachement.

L'arrêté du 12 août 2016⁸⁵⁰ détermine, par ailleurs, le profil des membres du CSFM en prévoyant le nombre de chaque membre selon son armée ou formation rattachée et sa catégorie. Ainsi, à titre d'exemple, l'annexe 1 de l'arrêté prévoit que sur les quarante-deux membres, quatre doivent être officiers pour l'Armée de Terre, quatre doivent être officiers marinières pour la Marine Nationale et deux militaires du rang pour l'Armée de l'Air.

- Trois sont des militaires retraités, nommés par arrêté du ministre de la défense parmi une liste établie par les organisations de retraités les plus représentatifs.

- Au plus seize sont des militaires représentant les APNM. Concernant cette dernière catégorie de militaires, nous verrons par la suite dans quelles conditions les membres des APNM peuvent prétendre siéger au CSFM⁸⁵¹.

ii - Rôle

L'article R4124-1 du Code de la défense prévoit des rôles complémentaires de concertation et de consultation. À cette fin, le Conseil supérieur est saisi obligatoirement en session pour avis s'agissant de tout projet de texte ayant une portée générale statutaire. De même, en dehors des sessions, le Conseil peut réaliser des études facilitant, par la suite, la préparation de projet de texte.

- En session

Selon l'article R4124-1 du Code de la défense, le CSFM peut être aussi bien saisi par le ministre de la Défense ou par des militaires via des questions inscrites à l'ordre du jour. Il exprime alors son

⁸⁵⁰ Arrêté du 12 août 2016 *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres.*

⁸⁵¹ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 3 -B -Des prérogatives renforcées pour les associations professionnelles représentatives.

avis sur toutes questions relatives à la condition militaire et qui concerne « *les aspects statutaires, économiques, sociaux et culturels susceptibles d'avoir une influence sur l'attractivité de la profession et des parcours professionnels, le moral et les conditions de vie des militaires et de leurs ayants droit, la situation et l'environnement professionnels des militaires, le soutien aux malades, aux blessés et aux familles, ainsi que les conditions de départ des forces armées et formations rattachées et d'emploi après l'exercice du métier militaire*⁸⁵² ». Le décret du 20 juillet 2016⁸⁵³ précise de manière plus extensive la compétence du CSFM puisque l'ancienne formulation de l'article R4124-1 du Code de la défense n'apportait pas une définition aussi détaillée, notamment n'abordant pas les domaines du soutien des malades, des blessés et de leur famille.

Le CSFM doit également être saisi pour avis sur les projets de texte⁸⁵⁴ ayant une portée statutaire. En outre, l'article R4124-1 4° du Code de la défense précise désormais qu'il doit être saisi pour tous les projets de texte réglementaire portant sur les dispositions indicielles ou indemnitaires relatives aux militaires. Cette dernière précision permettra ainsi d'inclure dans la compétence du CSFM les textes réglementaires relatifs à l'attribution des pensions prévues par le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre qui, auparavant échappaient à son champ de compétence⁸⁵⁵.

Depuis le décret du 20 juillet 2016⁸⁵⁰, la participation des membres a sensiblement changé. Il ne s'agit plus d'exercer un mandat de quatre années s'ajoutant à l'exercice de leur fonction principale. Désormais, la fonction de membre du CSFM est « professionnalisée », c'est-à-dire que les membres disposent d'un « temps plein » dédié à l'exercice de la concertation. En contrepartie, la durée des mandats a diminué de moitié, passant de quatre à deux années.

- *En dehors des sessions*

⁸⁵² Article R4124-1 1° du Code de la défense.

⁸⁵³ Décret n° 2016-997 du 20 juillet 2016 *modifiant diverses dispositions du code de la défense relatives aux organismes consultatifs et de concertation des militaires*.

⁸⁵⁴ Loi et règlement.

⁸⁵⁵ Conseil d'État, 3 novembre 2003, *Union des blessés de la face et de la tête*, req. n°244187 ; inédit au Recueil Lebon. Plus récemment, voir Conseil d'État, 4 mars 2009, *Amicale des anciens du Bataillon de marins-pompiers de Marseille*, req. n°300545 ; inédit au Recueil Lebon.

L'article R4124-1 du Code de la défense précise que le CSFM est organisé en trois commissions qui traitent des domaines des statuts, des régimes indiciaires ou indemnitaires et des pensions, des conditions de vie, des aspects sociaux et de l'environnement professionnel. Avant le décret du 20 juillet 2016⁸⁵⁶, le Conseil supérieur de la fonction militaire formait des « groupes de travail » qui agissaient déjà comme de véritables commissions parlementaires.

Désormais, l'objectif de ces commissions est clairement de réaliser des études concernant le personnel militaire, en vue de propositions éventuelles de texte à l'ordre du jour⁸⁵⁷.

b - Les conseils de la fonction militaire

Le décret n°90-183 du 28 février 1990 institua sept conseils de la fonction militaire⁸⁵⁸ afin de pallier le grief récurrent formulé à l'encontre du CSFM depuis sa création : son défaut de représentativité. Les CFM sont ainsi, par leur composition, garants d'incarner l'armée ou le service qu'ils représentent (i). Par ailleurs, les CFM jouent un rôle crucial en amont des avis rendus par le CSFM, mais ils ont surtout le rôle d'étudier toutes les questions relatives à leur force armée ou formation rattachée concernant les conditions de vie, d'organisation et de travail ou d'exercice du métier militaire (ii).

i - Composition

L'arrêté du 12 août 2016⁸⁵⁹ renvoie en seconde annexe la composition de chaque conseil de la fonction militaire.

À l'instar du CSFM, la composition des membres est soucieuse d'assurer la meilleure représentativité de la formation. Dès lors, l'un des premiers critères de répartition des « sièges » est la catégorie⁸⁶⁰. Néanmoins, chaque formation ayant ses particularités, d'autres critères ont été

⁸⁵⁶ Décret n° 2016-997 du 20 juillet 2016 *modifiant diverses dispositions du code de la défense relatives aux organismes consultatifs et de concertation des militaires.*

⁸⁵⁷ Un groupe de travail a, par exemple, été créé pour réfléchir sur la citoyenneté des militaires.

⁸⁵⁸ Au niveau de l'Armée de Terre, l'Armée de l'Air, la Marine nationale, la Gendarmerie, la direction générale de l'armement, du service des essences des armées et du service de santé des armées.

⁸⁵⁹ Arrêté du 12 août 2016 *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres.*

⁸⁶⁰ Traditionnellement officier, sous-officier, militaire du rang.

établis. Par exemple, la nature du lien au service⁸⁶¹ ou l'activité⁸⁶². Certains conseils appliquent également un critère géographique. C'est notamment le cas de la gendarmerie qui exige une représentation dans une circonscription interdépartementale pour les sous-officiers de gendarmerie départementale et régionale pour les sous-officiers de la gendarmerie mobile. Par ailleurs, l'article R4124-9 alinéa 2 du Code de la défense prévoit que « *la composition retenue peut être différente au sein de chacun des conseils de la fonction militaire afin de tenir compte de la spécificité de chaque armée ou formation rattachée* ».

Les conseils de la fonction militaire se composent de membres titulaires et suppléants, principalement du fait de la disponibilité contrainte des militaires pour assister aux assemblées. La présidence de chacun des conseils est confiée au Ministre de la défense⁸⁶³ et la vice-présidence aux chefs d'état-major de chacune des armées correspondantes ou directeurs centraux pour les services.

ii - Rôle

L'article L4124-7 du Code de la défense définit deux missions principales.

D'une part, l'étude de toute question relative à leur armée, direction ou service. D'autre part, l'étude de toutes les questions qui seront par la suite inscrites à l'ordre du jour du CSFM.

L'objectif principal de ces conseils est d'assurer la représentativité de la population militaire dans l'étude des textes et des questions pouvant les intéresser. Cette phase dans la concertation sert surtout à permettre aux membres du CSFM, lesquelles siègent au sein d'un conseil de la fonction militaire avec voix délibérative⁸⁶⁴, de prendre conscience des préoccupations, des observations et de la sensibilité des militaires qu'ils représentent.

Au niveau national, la concertation se déroule ainsi en plusieurs étapes. La dernière étant au niveau du CSFM où le texte est débattu. Les observations et modifications proposées ont alors déjà été débattues en amont durant les sessions des CFM. Par ailleurs, afin de recueillir le maximum d'observations sur les textes proposés, il se peut qu'un stade préliminaire soit créé. C'est le cas pour l'Armée de Terre qui organise régulièrement des « journées régionales » en vue de

⁸⁶¹ De carrière, sous contrat.

⁸⁶² Métiers des armes, métiers des services, personnels navigants ou non...

⁸⁶³ Et/ou au ministre de l'Intérieur pour le conseil de la fonction militaire de la gendarmerie.

⁸⁶⁴ Article R4124-10 6^{ème} alinéa du Code de la défense.

préparer la session du conseil de la fonction militaire Terre. De cette manière, les arguments et observations présentées par les membres du CSFM représentant l'Armée de Terre sont, en principe, le fruit d'une longue réflexion et ont été sélectionnés ainsi qu'affinés pour être finalement présentés au sein du Conseil supérieur.

2 - Les évaluations sur la condition militaire

La condition militaire fait régulièrement l'objet d'évaluations, soit par le haut comité d'évaluation de la condition militaire afin d'apporter un éclairage aux élus nationaux (a), soit par le ministère de la Défense via des rapports sur le moral pour déterminer les éléments positifs ou négatifs ressortant du moral des militaires (b).

a - Le haut comité d'évaluation de la condition militaire

Créé par l'article 1^{er} de la loi n°2005-270 du 24 mars 2005⁸⁶⁵, le haut comité d'évaluation de la condition militaire (ci-après HCECM) a pour rôle « *d'éclairer le Président de la République et le parlement sur la situation et l'évolution de la condition militaire* ⁸⁶⁶ ». Toute la cohérence de ce haut comité tient à son indépendance, à la fois vis-à-vis des militaires que de l'Administration, mais également à la pertinence de ses rapports. Ces vertus se retrouvent dès la nomination des membres puisque le haut comité est composé de neuf membres nommés durant quatre années par décret du Président de la République selon la répartition définie à l'article D4111-3 du Code de la défense, dont deux conseillers d'État occupant la présidence et la vice-présidence du haut comité, le directeur général de l'institut national de la statistique et de l'étude économique⁸⁶⁷, quatre personnalités civiles qualifiées et proposées sur rapport du Premier ministre, deux officiers généraux en deuxième section proposés sur rapport du ministre de la Défense. La mixité d'origine

⁸⁶⁵ Codifié à l'article L41111-1 du Code de la défense.

⁸⁶⁶ Article D4111-1 du Code de la défense.

⁸⁶⁷ Ou son représentant.

des membres⁸⁶⁸ constitue l'un des atouts majeurs du haut comité en permettant à ce dernier de réaliser des analyses sous des aspects peu traditionnels⁸⁶⁹.

Chaque année, le HCECM publie un rapport à l'intention du Président de la République et des parlementaires dans lequel il formule des avis et émet des recommandations. Le plus souvent, chacun des rapports est axé sur une thématique bien particulière et est agrémenté par de nombreuses illustrations chiffrées⁸⁷⁰. L'indépendance du haut comité se retrouve à travers ses rapports qui sont, et c'est son deuxième atout majeur, extrêmement pertinents.

En outre, les rapports annuels sont accessibles, à la fois sur Intranet et sur Internet, ce qui permet à l'ensemble de la communauté militaire, mais également à tout « internaute » de pouvoir prendre connaissance de ces derniers. Nous pouvons ainsi attester que ces documents constituent les fondements de toutes les réflexions et débats qui se déroulent en concertation. Dès lors, le HCECM ne permet pas seulement d'éclairer le président de la République et les parlementaires, il participe littéralement au bon fonctionnement de la concertation.

b - Les rapports sur le moral

Afin de pouvoir apprécier le moral de l'ensemble des personnels, qu'ils soient civils ou militaires, le ministère de la Défense réalise semestriellement, depuis 2005, des rapports sur le moral dans chaque armée et service. Cette étude se réalise principalement en soumettant à un échantillon de personnel représentatif⁸⁷¹ un questionnaire dans lequel les sondés sont invités à noter un certain nombre de rubriques en fonction de leur satisfaction. Les rubriques proposées sont extrêmement variées puisqu'elles peuvent intéresser aussi bien les conditions de travail (alimentation, moyens matériels et humains, conditions physiques, relation avec les supérieurs...), les conditions de vie (logement, affectation, rémunération...), les parcours professionnels (formation, progression, notation...), et l'environnement (communications internes et externes, lien avec la Nation...).

Une fois l'ensemble des enquêtes terminées, les réponses sont fusionnées afin de pouvoir dégager un indicateur de mesure sur le moral, à la fois global et pour chaque rubrique. L'intérêt d'un tel

⁸⁶⁸ Conseillers du Conseil d'État, militaires et même chef d'entreprise.

⁸⁶⁹ Le 7^{ème} rapport consacré à la place des femmes dans les forces armées en est une parfaite illustration compte tenu du milieu éminemment masculin qu'est l'Armée.

⁸⁷⁰ La nomination de droit du directeur de l'INSEE est ainsi extrêmement utile

⁸⁷¹ En fonction notamment de l'origine professionnelle (civil ou militaire), leur catégorie professionnelle (hommes de troupe, sous-officiers, officiers)

indicateur est qu'il peut être, depuis 2010, comparé par armée et par service puisque les questionnaires et le processus de calcul sont désormais analogues.

En outre, parallèlement à cet indicateur, les formations peuvent également organiser des « tables rondes » chargées de dégager les faits marquants de l'année de référence ayant influencé le moral des sondés. Ces faits marquants (positifs ou négatifs) sont ensuite « concaténés » pour qu'une synthèse puisse enfin remonter à l'autorité hiérarchique. L'avantage d'un tel processus est qu'au-delà de simples chiffres, l'autorité hiérarchique peut clairement identifier les points de préoccupation ou de satisfaction de ses personnels.

§ 2 - Une concertation dans les armées sujette à vive critique

Les critiques sont nombreuses vis-à-vis de la concertation dans les armées et elles sont principalement dirigées à l'encontre des instances nationales, le CSFM et les CFM. Il est, en effet, souvent reproché à ces instances de ne pas être suffisamment représentatives des armées et que leurs membres soient bien trop profanes vis-à-vis des textes étudiés, qui nécessitent pourtant une véritable expertise. La réforme instituée par la loi de 2015⁸⁷² et les textes réglementaires⁸⁷³ qui en découlèrent prirent en considération ces critiques et le système nouvellement institué tend à apporter des garanties tant sur la représentativité (A) que sur l'expertise technique des membres (B).

A - Une représentativité satisfaisante

Malgré les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre des CFM et, plus particulièrement, du CSFM, ces instances de concertation jouissent d'une représentativité des armées du fait de la désignation de leurs membres (1) ainsi que de leur reconnaissance au sein des armées et des formations rattachées (2).

⁸⁷² 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.*

⁸⁷³ Décret n° 2016-997 du 20 juillet 2016 *modifiant diverses dispositions du code de la défense relatives aux organismes consultatifs et de concertation des militaires.* Arrêté du 12 août 2016 *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres.* Et bien d'autres...

1 - Mode de désignation

Le mode de désignation des membres des CSFM et des CFM ont longtemps fait débat. Tout d'abord, étonnement, le mode de désignation par le tirage au sort a souvent été jugé comme n'étant pas assez représentatif⁸⁷⁴. De ce fait, par arrêté du 12 août 2016⁸⁷⁵, le ministère de la Défense opta pour un système panaché : tout d'abord, la désignation des membres des conseils de la fonction militaire au tirage au sort parmi les volontaires ; les conseils pouvant tout aussi procéder à la désignation de leurs membres par voie d'élection⁸⁷⁶. D'autre part, l'élection des membres du conseil supérieur de la fonction militaire par les membres des conseils de la fonction militaire. Cela n'a pas pour autant fait totalement cesser les critiques d'un manque de représentativité. C'est ainsi que Messieurs Gilbert LE BRIS et Étienne MOURRUT précisèrent dans un rapport parlementaire que le système du choix des membres par tirage au sort ne garantit pas une bonne représentativité des armées⁸⁷⁷. Plus récemment, Monsieur Jean-Jacques CANDELIER déclara lors d'une séance de la commission de la Défense nationale et des forces armées : « *les militaires doivent pouvoir élire les membres de chaque CFM. Il faut mettre fin à un système reposant en partie sur le tirage au sort*⁸⁷⁸ ». L'observation fut d'ailleurs partagée par monsieur Gilbert LE BRIS qui préconisa devant la même assemblée qu'il fallait faire prévaloir des élections « *de bas en haut, de préférence au système actuel* ».

Pourtant, les critiques portées à l'encontre du tirage au sort nous semblent injustifiées. Tout d'abord, rappelons que des élections sont organisées pour la désignation des présidents de catégorie⁸⁷⁹ ; tout l'intérêt de ces élections réside dans le fait qu'elles soient locales. Ainsi, les

⁸⁷⁴ À titre d'exemple, voir « *les droits politiques et syndicaux des personnels militaires* », les documents de travail du Sénat, série législation comparée, mai 2013 : « *Bien que l'institution ait été réformée par un décret de 1999, la désignation de la plupart de ses membres par tirage au sort est critiquée* ».

⁸⁷⁵ Arrêté du 12 août 2016 *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres*

⁸⁷⁶ C'est d'ailleurs pour un système électif qu'a opté le CFM Gendarmerie en élisant pour la première fois ses membres les 27 et 30 septembre 2016.

⁸⁷⁷ Rapport d'information n°4069, LE BRIS Gilbert et MOURRUT Étienne, la commission de la Défense nationale et des forces armées sur le dialogue social dans les armées, p.36.

⁸⁷⁸ Compte-rendu n°31, séance du 20 janvier 2015, ADAM Patricia, commission de la défense nationale et des forces armées : www.assemblee-nationale.fr.

⁸⁷⁹ Cf. Partie II- chapitre 2- Section 1- §1- A- 1- Les présidents de catégorie, un rôle clé dans la concertation.

électeurs désignent un représentant qu'ils connaissent. Certainement, l'engouement électoral ne serait pas aussi grand si l'ensemble des personnels militaires devaient désigner les membres des CFM. Par ailleurs, il serait illusoire de penser que la désignation par tirage au sort serait moins représentative que le suffrage électif⁸⁸⁰. La désignation par tirage au sort est pourtant utilisée dans bien d'autres domaines. En dépit de cet écueil, le système « panaché » décidé en 2009 a été validé par les différentes armées lors de divers audits. Le rapport du groupe de travail interarmées relève d'ailleurs que le système est qualifié comme une « garantie d'honnêteté et d'équité⁸⁸¹ ». Enfin, l'arrêté du 12 août 2016⁸⁸² n'a pas non plus remis en cause le système instauré pour la désignation des membres des CSFM et CFM. Néanmoins, chaque CFM a désormais le choix entre procéder par une désignation via un tirage au sort ou via une élection⁸⁸³.

2 - Reconnaissance au sein des armées et formations rattachées

Les instances nationales de concertation, en particulier les CFM, ont également été critiquées vis-à-vis du manque de reconnaissance dont « souffrent » leurs membres. En effet, dans leur rapport de 2011, Messieurs LE BRIS et MOURRUT relevèrent tout d'abord que le travail des membres des instances de concertation est peu connu de leurs pairs et de leur commandement. Cependant, bien que nous puissions affirmer que les instances de concertation étaient méconnues de la communauté militaire dix ans auparavant, il est plus contestable d'affirmer de tels propos à présent.

Tout d'abord, nous relevons que de grands efforts ont été menés par les armées pour faire connaître l'existence et le rôle des instances de concertation, en particulier par la DICOd⁸⁸⁴ qui a massivement relayé les événements liés aux instances de concertation sur l'Internet ou l'Intradef.

Ensuite, s'agissant de la reconnaissance des instances de concertation et de leurs membres vis-à-vis de la communauté militaire, le ministre de la Défense a remis, lors de la 85^{ème} session du

⁸⁸⁰ « *Contre les élections* », David VAN REYBROUCK, actes sud.

⁸⁸¹ Rapport d'information n°4069, LE BRIS Gilbert et MOURRUT Étienne, op. cit..

⁸⁸² Arrêté du 12 août 2016 *fixant la composition du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire et les modalités de désignation de leurs membres*.

⁸⁸³ Arrêté du 12 août 2016, *ibidem*, article 7.

⁸⁸⁴ Délégation à l'information et à la communication de la Défense.

CSFM, à chacun des membres un insigne doré représentant un casque corinthien⁸⁸⁵. Cette distinction, se porte sur l'uniforme et se double, le plus souvent, par la mention de la qualité de membre du CSFM sur la plaquette patronymique. Il est, pourtant, à regretter que les membres des CFM ne disposent pas également d'une telle distinction car il est tout aussi important qu'ils puissent être identifiés dans la formation dans laquelle ils servent. Certes, ils n'occupent pas la même fonction que les présidents de catégorie qui se doivent de « rayonner » dans leur formation ; néanmoins, distinguer les membres des CFM par un insigne permettrait au moins de susciter la curiosité des plus profanes. D'ailleurs, les membres des CFM étant plus nombreux que ceux du CSFM, le port d'un insigne permettrait de véhiculer de manière massive la présence des instances de concertation nationale au sein des formations. Un tel projet a été proposé dans le rapport parlementaire des députés LE BRIS et MOURRUT⁸⁸⁶.

Par ailleurs, s'agissant des actions menées par les instances nationales de concertation, même si elles restent assez méconnues, la plupart des formations affichent désormais les procès-verbaux des sessions de concertation. De même, les magazines spécialisés, diffusés au sein des armées et services, relaient également les points clés décidés par les instances de concertation.

Enfin, les dysfonctionnements du logiciel Louvois et l'incapacité des différents services d'apporter des réponses ont souvent été relayés par les présidents de catégorie et les membres des instances nationales faisant, alors, mieux connaître à la communauté militaire l'action de ces derniers. Cependant, ces dysfonctionnements n'ayant pas disparu et ce malgré de nombreuses sollicitations des représentants locaux et nationaux, un certain discrédit a certainement été porté sur l'ensemble des instances de concertation vis-vis de la communauté militaire.

⁸⁸⁵ Certains ironisèrent sur le choix de l'insigne puisque ce casque avait pour principal défaut de recouvrir les oreilles des soldats grecs, diminuant de ce fait leur capacité auditive... Un comble dans le dialogue social.

⁸⁸⁶ Rapport d'information n°4069, op. cit., p. 81 « proposition n°8 »

B - Des compétences dispensées *a minima* mais suffisantes

Au-delà de la représentativité des membres des instances nationales de concertation, il leur est fréquemment reproché de ne pas disposer des connaissances nécessaires pour pouvoir débattre sur des textes éminemment techniques.

Ainsi, outre le rapport parlementaire des députés LE BRIS et MOURRUT⁸⁸⁷, le défaut de compétence a pu être également soulevé devant la Cour européenne des droits de l'Homme par l'ADEFDROMIL en précisant l'absence « *de formation et de connaissance du terrain* »⁸⁸⁸. Pourtant, il nous semble que ce grief n'est pas pertinent car, outre la formation minimale dispensée à tous les membres des CSFM et CFM (1), ces derniers disposent d'une hétérogénéité de compétences nécessairement salvatrice (2) et le long processus de concertation permet à ces derniers de maîtriser les finalités des textes et questions soumises lors des séances (3).

1 - Un socle de connaissances minimales dispensé à la désignation des membres

Après avoir été désigné, l'ensemble des membres des CSFM et CFM bénéficient d'une formation spécifique destinée à leur dispenser un socle minimum de connaissances⁸⁸⁹. Sa durée est de dix jours pour les membres du CSFM et de deux à cinq jours pour les membres des CFM et le contenu de cette formation est listé en annexe de l'arrêté du 18 août 2016⁸⁹⁰. La formation dispensée fournit le socle minimum de compétences nécessaires à la compréhension des problématiques dans lesquelles s'inscrit la concertation. Aussi cette formation se veut-elle extrêmement complète, abordant des thématiques juridiques, budgétaires, de ressources humaines, ainsi que de techniques de communication et de travaux en groupe. En outre, une formation continue est organisée à l'initiative des secrétaires généraux en tant que de besoin.

⁸⁸⁷ Rapport d'information n°4069, LE BRIS Gilbert et MOURRUT Étienne, op.cit., p.40 ; voir également quelques années auparavant : Rapport d'information par la commission de la défense nationale et des forces armées n°2490 *sur les actions destinées à renforcer le lien entre la Nation et son Armée*, GRASSET Bernard et COVA Charles, 22 juin 2000, p. 88 et 89.

⁸⁸⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, 4 octobre 2014, *ADEFDROMIL C. France*, Requête n°32191/09, §31, op. cit.

⁸⁸⁹ Article R4124-3 du Code de la défense pour le CSFM et R4124-10 du même code pour les CFM.

⁸⁹⁰ Arrêté du 18 août 2016 *relatif à la formation spécifique dispensée aux membres du Conseil supérieur de la fonction militaire et des conseils de la fonction militaire*.

2 - Une multiplicité salvatrice de compétences au service de la concertation

L'hétérogénéité des profils professionnels des membres des CSFM et CFM permet à ces derniers de pouvoir couvrir un large spectre d'expertise. Cela sera notamment le cas des membres des instances de concertation qui occupent ou occupaient des fonctions dans les ressources humaines et qui apportent toute leur expertise à leurs pairs lorsqu'il s'agit de débattre de textes ayant trait au statut des militaires. Bien entendu, cette illustration vaut pour n'importe quel domaine professionnel ; les compétences et, surtout, l'expérience des membres des CSFM et CFM permet ainsi une approche très complète lors de l'analyse des textes ou des questions présentées en session.

L'expérience est d'autant plus valorisée que depuis le décret du 20 juillet 2016⁸⁹¹, la désignation des membres des CSFM⁸⁹² et CFM⁸⁹³ se réalise en priorité parmi les volontaires détenant ou ayant détenu, au cours des huit dernières années, un mandat auprès d'une instance de représentation du personnel militaire. Ce n'est qu'à défaut d'un nombre suffisant de volontaires exerçant ou ayant déjà un mandat que les sièges vacants sont attribués aux volontaires dépourvus d'une telle expérience.

3 - Un long processus de concertation permettant aux membres des instances une maîtrise des textes et questions soumises à concertation

En amont des sessions, les textes qui seront proposés par la suite sont systématiquement présentés lors des « CFM réunis » par les services concernés. Il s'agit de présenter les aspects essentiels du texte et ses apports. L'étude des textes se poursuit ensuite lors de « journées préparatoires » au niveau régional où sont conviés les membres des CSFM et CFM ainsi que les présidents de catégorie. Tout au long de ce processus, les membres des CFM (*a fortiori* du CSFM) acquièrent les connaissances minimales pour pouvoir débattre en toute connaissance de cause lors des sessions qui suivront l'ensemble de ces réunions.

⁸⁹¹ Décret n°2016-997 du 20 juillet 2016 *modifiant diverses dispositions du code de la défense relatives aux organismes consultatifs et de concertation des militaires.*

⁸⁹² Article R4124-3-1 4° du Code de la défense.

⁸⁹³ Article R4124-11 4° du Code de la défense.

Par ailleurs, il est essentiel de relever l'investissement qui caractérisent les membres des CSFM et CFM pour honorer leur mandat. En effet, tout le travail réalisé en amont des avis qui seront, finalement, proposés sur les textes nécessite un investissement personnel pouvant s'avérer très « chronophage ». Dès lors, l'exercice du mandat de membre des CSFM et CFM implique nécessairement un investissement considérable pour débattre d'un texte ou soutenir une proposition. Nous pouvons attester qu'il n'est pas rare que des sessions se déroulent toute la journée et une bonne partie de la nuit. Cette implication est en réalité une véritable abnégation puisqu'aucune bonification n'est prévue pour l'investissement au profit de la communauté militaire, qu'elle soit indemnitaire⁸⁹⁴ ou même simplement honorifique : « aucune appréciation sur le comportement d'un militaire en sa qualité de membre du CSFM ou d'un CFM ne doit figurer dans sa notation ni dans son dossier ⁸⁹⁵ ».

Conclusion section 1

Le dialogue social dans les armées et formations rattachées s'organise exclusivement autour de la consultation et la concertation. Il n'est pas question de négociation ou de médiation comme cela est le cas dans la fonction publique civile où les rapports de force sont clairement plus marqués, principalement du fait que les fonctionnaires peuvent exercer leur droit de grève⁸⁹⁶. Alors que le dialogue social se réalise idéalement au niveau local, principalement grâce à l'action des présidents de catégorie, de vives critiques ont longtemps été formulées envers les instances nationales ; principalement à l'encontre du Conseil supérieur de la fonction militaire. Certaines nous semblent encore dénuées de pertinence ; c'est le cas notamment des critiques visant le mode de désignation des membres. Néanmoins, consécutivement aux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁹⁷, et du rapport parlementaire PÊCHEUR⁸⁹⁸ qui en découla, les textes législatifs et réglementaires modifièrent la composition et le rôle des instances

⁸⁹⁴ Une indemnité est versée pour le service en campagne (ISC), appelée familièrement « la prime de terrain ».

⁸⁹⁵ Décret n° 2005-1239 du 30 septembre 2005 relatif au Conseil supérieur de la fonction militaire et aux conseils de la fonction militaire, article 22. Désormais codifié dans la partie réglementaire du Code de la défense.

⁸⁹⁶ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 3 -§ 1 -Un droit de grève antonymique avec l'état militaire.

⁸⁹⁷ Cour européenne des droits de l'Homme, 2 octobre 2014, *Matelly et ADEFDRMIL c. France* : n°10609/10 et 32191/09, op. cit..

⁸⁹⁸ « Rapport de M. Bernard PÊCHEUR à Monsieur le président de la République sur le droit d'association professionnelle des militaires », 18 décembre 2014.

nationales afin de les rendre plus légitimes. Parallèlement, le législateur et le pouvoir réglementaire reconnurent un droit « syndical » aux militaires.

Section 2 - Un nouveau mode de dialogue social initié par la liberté « syndicale »

Le syndicalisme dans les armées a longtemps été perçu comme une situation paradoxale. Les législateurs successifs ont alors écarté toute liberté syndicale au profit des militaires (§1). Néanmoins, saisie de deux recours, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu affirmer une telle liberté pour les militaires en condamnant la France pour violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques (CESDH) (§2). La France a donc dû conformer sa législation aux jurisprudences européennes et accorder une place à part entière aux associations et groupements professionnels dans la concertation (§3).

§ 1 - Une liberté syndicale longtemps proscrite « dans les rangs »

Malgré la volonté d'aligner les statuts généraux des militaires et des fonctionnaires, les législateurs ont expressément affirmé la spécificité des militaires s'agissant de la liberté syndicale (A). Néanmoins, en pratique, force est de constater que des groupements ont pu se constituer et avoir une certaine influence en dépit de l'interdiction de principe (B).

A - Une interdiction consacrée par le législateur

De concert, les législateurs de 1972 et de 2005 exclurent tous deux les syndicats des rangs militaires et interdirent à tout militaire de créer ou d'adhérer à un groupement professionnel. Ainsi, l'article 10 de la loi n°72-662 du 13 juillet 1972 *portant statut général des militaires* a été repris sans modification par l'article 6 de la loi n°2005-270 du 24 mars 2005 *réformant le statut général des militaires*. Nul besoin de syndicat s'il est de la responsabilité du chef de « *veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance*⁸⁹⁹ ». La question du syndicalisme, et plus généralement des groupements professionnels, avait tout de même été largement débattue lors des travaux

⁸⁹⁹ Article L4121-4 alinéa 4 du Code de la défense.

préparatoires de la loi de 2005. Dans son rapport Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC précisait que cette interdiction devait être maintenue en ce que ce type d'organismes constituait une force concurrente au pouvoir hiérarchique ; ce qui ne s'accommodait guère avec la discipline militaire. Il voyait, en effet, dans les syndicats une ingérence dans l'activité des forces, la remise en question de la cohésion des unités, voire de la disponibilité et du loyalisme des militaires qui pourraient constituer des risques majeurs et donc inacceptables⁹⁰⁰.

Par ailleurs, il distinguait les associations professionnelles qui sont – quant à elles - constituées par des militaires ; lesquels se fédéraient pour constituer une force corporative organisée et suffisante et faire, au besoin, pression sur l'autorité hiérarchique dans le but de défendre les droits et intérêts professionnels. Néanmoins, il précisait que cette forme d'association s'apparentait à un syndicat, de sorte qu'il convenait également d'interdire aux militaires d'en constituer ou d'y adhérer.

Juridiquement, un syndicat se distingue d'une association professionnelle sur quelques aspects. Bien que ces deux organisations poursuivent un but identique, leur régime juridique se différencie. Ainsi, en vertu de l'article L2132-1 du Code du travail, les syndicats possèdent la personnalité morale du seul fait de leur création et peuvent, selon l'article L2132-3 du même code, agir en justice et « *exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ». Les associations professionnelles sont régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; laquelle prévoit, en son article 2, qu'elles ne possèdent une personnalité morale que si elles font l'objet d'une déclaration administrative. En outre, s'agissant de leurs prérogatives, alors que les syndicats tiennent une place privilégiée dans la fonction publique puisqu'ils peuvent participer aux différentes instances de dialogue social et ont qualité pour négocier sur les questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail⁹⁰¹, les associations ne disposent d'aucun moyen d'ingérence dans la gestion des services⁹⁰².

Bien que certaines législations étrangères aient reconnu aux membres de leur force armée une liberté syndicale, l'opposition à tout syndicat ou groupement professionnel chez les militaires

⁹⁰⁰ Rapport de la commission de révision du statut général des militaires, DENOIX DE SAINT MARC Renaud, 29 octobre 2003, p.8

⁹⁰¹ Sous réserve d'être reconnus représentatifs, cf. loi du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors.

⁹⁰² « *La liberté d'association professionnelle dans les armées* », BACCHETTA Clara, Les Champs de Mars n° 9, premier semestre 2001.

français demeura farouchement maintenue par le législateur de 2005. La justification tenait, principalement, au fait de l'esprit de confrontation attaché au syndicalisme français, peu compatible avec la discipline militaire.

Pour autant, des groupements se constituèrent au sein des armées et revendiquèrent leur existence ainsi que des prérogatives.

B - L'existence de groupements professionnels au sein des armées malgré leur interdiction légale

Alors que la loi 2005 faisait disparaître l'ensemble des restrictions aux groupements non professionnels, notamment l'obligation de déclarer la prise de responsabilité dans une association, voire celle d'imposer à un militaire d'abandonner ou de démissionner de ses responsabilités⁹⁰³, la même loi maintenait l'interdiction de principe de créer tout groupement ayant un objet statutaire à vocation professionnelle ou d'y adhérer⁹⁰⁴.

Néanmoins et malgré l'interdiction, certaines associations ont été, d'une part, constituées avec un objet statutaire qui suggérait une vocation professionnelle⁹⁰⁵. C'est ainsi que la fameuse « Saint-cyrienne » avait notamment pour objet de « *contribuer à aider les officiers au plein accomplissement de leur vocation* »⁹⁰⁶. D'autre part, certaines associations avaient expressément pour objet une vocation professionnelle. C'est le cas de l'association de défense des droits des militaires (ADEFDROMIL) qui précisait dans ses statuts qu'elle « *a pour objet l'étude et la défense des droits, des intérêts matériels, professionnels et moraux, collectifs ou individuels des militaires relevant de la loi 72-662 du 13 juillet 1972* »⁹⁰⁷.

Sur ce point, le Conseil d'État dans un arrêt du 26 septembre 2007 « *Rémy* »⁹⁰⁸ précisait qu'un groupement qui avait notamment pour objet la défense des intérêts matériels et moraux des militaires constituait un groupement professionnel auquel les militaires ne pouvaient pas adhérer.

⁹⁰³ Cf. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 3 – Une liberté d'exprimer ses opinions personnelles en dehors du service.

⁹⁰⁴ Et politique.

⁹⁰⁵ Notons d'ailleurs que dans sa jurisprudence *ADEFDROMIL*, la Cour européenne des droits de l'Homme évoque « *une tolérance de la part des autorités militaires à l'égard des organisations de nature syndicale formées par des membres des forces armées* » : Cour européenne des droits de l'Homme, 5^e section, 2 octobre 2014, *ADEFDROMIL contre France* ; req. n°32191/09, § 57 ; JurisData numéro 2014-022215.

⁹⁰⁶ Site internet www.saint-cyrienne.org

⁹⁰⁷ Site internet www.adefdromil.fr

⁹⁰⁸ Conseil d'État, 26 septembre 2007, *Rémy* : req n°263747 ; « *Qu'est-ce qu'un groupement professionnel de militaires ?* », AJDA 2007 p.1846.

Ainsi, dans des décisions ultérieures, le Conseil d'État rejetait systématiquement les recours de l'ADEFDROMIL en raison de son objet statutaire.

C'est en raison de cette interdiction que l'association ADEFDROMIL ainsi que le lieutenant-colonel Jean-Hugues MATELLY saisissaient la Cour européenne des droits de l'Homme, respectivement le 12 juin 2009 et le 6 février 2010, en contestant la conformité de l'article L4121-4 du Code de la défense avec l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de citoyen et des libertés publiques, relatif à la liberté syndicale.

§ 2 - Une liberté syndicale des militaires reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme

Par deux décisions du 2 octobre 2014⁹⁰⁹, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a condamné la France pour violation de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH).

En l'espèce, dans la première affaire, la Cour avait été saisie d'une requête de l'association de défense des droits des militaires (ADEFDROMIL) suite aux rejets systématiques de ses recours devant les juridictions administratives. Par trois décisions, le Conseil d'État avait en effet décidé que les demandes de l'ADEFDROMIL étaient irrecevables eu égard à son objet statutaire d'assurer la défense des intérêts professionnels des militaires méconnaissant les dispositions de l'article L4121-4 du Code de la défense⁹¹⁰.

De la même manière, la Cour a été saisie d'une requête du lieutenant-colonel Jean-Hugues MATELLY suite au rejet de son recours par le Conseil d'État s'agissant de l'annulation de la décision ministérielle confirmant l'ordre qui lui avait été donné de démissionner sans délai de l'association « Forum gendarmes et citoyens ». L'ordre litigieux émanait du directeur général de la gendarmerie et se fondait sur l'objet social de l'association qui précisait, entre-autre, « la défense de la situation matérielle et morale des gendarme », en méconnaissance également de l'article L4121-4 du Code de la défense.

⁹⁰⁹ CEDH, 5^e section, 2 octobre 2014, *Affaire MATELLY contre France* : req. n°10609/10 ; JurisData numéro 2014-022214. CEDH, 5^e section, 2 octobre 2014, *Affaire ADEFDROMIL contre France* : req. n°32191/09 ; JurisData numéro 2014-022215.

⁹¹⁰ Conseil d'État, 11 décembre 2008, *ADEFDROMIL*, req. n°306962, n°307403, n° 307405 ; « *Irrecevabilité de la requête d'une association de défense des intérêts professionnels des militaires* », AJDA 2009 p.148.

L'objet principal de ces deux recours était ainsi de contrôler la conformité des dispositions du Code de la défense interdisant aux militaires toute liberté syndicale et les stipulations de l'article 11 de la CESDH. L'article L4121-4 du Code de la défense établissait, en effet, une double interdiction, d'une part, celle de constituer un groupement professionnel militaire à caractère syndical ; d'autre part, celle pour les militaires en activité de service d'adhérer à des groupements professionnels.

Dans ses deux arrêts, la CEDH condamne la France pour violation de l'article 11 de la CESDH. Elle indique tout d'abord que les dispositions litigieuses du Code de la défense constituent une ingérence à la liberté syndicale reconnue par l'article 11 §1 de la CESDH. Elle relève ensuite que bien qu'étant prévues par la loi et poursuivant un but légitime tel que stipulé à l'article 11 §2, les dispositions litigieuses, en ce qu'elles interdisent purement et formellement une liberté syndicale aux militaires, portent atteinte à l'essence même de la liberté syndicale et méconnaissent, de ce fait, les stipulations de la CESDH.

Par ces deux arrêts, la CEDH réaffirme deux composantes essentielles de la liberté d'association : en premier lieu, la liberté de constituer et d'adhérer à un groupement professionnel (A) ; en second lieu, la liberté pour ce dernier d'ester en justice (B).

A - Liberté de constituer un groupement professionnel et d'y adhérer

Dans les deux espèces, la CEDH s'interroge sur la conventionalité de l'article L4121-4 du Code de la défense.

En effet, l'article 11 de la CESDH prévoit que *« toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté 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 »*. Néanmoins, il prévoit également que *l'exercice de ces droits peut faire « l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. 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 »*.

En ce sens, l'article L4121-4 du Code de la défense constitue, en effet, une véritable restriction aux droits de constituer et d'adhérer à un groupement professionnel, *a fortiori* à un syndicat, en prévoyant 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 de la discipline militaire »*. D'ailleurs, la Cour relève dans ses deux

décisions qu'une telle disposition constitue assurément une restriction au principe de la liberté d'association.

Néanmoins, si elle considère à la fois que la restriction est bien prévue par la loi et qu'elle s'inscrit dans un but légitime de préservation de l'ordre et de la discipline nécessaire aux forces armées, elle estime toutefois que l'interdiction absolue posée par l'article L4121-4 du Code de la défense n'est ni proportionnée, ni nécessaire dans une société démocratique.

Ainsi, bien que les États signataires puissent restreindre, même de manière significative, l'exercice de la liberté syndicale aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent ; les restrictions ne doivent pas pour autant aboutir à priver les militaires et « leurs syndicats⁹¹¹ » du droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux. En effet, depuis la jurisprudence « *Demir et Baykara*⁹¹² », la Cour considère que certains éléments sont essentiels à la liberté syndicale, de sorte qu'y porter atteinte reviendrait à vider cette liberté de sa substance. C'est ainsi que la Cour européenne de droits de l'Homme réaffirme⁹¹³ dans sa jurisprudence « *Matelly* » que les droits de former un syndicat et de s'y affilier constituent des éléments essentiels à la liberté syndicale⁹¹⁴.

Par conséquent, la Cour condamne la France pour violation de l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques.

B - Liberté d'ester en justice

Dans sa requête auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'ADEFDROMIL alléguait la violation de l'article 11 par la France, en particulier, du fait de l'interdiction pour les associations professionnelles d'ester en justice afin de défendre des intérêts professionnels collectifs.

⁹¹¹ Telle est la formule utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

⁹¹² Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97 ; « *La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale* », HERVIEU Nicolas, *Revue de droit du travail*, 2009, p.288.

⁹¹³ Déjà affirmé dans sa jurisprudence, *Demir et Baykara c. Turquie*, *Ibid.*, §144 et 145.

⁹¹⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 5^e section, 2 octobre 2014, *Affaire MATELLY contre France*, req. n°10609/10, §58 ; op. cit..

Nous l'évoquions en effet précédemment, l'ensemble des requêtes qui avait été porté par cette dernière auprès de la juridiction administrative fut finalement rejeté par la Conseil d'État au motif de son objet statutaire contraire aux dispositions de l'article L4121-4 du Code de la défense. C'est d'ailleurs ce que relève la Cour européenne des droits de l'Homme dans sa jurisprudence « *ADEFDROMIL* »⁹¹⁵ et y affirme que tout droit d'agir en justice dans le domaine pour lequel l'association professionnelle s'est assignée, constitue « *l'essence même de la liberté syndicale* ». Par conséquent, la Cour condamne une nouvelle fois la France pour violation de l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques.

§ 3 - Un nouveau droit d'association professionnelle des militaires légalement reconnu et encadré

Consécutivement aux deux décisions de la CEDH du 2 octobre 2014, le Président de la République confia pour mission à Messieurs Bernard PÊCHEUR et Alexandre LALLET de réaliser une étude sur le droit d'association professionnelle des militaires et, surtout, d'envisager un projet visant à conformer la législation nationale au droit européen.

Le rapport présenté par Monsieur Bernard PÊCHEUR le 18 décembre 2014⁹¹⁶ proposa de ne pas « *opter pour une simple réponse minimale, mais au contraire d'engager une réforme de fond*⁹¹⁷ ». À la lumière de ce rapport, la loi du 25 juillet 2015⁹¹⁸ aménagea le statut général des militaires en prévoyant, d'une part, de reconnaître statutairement certaines associations professionnelles (A) et, d'autre part, de leur conférer des prérogatives (B).

⁹¹⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, 5^e section, 2 octobre 2014 « *Affaire ADEFDROMIL contre France* », req. n°32191/09, §56 ; op.cit..

⁹¹⁶ « *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires* », 18 décembre 2014, PÊCHEUR Bernard et LALLET Alexandre, www.ladocumentationfrancaise.com.

⁹¹⁷ « *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires* », Ibidem p.3.

⁹¹⁸ 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*.

A - Une reconnaissance statutaire du droit d'association professionnelle des militaires

La reconnaissance du droit d'association professionnelle des militaires a consisté à supprimer l'interdiction statutaire préalablement établie (1), mais également d'adapter l'exercice de ce nouveau droit à l'état militaire (2).

1 - Un droit d'association professionnelle inséré dans le statut général des militaires

Conformément au rapport de Messieurs PÊCHEUR et LALLET⁹¹⁹, la loi du 25 juillet 2015 prévoit la suppression des dispositions de l'article L4121-4 du Code de la défense qui intéressent l'interdiction d'adhérer à des associations professionnelles. Cette mesure s'imposait logiquement eu égard aux deux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. Aussi, l'article L4121-4 nouveau du même Code introduit la liberté pour les militaires de constituer une association professionnelle nationale des militaires, d'y adhérer et d'y exercer des responsabilités. Néanmoins, l'alinéa suivant rappelle qu'il appartient toujours au chef militaire de veiller aux intérêts de ses subordonnés. Le choix du législateur d'avoir maintenu cette dernière disposition ne nous semble pas anodin ; cette démarche ayant pour vocation de rappeler que la liberté d'association professionnelle ne remet pas en cause ce rôle déterminant des chefs militaires.

Désormais, il est ajouté dans le Code de la défense au livre II du titre IV, un chapitre IV « *associations professionnelles nationales de militaires* » qui prévoit que ces dernières ont pour objet de « *préserver et promouvoir les intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire*⁹²⁰ ». La liberté d'association professionnelle des militaires est - par conséquent - clairement affirmée ce qui conduit à infirmer expressément la position traditionnelle de la jurisprudence administrative, notamment à travers les jurisprudences « *Rémy*⁹²¹ » et « *ADEFDROMIL*⁹²² ».

⁹¹⁹ « *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires* », 18 décembre 2014, PÊCHEUR Bernard et LALLET Alexandre, www.ladocumentationfrancaise.com.

⁹²⁰ Article L4126-2 du Code de la défense

⁹²¹ Conseil d'État, 26 septembre 2007, *Rémy* : Requête n°263747 ; AJDA 2007 p.1846.

⁹²² Conseil d'État, 11 décembre 2008, *ADEFDROMIL*, n°306962, n°307403, n° 307405 ; op.cit..

Notons toutefois une difficulté soulevée par l'avant-projet de loi sur la situation des militaires détachés dans des organismes civils. En effet, cette situation peut s'avérer particulièrement problématique eu égard aux stipulations de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques car, d'une part, l'article L4138-8 1° du Code de la défense dispose que le militaire détaché demeure dans son état militaire et, en ce sens, est soumis aux articles L4121-1 à 5 du Code de la défense. Il lui est donc expressément interdit de créer, d'adhérer ou d'exercer des fonctions à responsabilité dans des syndicats de la fonction publique⁹²³. D'autre part, puisque les associations professionnelles militaires interviennent en toute indépendance, notamment vis-à-vis des organisations syndicales et patronales, elles n'ont aucune emprise dans les organismes de la fonction publique de sorte qu'elles ne peuvent y exercer véritablement aucune pression pour la défense de militaires détachés. Par conséquent, du fait de son statut particulier, le militaire détaché serait placé dans une situation plus défavorable qu'au sein de l'institution militaire. L'avant-projet proposait alors que soit levée purement et simplement l'interdiction du droit syndical à l'égard de cette population de militaires. Pour autant, cette proposition n'a pas été retenue par le législateur dans la loi de programmation militaire du 28 juillet 2015, faisant ainsi perdurer une situation défavorable pour les militaires détachés.

2 - Un droit d'association professionnelle toutefois adapté à l'état militaire

L'article L4121-4 du Code de la défense distingue désormais expressément le droit syndical de la liberté d'association professionnelle en réaffirmant l'interdiction aux militaires d'adhérer à tout syndicat. (a) Par ailleurs, le législateur a exigé un certain nombre de garanties pour la constitution d'une association professionnelle. (b)

a - Les syndicats toujours exclus des rangs

Conformément à l'avant-projet de loi⁹²⁴, le législateur distingue les syndicats des associations professionnelles en précisant que ces dernières sont exclusivement constituées par des militaires.

⁹²³ L'interdiction d'adhérer à un syndicat a été conservée par le législateur de 2015 : Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 - Section 2 -§ 3 -A -2 -a -Les syndicats toujours exclus des rangs.

⁹²⁴ « *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires* », 18 décembre 2014, PÊCHEUR Bernard et LALLET Alexandre, www.ladocumentationfrancaise.com.

C'est, en effet, seulement sous la forme d'association professionnelle composée de militaires que les rapporteurs préconisaient la défense collective des intérêts professionnels. Cette préconisation, entérinée par le législateur⁹²⁵, démontre la volonté de maintenir un « esprit de corps » entre les militaires ; lesquels n'iraient pas à l'encontre des grands principes de l'état militaire comme pourrait le faire –par méconnaissance - une association professionnelle composée de « non-militaires ». De même, la méfiance envers les syndicats français affirmée lors de l'élaboration de la loi de 1972 portant statut général des militaires, selon laquelle ces derniers pourraient par leur action compromettre les missions des armées, est toujours présente. Aussi, les rapporteurs PÊCHEUR et LALLET⁹²⁶ préconisaient de maintenir l'interdiction pour les militaires d'adhérer à un syndicat tout en offrant à ces derniers la possibilité de constituer ou adhérer à une association professionnelle. Selon les rapporteurs, le syndicat n'est pas « une formule adaptée » dans le sens où il serait incompatible avec le cadre et les principes directeurs constitutionnels ; notamment « *la préservation des intérêts fondamentaux de la Nation, les impératifs de la défense nationale, la sauvegarde de l'ordre public et la nécessaire libre disposition de la force armée* ». Par ailleurs, les rapporteurs soulignaient la connotation fortement négative du syndicalisme au sein de la communauté militaire. Le rejet des syndicats par les militaires risquerait alors de compromettre les objectifs ambitieux des rapporteurs en matière de dialogue social des militaires.

b - Des garanties imposées par le législateur pour la constitution d'associations professionnelles nationales de militaires

Le législateur a exigé trois types de garanties pour la constitution d'associations professionnelles nationales de militaires : une légitimité vis-à-vis des militaires (i), une indépendance (ii) et une activité circonscrite à la condition militaire (iii).

i - Une légitimité vis-à-vis des militaires

Le législateur de 2015 s'est assuré de la légitimité des associations professionnelles en prévoyant que leurs membres seraient exclusivement des militaires au sens de l'article L4111-2 du Code de la défense ; c'est-à-dire des militaires de carrière ou servant au titre d'un contrat, des militaires servant au titre de la réserve opérationnelle, des militaires placés en disponibilité ou des

⁹²⁵ Article L4126-2 du Code de la défense « *[les associations professionnelles nationales des militaires] sont exclusivement constituées des militaires de l'article L4111-2.* »

⁹²⁶ Ibidem

fonctionnaires en détachement qui exercent, en qualité de militaires, certaines fonctions spécifiques nécessaires aux forces armées. Le législateur ne semble pas y inclure les militaires servant au titre de la réserve civile puisqu'il ne cite, dans son énumération, que la réserve opérationnelle. Contrairement aux préconisations du « rapport PÊCHEUR », les anciens militaires ne pourraient pas adhérer aux associations professionnelles.

Par ailleurs, le législateur n'a pas souhaité que les associations professionnelles ne représentent spécifiquement qu'une catégorie de militaires, une force armée ou une formation rattachée. Les associations professionnelles doivent, par leur composition, constituer une image fidèle de l'institution militaire⁹²⁷ et représenter l'ensemble des militaires indifféremment de leur grade ou de leur formation d'appartenance⁹²⁸.

ii - Une véritable indépendance

L'indépendance exigée est de plusieurs ordres. Elle est exigée à l'égard de l'autorité hiérarchique, des idéologies notamment politiques et religieuses et des syndicats.

Une indépendance à l'égard de l'autorité hiérarchique : le second alinéa de l'article L4126-6 du Code de la défense prévoit expressément une stricte indépendance à l'égard du commandement. L'objectif étant que les associations professionnelles ne soient pas les « caisses de résonance » du commandement et que leurs actions conservent ainsi toute leur cohérence et pertinence. À cet égard, cette stricte indépendance s'inscrit également dans l'affirmation d'une liberté d'expression des membres des associations professionnelles s'agissant des sujets intéressants la condition militaire⁹²⁹, sous-entendu vis-à-vis du commandement. D'ailleurs, l'interdiction de toute discrimination entre les militaires en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une association professionnelle nationale des militaires affirmée au premier alinéa de l'article L4126-6 du Code de la défense en est une conséquence.

Une indépendance idéologique : le nouvel article L4126-6 du Code de la défense exige ensuite que les associations professionnelles aient la même indépendance que celle exigée à l'égard de l'institution militaire, c'est-à-dire une indépendance vis-à-vis des partis politiques ainsi que des

⁹²⁷ Hors agents de la fonction publique civile, lesquels ont –bien évidemment- la possibilité d'appartenir à un organisme syndical.

⁹²⁸ Article L4126-2 du Code de la défense.

⁹²⁹ Article L4126-4 2° alinéa du Code de la défense.

groupements à caractère confessionnel. En d'autres termes, une véritable neutralité politique et confessionnelle.

De même, les associations professionnelles doivent être indépendantes à l'égard d'autres États ; ce qui est parfaitement légitime eu égard aux fonctions éminemment régaliennes qu'assure l'Armée. De ce fait, les associations professionnelles ne pourraient être qu'exclusivement nationales.

Une indépendance vis-à-vis des organisations syndicales : outre une indépendance vis-à-vis des entreprises, le législateur impose une indépendance à l'égard de toute autre organisation professionnelle, qu'elle soit de salariés ou d'employeurs. À ce titre, l'article L4126-6 du Code de la défense précise *in fine* que les associations professionnelles ne peuvent constituer d'union ou de fédération qu'entre elles ; sous-entendu qu'elles ne pourront jamais se rattacher à d'autres fédérations syndicales tel que cela avait été redouté.

iii - Une activité circonscrite à la condition militaire

L'article L4126-2 du Code de la défense limite le champ de compétence des associations professionnelles à la condition militaire. Le législateur a ainsi voulu exclure l'action des associations professionnelles sur des domaines éminemment opérationnels qui restent à la discrétion du commandement. En effet, il est légitime que, compte tenu de la protection des intérêts fondamentaux de la Nation et de la libre disposition de la force armée, les enjeux et contraintes des opérations et missions militaires soient de la seule décision du commandement. D'ailleurs, le législateur a expressément écarté l'action des associations professionnelles s'agissant de la préparation et la conduite des opérations ; précisant que l'activité des associations professionnelles devait s'exercer dans le respect de l'exécution des missions et du service des forces armées⁹³⁰. En outre, sont également exclus de leur compétence toute action destinée à contester la légalité des mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées.

Néanmoins, qu'il s'agisse de mesures destinées à la préparation et la conduite des opérations ou à l'organisation des forces armées, il est indéniable que ces dernières auront des incidences favorables ou non sur la condition militaire. Et, il est fort probable qu'une décision portant

⁹³⁰ Article L4126-6 alinéa 1^{er} du Code de la défense.

notamment sur les conditions d'un engagement opérationnel ou des dissolutions de formations sans consultation des associations professionnelles soit difficilement acceptée des militaires.

Le législateur a bien plus encadré le champ d'action des associations nationales professionnelles de militaires par rapport aux syndicats et associations professionnelles des autres agents publics. En effet, l'article 8 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 prévoit que les syndicats de fonctionnaires peuvent présenter des recours contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires. Ainsi, un syndicat justifiera d'un intérêt à agir en exerçant un recours à l'encontre d'une mesure de nomination à un emploi du corps qu'il représente dès lors que cette nomination est susceptible d'affecter de manière suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs des membres du corps dont il assure la défense⁹³¹. En outre, les fonctionnaires et membres de syndicat ou association peuvent attaquer toutes décisions, quand bien même elles se rapporteraient à l'organisation ou à l'exécution du service, dans la mesure où ces dispositions porteraient atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leurs conditions d'emploi ou de travail⁹³².

Enfin, l'ensemble des garanties définies par le législateur sera sanctionné en amont par le ministre de la Défense puisque l'article L4126-5 du Code de la défense prévoit que les statuts ainsi que la liste des administrateurs devront être déposées au ministre pour pouvoir obtenir une capacité juridique. Et en aval par l'autorité administrative compétente, laquelle peut solliciter de l'autorité judiciaire la dissolution ou toute autre mesure à l'encontre de l'association professionnelle qui ne se conformerait pas aux obligations légalement définies⁹³³.

⁹³¹ Conseil d'État, section, 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature* : req. n° 354218 ; « *Le Conseil d'Etat reconnaît l'intérêt à agir d'un syndicat contre une nomination pour ordre* », AJDA 2013 p.142.

⁹³² Conseil d'État, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics* : Recueil Lebon p. 30.

⁹³³ Article L4126-7 du Code de la défense.

B - Des prérogatives renforcées pour les associations professionnelles représentatives

Au-delà de reconnaître l'existence d'associations professionnelles nationales des militaires, le législateur intègre ses dernières au sommet du processus de la concertation (2) dès lors qu'elles justifient d'une représentativité de la communauté militaire (1).

1 - Une représentativité reconnue sous condition

Tel que nous l'évoquions précédemment, la légitimité des associations professionnelles tient à leur représentativité de l'institution militaire. Néanmoins, le législateur a fixé trois conditions supplémentaires pour qu'une association professionnelle puisse être qualifiée de représentative. Outre l'observation de l'ensemble des dispositions définies aux articles 4126-1 à 4126-7 du Code de la défense et étudié précédemment⁹³⁴, l'association professionnelle doit, après une année d'existence, démontrer une « moralité financière » (a) et disposer d'une influence significative (b).

a - Une moralité financière

Tout naturellement, le législateur exige que l'association professionnelle présente une transparence financière témoignant une certaine moralité au sein de ses membres. À cet égard, l'article L4126-10 1° du Code de la défense renvoie vers un décret en Conseil d'État pour préciser les modalités de cette transparence financière. Les articles R4126-3 et suivants du Code de la défense⁹³⁵ organisent des modalités de certification et de publication des comptes contraignantes en fonction du montant de leurs ressources. Ces ressources comprennent les cotisations, les subventions, les produits de toute nature liées à l'activité courante et les produits financiers.

Trois seuils sont déterminés : plus de 230 000 euros, de 230 000 euros à 2000 euros, et moins de 2 000 euros. Bien entendu, les mesures de transparence seront d'autant plus contraignantes que les ressources seront importantes. Aussi, les associations professionnelles disposant de ressources supérieures à 230 000 euros devront produire à chaque clôture de l'exercice, un bilan, un compte de résultat. Elles devront en outre désigner un commissaire aux comptes et un suppléant. Elles devront surtout assurer la publicité de leurs comptes et du rapport du commissaire

⁹³⁴ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 3 -A -2 -b -Des garanties imposées par le législateur pour la constitution d'associations professionnelles nationales de militaires.

⁹³⁵ Insérés par le décret n° 2016-1043 du 29 juillet 2016 *relatif aux associations professionnelles nationales des militaires*.

aux comptes sur le site internet de la direction de l'information légale et administrative. En revanche, les associations disposant de ressources inférieures à 2 000 euros seront simplement tenus d'établir sous forme de livre la chronologie, le montant et l'origine des ressources perçues et de laisser librement consultables les comptes annuels sauf si la consultation serait susceptible de porter atteinte à la vie privée de leurs membres.

b - Une influence significative

L'influence significative correspond à des critères définis à l'article L4126-8 du Code de la défense : les cotisations perçues, l'effectif des adhérents et la diversité des groupes de grades représentés.

S'agissant des deux derniers critères, l'article L4126-10 du Code de la défense renvoie vers l'article 4126-6 du Code de la défense pour en préciser les conditions. D'une part, l'effectif des adhérents doit être égal à un pourcentage minimal de l'effectif total de la force armée ou de la formation rattachée représentée. D'autre part, les adhérents doivent représenter chacun des groupes de grade⁹³⁶ et ce, avec un pourcentage minimal de l'effectif total de militaires dans chaque groupe de grade.

S'agissant du pourcentage minimal, dans son rapport⁹³⁷ Monsieur Jean-Pierre RAFFARIN précisait qu'il était envisagé de fixer par principe ces seuils à 5 % des effectifs représentés, mais par dérogation et afin de faciliter la montée en puissance du dispositif dans les premières années, de l'abaisser temporairement à 2 %.

L'article R4126-6 du Code de la défense reprend partiellement cette recommandation et prévoit que jusqu'au 1^{er} janvier 2021, cet effectif doit être compris entre 1 et 5% pour assurer le caractère effectif du dialogue social.

⁹³⁶ Officier, sous-officier ou officier marinier et militaire du rang.

⁹³⁷ Rapport n°547 (2014-2015) « *actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la Défense* », RAFFARIN Jean-Pierre: chapitre II.

2 - Une participation des APNM à la concertation

L'article L4126-9 du Code de la défense prévoit que, sous certaines conditions, les associations professionnelles pourront participer à la concertation dans les armées (a). Le second alinéa du même article leur confère, de surcroît, un droit d'être entendu (b).

a - De nouveaux acteurs dans le processus de concertation

Tel que le préconisait le « rapport PÊCHEUR⁹³⁸ », les associations professionnelles représentatives pourront participer au dialogue social au niveau national avec les autorités civiles et militaires. Ainsi l'article L4126-8 II du Code de la défense prévoit que ces dernières peuvent siéger au Conseil supérieur de la fonction militaire dès lors qu'elles justifient d'une représentativité d'au moins trois forces armées et de deux formations rattachées. À défaut, elles pourront être, tout de même, associées au dialogue organisé, toujours au niveau national, par les ministres de la Défense et de l'Intérieur ainsi que par les autorités militaires, sur les questions générales intéressant la condition militaire tel que le prévoit l'article L4126-9 du même code.

Par ailleurs, bien que les associations professionnelles n'aient pas vocation d'être intégrées aux conseils de la fonction militaire, elles pourraient être tout de même sollicitées à participer à des journées régionales préparatoires qui sont notamment organisées dans l'Armée de Terre en amont des sessions du conseil de la fonction militaire Terre. Nous pourrions également imaginer qu'elles soient sollicitées au niveau local, notamment lors des commissions participatives⁹³⁹. Et, en toute hypothèse, les membres des conseils de fonction militaire ont parfaitement la faculté d'adhérer à une association professionnelle en plus de leur mandat.

b - Le droit d'être entendu

Le rôle des associations professionnelles reconnues représentatives est considérablement valorisé puisque le législateur reconnaît à ces dernières la possibilité de s'exprimer chaque année devant le Haut Comité d'Évaluation de la Condition Militaire et même de demander à s'exprimer en tant

⁹³⁸ « Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires », 18 décembre 2014, PÊCHEUR Bernard et LALLET Alexandre, www.ladocumentationfrancaise.com.

⁹³⁹ Cf. supra : Partie II- chapitre 2- section 1- §1- A- 2- Les commissions participatives.

que de besoin sur des questions générales intéressant la condition militaire. À ce titre, ces associations professionnelles sont placées sur le même plan que le Conseil supérieur de la fonction militaire, lequel s'est vu reconnaître par la loi n°2015-917 du 28 juillet 2015⁹⁴⁰ un droit analogue.

Une telle prérogative est déterminante tant les travaux réalisés par le Haut Comité sont hautement considérés par la communauté militaire et, par expérience, constituent la base de travail lors des sessions de concertation⁹⁴¹.

Conclusion de la section 2

Les condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme le 2 octobre 2014 du fait de l'absence de toute liberté syndicale ont permis à la fois la reconnaissance aux militaires d'une liberté de constituer et d'adhérer à un groupement professionnel, mais également de réformer les instances de concertation nationales pour leur octroyer plus de légitimité. En effet, tel que le préconisait le « rapport PÊCHEUR », la réforme législative consécutive aux condamnations ne devait pas se limiter à la reconnaissance des groupements professionnels mais également les associer aux instances nationales dans la concertation.

En outre, conservant l'interdiction d'adhérer à un syndicat, le législateur ainsi que le pouvoir réglementaire ont posé des conditions à la constitution d'associations professionnelles nationales des militaires ; conditions renforcées pour qu'elles puissent siéger au CSFM.

Début 2017, le ministère de la Défense dénombrait 11 associations professionnelles sur son site Internet ; ce qui est remarquable sachant que la plupart a été déclarée courant 2016, soit quelques mois après que la loi fut adoptée et ses décrets d'application publiés. Cet engouement démontre que, malgré ce qu'affirme le statut général des militaires⁹⁴², le chef ne veille pas toujours aux intérêts de ses subordonnés et qu'il peut être nécessaire qu'un organisme indépendant le leur

⁹⁴⁰ 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*, article 10 2° b ; devenu désormais l'article L4124-1 alinéa 2 du Code de la défense.

⁹⁴¹ Cf. supra : Partie II- chapitre 2- section 1- §1- B- 2- a- Le haut comité d'évaluation de la condition militaire.

⁹⁴² Article L4121-4 alinéa 4 du Code de la défense.

permette. En effet, l'engouement pour ces associations nationales professionnelles de militaires aurait-il été tant remarquable si, bien en amont des condamnations de la France par la CEDH, les problèmes liés aux dysfonctionnements de LOUVOIS avaient été solutionnés ? Rappelons que le logiciel avait été mis en place dès octobre 2011 et qu'en seulement quelques mois, des dizaines de milliers d'erreur de paiement de solde étaient relevés. Le cabinet de ministre de la Défense a été alerté de cette situation à de très nombreuses reprises, notamment lors des sessions des instances de concertation, et même via les parlementaires⁹⁴³. Les dysfonctionnements n'ont pourtant cessé de perdurer au point que de nombreux militaires ont pu percevoir toutes les limites du dialogue social au sein des armées. Sur ce point, la création d'APNM et les prérogatives qui leurs sont reconnues, *a fortiori* si elles étaient représentatives, va nécessairement bousculer le dialogue social dans les armées. Il est d'ailleurs amusant de relever, que tout en maintenant l'interdiction aux militaires d'adhérer à un syndicat, le législateur leur reconnaît le droit de créer et d'adhérer à un groupement professionnel sous des conditions qui nous font affirmer que le législateur ainsi que l'administration militaire ont, en réalité, institué un syndicalisme purement militaire après l'avoir combattu durant de longues décennies.

Pour autant, les autres modes de dialogue social, qui se retrouvent notamment dans la fonction publique civile, restent toujours proscrits.

Section 3 - Des modes de dialogue social toujours proscrits

Deux modes de dialogue social sont encore proscrits, d'une part le droit de grève (§1) ; d'autre part, le droit de manifestation (§2).

§ 1 - Un droit de grève antonymique avec l'état militaire

Force est de constater que droit de grève et état militaire sont deux notions antonymiques. Et pour cause, le droit de grève va à l'encontre de deux principes fondamentaux caractérisant l'état militaire : la disponibilité et la discipline⁹⁴⁴. L'interdiction de l'exercice du droit de grève est d'ailleurs

⁹⁴³ Question écrite n° 06410 de GARRIAUD-MAYLAM Joëlle, publiée dans le JO Sénat du 16/05/2013 - page 1521.

⁹⁴⁴ Tel qu'affirmé par l'article L4111-1 du Code de la défense.

historiquement entérinée (A). En outre, les militaires ne sont pas les seuls agents de l'État sujets à une telle interdiction (B).

A - Une incompatibilité historiquement entérinée

L'interdiction d'exercice du droit de grève a toujours été statutairement prévue au point que l'on puisse affirmer qu'elle constitue l'une des sujétions caractéristiques de l'état militaire.

Ainsi, alors que le législateur de 1972 entendait expressément aligner le statut général des militaires sur celui des fonctionnaires, aucune réticence ne s'éleva lorsqu'il fut question d'écarter l'exercice du droit de grève aux militaires⁹⁴⁵. D'ailleurs, le député Joël LE THEULE déclara, lors de la présentation au Parlement du projet de loi de 1972 portant statut général des militaires qu' « *il est vraisemblable que le droit de grève ne sera jamais accordé aux militaires. En effet, parmi les corps de fonctionnaires chargés d'assurer l'ordre public, il en est nécessairement un qui aura des droits inférieurs aux autres, à qui il ne sera jamais permis de refuser d'obéir aux ordres du pouvoir, et dont la mission sera de pallier les défections éventuelles des autres, voire de s'opposer à eux* ⁹⁴⁶ ». Aucune réticence n'a non plus été émise en 2005 lors du projet de réforme du statut général des militaires.

L'interdiction d'exercice du droit de grève aux militaires est tellement évidente qu'elle sert également de fondement à la défense d'adhérer à un syndicat⁹⁴⁷ et d'ailleurs, ces deux interdictions sont prévues au sein de la même disposition, l'article L4121-4 du Code de la défense. En effet, l'ultime moyen de pression des syndicats vis-à-vis des employeurs étant la grève des agents, la reconnaissance aux militaires d'adhérer à un syndicat⁹⁴⁸ est redoutée en raison d'une éventuelle surenchère revendicative vers un droit de grève qui serait incompatible avec l'état militaire⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ Voir notamment le compte rendu intégral de la 12^{ème} séance, seconde session ordinaire 1971-1972- Assemblée Nationale

⁹⁴⁶ Citation extraite dans le Rapport n°1969 sur le projet de loi (n° 1741) portant statut général des militaires, TEISSIER Guy, Assemblée Nationale.

⁹⁴⁷ Elle servait également de fondement pour interdire la constitution et l'adhésion à des groupements professionnels autres que les syndicats.

⁹⁴⁸ Au sens strict du terme, non pas une simple association professionnelle.

⁹⁴⁹ Rapport d'information n °4069 sur le dialogue social dans les armées, 2011, Assemblée Nationale.

Pour autant, alors que le législateur est intervenu en 2015⁹⁵⁰ pour reconnaître aux militaires une liberté d'adhérer à des associations professionnelles, dont les prérogatives qu'il leur accorde pourraient s'assimiler à celles reconnues à des syndicats⁹⁵¹, nous ne relevons aucune surenchère revendicative qui consisterait à faire reconnaître l'exercice d'un droit de grève aux militaires. Très certainement, l'interdiction du droit de grève est tellement ancrée dans la conscience des militaires que ces derniers n'ont aucunement la volonté de se voir reconnaître un tel droit. Qui plus est, les récentes évolutions du dialogue social, *a fortiori* des instances de concertation nationales²³⁹, semblent plus convenir à la communauté militaire que le « rapport de force » qu'organiserait un droit de grève.

B - Une incompatibilité commune aux agents exerçant des missions éminemment régaliennes

Le droit de grève a été institué par la loi du 25 mai 1864 dite Ollivier, supprimant ainsi le délit de coalition, institué en 1810 dans le Code pénal. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 réaffirma le droit de grève et renvoya vers la loi les modalités de son exercice.

À l'origine, un tel droit était principalement revendiqué par les travailleurs du secteur privé. Mais à partir de 1950, et plus particulièrement de la jurisprudence du Conseil d'État *Dehaene*⁹⁵², il fut étendu aux agents du service public sous réserve que la loi ne l'exclut expressément.

Aussi, certaines catégories d'agents publics sont interdites d'exercice du droit de grève. Il s'agit notamment des personnels des services actifs de la police nationale, des membres des compagnies républicaines de sécurité (CRS), des magistrats judiciaires et des personnels des transmissions du Ministère de l'Intérieur.

⁹⁵⁰ 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*.

⁹⁵¹ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 3 -Un nouveau droit d'association professionnelle des militaires légalement reconnu et encadré.

⁹⁵² Conseil d'État, Assemblée, 7 juillet 1950, *Dehaene* : req. n°01645, recueil LEBON ; « *les décisions les plus importantes du Conseil d'État* » in www.conseil-etat.fr.

Les militaires ne sont donc pas les seuls agents dont l'exercice du droit de grève est proscrié. L'interdiction s'impose à cette catégorie d'agents « *dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays*⁹⁵³ ».

La politique de défense ayant pour objectif d'assurer l'intégrité du territoire et la protection de la population contre les agressions armées ainsi que de contribuer à la lutte contre les autres menaces susceptibles de mettre en cause la sécurité nationale⁹⁵⁴, les missions assurées par l'Armée ne sauraient cesser.

Par ailleurs, rappelons que, s'agissant des autres agents de la fonction publique, depuis la jurisprudence du Conseil d'État *DEHAENE*⁹⁵⁵, l'exercice du droit de grève des agents publics peut être également restreint dans l'objectif d'assurer la continuité du service public.

C - Une incompatibilité également consacrée dans la législation des États étrangers

Un rapport du Sénat de 2011, intitulé « *les droits politiques et syndicaux des personnels militaires*⁹⁵⁶ », réalisait une étude de législations comparées sur les dispositions nationales de l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni. Il résulte de l'étude menée que, bien que chaque État présente des spécificités, notamment s'agissant du droit syndical, tous interdisent expressément l'exercice du droit de grève à leurs personnels militaires.

⁹⁵³ Conseil constitutionnel, décision du 25 juillet 1979, n°79-105 DC, *relative à la loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* ; Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, p.33.

⁹⁵⁴ Article L1111-1 du Code de la défense.

⁹⁵⁵ Conseil d'État, Assemblée, 7 juillet 1950, *Dehaene* : op. cit..

⁹⁵⁶ « *Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires* », mai 2002, les documents de travail du sénat Série législation comparée, Sénat.

Le rapport de la commission de la défense nationale et des forces armées de 2011 relatif au dialogue social⁹⁵⁷ dans les armées faisait d'ailleurs le même constat.

Cette interdiction commune aux États européens a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, la juridiction européenne fut saisie d'une requête d'un syndicat espagnol représentant des fonctionnaires de police du pays Basque. Était en cause l'interdiction pour ces fonctionnaires de police d'exercer leur droit de grève alors que d'autres collectifs exerçant des fonctions similaires en avaient le droit. Le requérant invoquait ainsi une discrimination en violation des articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques.

Mais, par une décision du 21 avril 2015⁹⁵⁸, la Cour rejeta l'ensemble des demandes du requérant en précisant que, d'une part, la nécessité d'un service ininterrompu et le « mandat armé » qui caractérisent les fonctionnaires de police les distingue d'autres fonctionnaires tels que les magistrats ou les médecins. D'autre part, « *les exigences plus sévères les concernant ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire dans une société démocratique, dans la mesure où elles permettent de préserver les intérêts généraux de l'État et, en particulier, d'en garantir la sécurité, la sûreté publique et la défense de l'ordre* ».

Par conséquent, les mesures litigieuses, bien qu'elles constituent une discrimination, sont légitimes.

§ 2 - Le droit de manifestation

Le droit de manifester se distingue du droit de grève, bien que ces deux droits se confondent en pratique puisque, le plus souvent, les grévistes manifestent leur revendication dans la rue.

Alors que le droit de grève a valeur constitutionnelle⁹⁵⁹, le droit de manifester n'est pas expressément reconnu constitutionnellement. Néanmoins, il est implicitement prévu dans l'article

⁹⁵⁷ Rapport d'information n°4069 *sur le dialogue social dans les armées*, Gilbert LE BRIS et Étienne MOURRUT, commission de la défense nationale et des forces armées.

⁹⁵⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, 3^e section, 21 avril 2015, *affaire Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna c. Espagne* : Requête n°45892/09 ; « *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail (année 2015)* », MARGUÉNAUD Jean-Pierre et MOULY Jean, *Droit social* 2016, p.697 .

⁹⁵⁹ Conseil constitutionnel, décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979 *relative à la loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* ; op. cit..

11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés publiques (ci-après CESDH) : « *toute personne a le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association* ».

L'interdiction pour les militaires de manifester est expressément prévue par l'article D4121-1 du Code de la défense, lequel vise de manière générale « *les manifestations, pétitions ou réclamations collectives* ». L'objectif d'une telle interdiction est, bien évidemment, d'assurer la discipline et l'obéissance dans les rangs.

Cependant, à la différence de l'interdiction de l'exercice du droit de grève, celle de manifester n'est pas prévue par la loi telle que l'exige le second alinéa de l'article 11 de la CESDH : « *l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (...)* ».

En outre, et tel que le relèvent les députés Gilbert LE BRIS et Étienne MOURRUT, « *les militaires constituent la seule catégorie de fonctionnaires qui soit soumise à une telle interdiction : même les policiers et les membres des compagnies républicaines de sécurité peuvent manifester, pourvu que ce soit en tenue civile*⁹⁶⁰ ».

Par ailleurs, les associations nationales professionnelles de militaires étant exclusivement composées de militaires, ces dernières n'auront pas non plus la possibilité de s'exprimer par voie de manifestation telle que les syndicats s'expriment traditionnellement. Néanmoins, compte tenu des moyens dont ces associations disposent désormais, notamment de pouvoir siéger au CSFM et de pouvoir ester en justice, nous pourrions sérieusement nous interroger sur la pertinence de la manifestation.

Conclusion de la section 3

Le dialogue social des militaires ne saurait aboutir à organiser un « rapport de force » entre les soldats et leur hiérarchie. L'esprit de disponibilité et de discipline est essentiel à l'état militaire de sorte que les interdictions du droit de grève et de manifester sont profondément « inscrites dans

⁹⁶⁰ Rapport d'information n°4069 *sur le dialogue social dans les armées*, LE BRIS Gilbert et MOURRUT Étienne, op. cit. p.18.

l'ADN » des soldats. Qui plus est, les militaires ne sont pas les seuls agents de l'État astreints à l'interdiction du droit de grève. D'autres agents assurant des missions éminemment régaliennes tels que les policiers ou les juges ne peuvent également faire grève. En outre, les autres agents publics peuvent voir l'exercice de leur droit de grève atténué dans l'intérêt général et, plus particulièrement, dans l'objectif d'assurer la continuité du service public.

Conclusion du chapitre 2

Aussi restreinte que soit l'expression des militaires, le dialogue social est crucial pour l'exercice du commandement. En effet, « *il appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance* ⁹⁶¹ ». Il est alors fondamental que les militaires puissent s'exprimer. Néanmoins, le dialogue social dans les armées suit nécessairement une logique propre aux militaires. Les associations professionnelles nationales des militaires qui ont été récemment reconnues consécutivement aux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme ne font pas exception.

Ainsi, le dialogue social consiste principalement en des consultations et des concertations et jamais ne doit aboutir à organiser un rapport de force entre les représentants des personnels et les décisionnaires (grèves, manifestations). Ensuite, les représentants des militaires doivent être légitimes à s'exprimer ; ils doivent être ainsi militaires et représentatifs de la volonté de leurs pairs qu'ils incarnent. Enfin, le dialogue social doit se réaliser à tous les niveaux, que ce soit au sein des formations administratives notamment via les présidents de catégorie, qu'au niveau de chaque armée et formation rattachée via les conseils de la fonction militaire, ou de manière plus générale au sein de l'institution militaire via le Conseil supérieur de la fonction militaire au sein duquel les associations professionnelles les plus représentatives peuvent siéger.

Conclusion du titre 1^{er}

La « Grande muette » est loin d'être un sobriquet fantaisiste pour désigner l'Armée tant l'expression professionnelle des militaires est encadrée. Aussi ces derniers peuvent être nettement tenus au

⁹⁶¹ Article L4121-4 alinéa 4 du Code de la défense.

silence, notamment lorsqu'ils sont dépositaires d'informations secrètes. Tout du moins, ils sont tenus à retenue ne serait-ce que du fait des obligations d'obéissance et de neutralité auxquelles ils sont assujettis.

Néanmoins, nous relevons que progressivement, les « langues se délient ». D'une part, les informations secrètes peuvent être révélées, certes sous certaines conditions plus ou moins contraignantes en fonction de la sensibilité de l'information concernée. D'autre part, la voix des militaires se fait entendre du pouvoir décisionnaire au travers du dialogue social.

Ainsi, à l'instar de tous les agents de l'État, l'expression professionnelle des militaires n'est pas libre. Elle tend, toutefois, à s'exercer de manière moins restrictive que par le passé ; sous réserve que les propos soient formulés *a minima* de manière « irréprochable sur la forme et incontestable sur le fond ».

Par ailleurs, tel que le relevait le rapport de la commission de révision du statut général des militaires en 2014, « *la nature même du métier des armes expose les militaires à occasionner et à subir des dommages*⁹⁶² ». Les militaires doivent ainsi disposer d'une sécurité juridique au moins aussi étendue que celle qui bénéficie aux autres agents publics ; voire renforcée du fait de la particularité des missions. Cette sécurité juridique se manifeste par des dispositions aménageant des protections et garanties attachées à leur statut.

⁹⁶² Rapport de la commission de révision du statut général des militaires, DENOIX DE SAINT MARC Renaud, 29 octobre 2003, p. 24.

Titre 2 - Une obligation d'obéir encadrée

Parmi les caractéristiques essentielles de l'état militaire définies par l'article L4111-1 du Code de la défense, figure l'esprit de discipline. De cette discipline découle une obligation d'obéissance renforcée qui symboliserait presque à elle seule l'état militaire dans la conscience populaire. Mais bien que la discipline constitue l'une des pierres angulaires de l'état militaire, l'obligation d'obéissance a également des limites qui s'imposent à la fois au commandant et au commandé (chapitre 1).

Par ailleurs, à l'instar des agents de la fonction publique civile, les militaires peuvent être mis en cause devant des juridictions judiciaires dans l'exercice du service. Ils peuvent également être exposés à toutes formes de périls ; voire souffrir de blessures ou pathologies imputables au service. Dans ces conditions, ils doivent pouvoir bénéficier des dispositions destinées à les protéger et, le cas échéant, leur garantir l'indemnisation de leur(s) préjudice(s). (chapitre 2).

Chapitre 1 - Des limites à une obligation d'obéissance excessive : la désobéissance

*« C'est une chose d'importance,
La discipline à la Légion,
L'amour du chef, l'obéissance,
Sont de plus pures traditions ⁹⁶³»*

L'obéissance est une obligation qui est, à la fois, exigée des militaires⁹⁶⁴ et des fonctionnaires⁹⁶⁵. Néanmoins, et bien qu'il s'agisse d'une des obligations primordiales, elle a pu être encadrée pour permettre au militaire de désobéir lorsqu'il était confronté à certains ordres. La désobéissance semble une notion antonymique avec l'état militaire puisque la discipline en est un des principes fondamentaux⁹⁶⁶.

⁹⁶³ Extrait de « *Nos képis blancs* », chant de la Légion étrangère.

⁹⁶⁴ Article L4122-1 du Code de la défense.

⁹⁶⁵ Article 28 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 dite *loi Le Pors*.

⁹⁶⁶ Partie I -Titre 1 -Chapitre 2 -Section 3 -§ 1 -Un droit de grève antonymique avec l'état militaire.

Néanmoins, de manière exceptionnelle, les militaires peuvent se voir reconnaître un droit de retrait et donc la possibilité de cesser le travail (Section 1). Bien plus, l'obligation leur est donnée de désobéir lorsque l'ordre intimé est illicite (Section 2).

Section 1 - Un droit de retrait exceptionnellement accordé

Le droit de retrait apparaît contraire à l'état militaire défini à l'article L4111-1 du Code de la défense puisqu'il contrevient tant à l'esprit de discipline qu'à l'esprit de sacrifice. Il a été toutefois reconnu dans un décret du 29 mars 2012 au titre de la santé et de la sécurité au travail au ministère de la Défense⁹⁶⁷. Néanmoins, l'exercice de ce droit n'est réservé qu'à une catégorie bien précise de militaires (§1) et dans des conditions bien déterminées (§2).

§ 1 - Un retrait pour une catégorie de militaires bien spécifique

Dès 1985, un décret⁹⁶⁸ prévoyait déjà qu'en matière d'hygiène, de sécurité du travail et de prévention au ministère de la Défense, le personnel militaire demeurait soumis aux dispositions statutaires qui lui étaient propres ainsi qu'aux prescriptions du règlement de discipline générale dans les armées. Toutefois, lorsque le même personnel exerçait, dans des conditions identiques, des activités de même nature que celles confiées au personnel civil, il était régi par la même réglementation, notamment s'agissant d'un droit d'alerte et de retrait. Le décret du 29 mars 2012⁹⁶⁹, remplaçant celui de 1985⁹⁷⁰, prévoit les mêmes dispositions sans réellement distinguer qu'il s'agisse d'un personnel civil ou bien d'un personnel militaire exerçant des activités de même nature.

Nous pouvons ainsi distinguer deux catégories de personnel militaire : d'une part, les militaires exerçant des activités qui, par leur nature, ne pourraient pas être exercées par des personnels

⁹⁶⁷ Décret n° 2012-422 du 29 mars 2012 *relatif à la santé et à la sécurité au travail au ministère de la Défense.*

⁹⁶⁸ Décret n°85-755 du 19 juillet 1985 *relatif à l'hygiène, à la sécurité du travail et à la prévention au ministère de la Défense.*

⁹⁶⁹ Décret n° 2012-422 du 29 mars 2012 : op. cit..

⁹⁷⁰ Décret n°85-755 du 19 juillet 1985 : op. cit..

civils et, d'autre part, ceux exerçant des activités de même nature que celles exercées par des personnels civils.

Typiquement, les militaires employés sur des missions opérationnelles ne seront pas concernés par les dispositions du décret, les conditions de travail dans lesquels ils évoluent n'auront pas nécessairement à observer la réglementation en matière d'hygiène, de sécurité et de prévention au travail⁹⁷¹. En revanche, les militaires employés sur des postes dits de soutien, par définition moins exposés, bénéficient des mêmes garanties que des personnels civils.

Par ailleurs, la formulation des dispositions a légèrement changé entre les décrets de 1985 et de 2012, notamment par la disparition de toute référence aux conditions d'exercice. En effet, le décret de 1985 prévoyait que le personnel militaire devait exercer une activité de même nature que celles confiées au personnel civil et « *dans les mêmes conditions d'exercice*⁹⁷² ». L'absence de référence aux conditions d'exercice étend le droit de retrait à la plupart des postes du soutien exercés hors opérations militaires⁹⁷³.

Nous devinons aisément les logiques d'un tel système : éviter d'aboutir à des situations cocasses dans lesquelles deux agents publics, placés sur un poste de même nature, n'auraient pas les mêmes prérogatives selon leur statut. En outre, la « civilianisation » des postes du soutien au sein du ministère de la Défense, initiée par le livre blanc de 2008, et « farouchement » défendue par certains élus politiques⁹⁷⁴, conduit progressivement à remettre en cause la nécessité d'un personnel militaire sur de nombreux postes et, *de facto*, à étendre la portée des dispositions du décret en matière d'hygiène et de sécurité à de nombreuses fonctions.

§ 2 - Un droit de retrait pouvant être exercé dans des conditions bien spécifiques

Le décret de 2012⁹⁷⁵ prévoit expressément qu'en matière de sécurité, d'hygiène et de précaution au travail, le personnel militaire, exerçant une activité de même nature que celle pouvant être confiée à un personnel civil, est régi par les dispositions du Code du travail. Ainsi désormais, le

⁹⁷¹ Pour autant, il appartient aux chefs, à tous les échelons à veiller à la sécurité de ses subordonnés : Partie I - Titre 1 - Chapitre 1 - Section 2 - § 1 - B - Un sacrifice n'exonérant pas le commandement de veiller à la sécurité des soldats.

⁹⁷² Décret n°85-755 du 19 juillet 1985 : op. cit..

⁹⁷³ Telles les opérations extérieures.

⁹⁷⁴ Cf. notamment la question de Monsieur le Robert HUE au Ministre de la Défense, question n°0410S, JO Sénat du 28 mars 2013, p.979.

⁹⁷⁵ Décret n° 2012-422 du 29 mars 2012 : op. cit..

personnel militaire qui serait confronté à une situation de travail dont il aurait un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ou même s'il constate toute défectuosité dans les systèmes de protection, doit en aviser immédiatement son chef d'organisme ou le représentant de ce dernier.

Ce n'est que sous ces conditions exceptionnelles, et après avoir accompli les diligences nécessaires, qu'il pourra se retirer de la situation dangereuse, sous réserve, bien entendu, que son retrait ne crée pas pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent.

La faculté accordée à un militaire de pouvoir se retirer en cas d'une situation dangereuse nous semble, néanmoins, très hypothétique. D'une part, comme nous le soulignons précédemment, les postes concernés sont principalement liés à des fonctions de soutien et la politique menée depuis le Livre blanc de 2008 est de « civilianiser » ce type de postes afin qu'à terme les militaires n'occupent plus que des postes directement en lien avec leur cœur de métier : l'opération. D'autre part, de nombreux postes de soutien sont exercés par des militaires mais dans des conditions où le danger est omniprésent. Ainsi, les postes de soutien sur des théâtres de conflit sont occupés par des militaires, lesquels sont astreints à un esprit de sacrifice, excluant toute possibilité de retrait dans les conditions énumérées précédemment.

Mais bien que le droit de retrait des militaires soit, pour le moins, hypothétique au vu de la population concernée et des conditions pour le mettre en œuvre, la désobéissance pourrait être plus certaine compte tenu du fait qu'elle soit exigée vis-à-vis d'un ordre illicite ; hypothèse bien moins anecdotique.

Section 2 - Une désobéissance exigée vis-à-vis d'un ordre illicite

Évoquer le droit, voire l'obligation, des militaires de désobéir aux ordres donnés peut étonner lorsque ces derniers étaient astreints jusqu'en 1972 à une obligation de soumission (§1). C'est lors de l'institution du statut général des militaires en 1972 que le législateur substitua l'obligation de soumission à une obligation d'obéissance, incluant exceptionnellement la désobéissance dans des hypothèses d'abus du commandement (§2).

§ 1 - La soumission traditionnellement exigée excluant toute insubordination

« Si vous m'ordonniez de mettre les soldats en pantoufles, demain ils seraient tous en pantoufles. Il ne faut pas même qu'un soldat puisse croire à la possibilité d'agir autrement qu'on lui a prescrit⁹⁷⁶ »

Si le régime juridique des militaires reposait antérieurement à 1972 sur la soumission de ces derniers au commandement, cet ascendant se justifiait à plusieurs égards (A) et ne tolérait guère d'exception (B).

A - Une soumission antérieurement justifiée

Bien que cela puisse paraître indigne de nos jours, la soumission des soldats auparavant était une nécessité eu égard aux conflits auxquels ils prenaient part (1). En outre, rappelons que le service militaire, auparavant obligatoire, n'avait pas pour seule vocation d'exiger des jeunes citoyens de participer à la défense de la Nation, mais également d'instruire ces derniers (2).

1 - Des conflits et des stratégies nécessitant une soumission

Les conflits armés ont radicalement changé de forme depuis le XXI^{ème} siècle. Bien que les missions restent sensiblement les mêmes, tels que la défense des frontières ou celle des intérêts de l'État, le *modus operandi* est désormais bien différent⁹⁷⁷. Auparavant, l'ennemi était connu et identifiable. C'étaient notamment les Italiens, les Prussiens ou les Russes durant les deux Empires ; les Allemands lors des deux Grandes Guerres mondiales ou encore les Soviétiques durant la guerre froide. Il s'agissait de guerres, au sens juridique du terme, c'est-à-dire, ayant fait l'objet d'une déclaration de guerre et dont les belligérants étaient clairement identifiés.

⁹⁷⁶ Citation du Maréchal DE CASTELLANE, retranscrite en préface de son Journal par sa fille, la Comtesse DE BEAULAINCOURT MARLES, in « *Journal du Maréchal DE CASTELLANE 1804-1862* », tome premier : librairie PLON, 1896.

⁹⁷⁷ Guerres asymétriques, non conventionnelles...

Ce type de conflit nécessitait une masse considérable de soldats puisque les stratégies reposaient notamment sur l'importance du nombre de combattants. Ces hommes enrôlés par choix ou par obligation étaient issus d'origines diverses, avec des connaissances et des compétences très inégales. Dès lors, pour parvenir à instruire l'ensemble des soldats et leur inculquer, *a minima*, les rudiments opérationnels en vue de les envoyer sur le champ de bataille, la soumission de ces derniers au commandement était de rigueur. De la même manière, la réussite des opérations était conditionnée à l'exécution stricte et rigoureuse des ordres donnés, aussi basiques soient-ils.

Michel FOUCAULT⁹⁷⁸ accorda une attention particulière à la discipline militaire et, en particulier, l'uniformisation des comportements qui visait à rendre chaque militaire interchangeable sur le champ de bataille. Aussi, la discipline « en caserne » était nécessaire pour assurer une discipline « sur les champs de bataille ».

La soumission était donc exigée dès l'enrôlement et tout au long de l'instruction pour être naturellement ordonnée en opération. Dès lors, la soumission était une nécessité opérationnelle.

« La politique comme technique de la paix et de l'ordre intérieurs a cherché à mettre en œuvre le dispositif de l'armée parfaite, de la masse disciplinée, de la troupe docile et utile, du régiment au camp et aux champs, à la manœuvre et à l'exercice⁹⁷⁹ »

2 - Une soumission nécessaire pour instruire le « patriotisme »

L'Armée a toujours été une institution adéquate pour « fabriquer » la citoyenneté. Le service militaire était, en effet, une étape cruciale afin d'instruire les citoyens sur les valeurs fondamentales de la Patrie. De la Grèce antique à l'époque contemporaine et moderne, l'instruction des soldats passe nécessairement par l'enseignement des valeurs de l'État. Mais, au-delà de la citoyenneté,

⁹⁷⁸ « *Surveiller et punir. Naissance de la prison* », Michel FOUCAULT, 1975, Collection Bibliothèque des Histoires, Gallimard.

⁹⁷⁹ « *Surveiller et punir. Naissance de la prison* », Michel FOUCAULT ; op. cit..

c'est bien un patriotisme qui était exigé des soldats et, par la généralisation du service militaire, de la plupart⁹⁸¹ des citoyens.

Cette véritable inculcation patriotique était, bien entendu, rendue bien plus aisée par l'embrigadement et la soumission des soldats au commandement.

Jusqu'à la moitié du XX^{ème} siècle, l'Armée a donc aussi bien assuré la défense de la Nation que l'instruction des soldats-citoyens à la guerre et au patriotisme⁹⁸².

Néanmoins, le rayonnement prééminent de l'Armée sur la société s'est progressivement « étiolé ». La population française a pu perdre sa confiance dans son Armée en découvrant notamment les atrocités perpétrées durant les guerres de décolonisation ou l'insubordination de certains gradés en Algérie face à la politique du Général DE GAULLE. Au-delà de l'antimilitarisme grandissant et de la crise militaire qui en résulta⁹⁸³, les évolutions juridiques de la société, notamment en matière de droits et libertés, aboutirent à une véritable rupture entre la « Société civile » et l'institution militaire.

B - Une insoumission lourdement sanctionnée

La soumission des soldats au commandement étant la clé de voûte de l'institution militaire, sa coercition passa nécessairement par des sanctions lourdes. Ces dernières étaient à la fois disciplinaires et pénales (1) ; ce qui pouvait aboutir à une situation quelque peu ambivalente compte tenu des autres infractions (2).

1 - Des sanctions à la fois disciplinaires et pénales

a - Sur le plan disciplinaire

Les règlements disciplinaires successifs prévoyaient une obligation de soumission des plus étendues. Aussi dans un rapport introductif au décret de l'Assemblée Nationale des 14 et 15

⁹⁸¹ Voir la quasi-totalité en période de conflits armés

⁹⁸² « *La Société militaire dans la France contemporaine, 1815-1939* », GIRARDET Raoul, Paris, Plon, 1953.

⁹⁸³ « *La crise militaire française 1945-1962. Aspects sociologiques et idéologiques* », GIRARDET Raoul, BOUJU Paul M., THOMAS Jean-Pierre H., Paris, A. Colin, 1964.

septembre 1790 sur la discipline militaire, Monsieur DE BOUTHILLIER, député du Cher et membre du comité militaire, précisa que « *la subordination militaire doit être établie de grade en grade* ». Il poursuivit en indiquant que « *pour contenir une multitude d'hommes armés, rassemblés, et faits pour obéir, il faut qu'ils puissent savoir ce que l'on est en droit de leur prescrire, et les châtiments auxquels ils peuvent être exposés s'ils refusent de s'y soumettre*⁹⁸⁴ ».

La désobéissance était donc considérée comme de l'insubordination, qui était « châtiée » par le décret précité quel que soit le grade du « délinquant ». L'article 3 du décret prévoyait, en effet, que « *tout subordonné, de quelque grade qu'il soit, et quelque fondé qu'il puisse se croire à se plaindre, sera tenu à se soumettre aussitôt à l'ordre qu'il recevra* ». Néanmoins, la sanction était différente selon le grade du délinquant puisque le décret prévoyait des châtiments différents pour les soldats de toutes armes, les caporaux ou brigadiers, les sous-officiers ainsi que pour les officiers.

La désobéissance ne pouvait être considérée comme légitime puisque, comme l'introduisit Monsieur DE BOUTHILLIER⁹⁸⁵, si la subordination « *doit-être passive pour ceux qui y sont soumis, il faut en même temps que l'exigence en soit réfléchie de la part de tous ceux qui sont dans le cadre de la prescrire, et que des Lois sages, en l'ordonnant, préviennent aussi les abus qu'on en pourroit faire* ». Il n'est donc pas question d'aménager un droit de désobéir au soldat, mais plutôt d'exiger des militaires des échelons supérieurs d'ordonner de manière réfléchie et licite. En d'autres termes, les ordres devaient s'inscrire dans un cadre légal.

Bien plus tard, le règlement du service dans l'Armée pris par décret du 1^{er} avril 1933 réitérait l'obligation d'obéissance passive des soldats et la proscription de tout ordre illégal donné par l'échelon supérieur. L'article 1^{er} dudit décret affirmait à cette fin que « *la discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants, que les ordres soient exécutés littéralement, sans hésitation ni murmure ; l'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise au subordonné que lorsqu'il a obéi*⁹⁸⁶ ».

⁹⁸⁴ Décret de l'Assemblée nationale des 14 & 15 septembre 1790 *sur la discipline militaire*. Précédé du rapport fait à l'Assemblée nationale au nom du Comité militaire par M. de Bouthillier. Assemblée nationale constituante (1789-1791), BNF, Gallica.

⁹⁸⁵ Rapport fait à l'Assemblée nationale au nom du Comité militaire par M. de Bouthillier, op. cit..

⁹⁸⁶ Décret du 1^{er} avril 1933 *portant règlement du service dans l'armée*, 1^{ère} partie, Discipline générale. Mis à jour à la date du 15 avril 1940 : BNF/Gallica.

Nous le verrons, dès 1966, eu égard aux profondes mutations de la société, notamment sur le plan juridique et opérationnel, les règlements disciplinaires substituèrent à la soumission, une obligation d'obéissance bien moins étendue mais responsabilisant *de facto* les subordonnés exécutant les ordres.

b - Sur le plan pénal

La désobéissance d'un subordonné n'était pas exclusivement sanctionnée par des mesures disciplinaires et, éventuellement, l'insubordination peut être, aujourd'hui encore, sanctionnée délictuellement. En effet, le Code de justice militaire prévoit une peine d'emprisonnement en cas de refus d'obéissance d'un subordonné. L'article 427 du Code de la justice militaire⁹⁸⁷ punit sévèrement le refus d'obéissance par une peine d'emprisonnement d'un à deux ans en temps de paix, jusqu'à cinq ans en temps de guerre⁹⁸⁸.

2 - Des sanctions pouvant toutefois aboutir à une situation juridique contradictoire

L'infraction d'insubordination précédemment étudiée peut paraître contradictoire lorsque l'ordre intimé consiste précisément à commettre une infraction. Le subordonné reste personnellement responsable pénalement des infractions qu'il commet, quand bien même il lui serait ordonné de les commettre. La doctrine et la jurisprudence ont longtemps débattu sur la question de savoir si l'exécution d'un ordre illicite se justifiait par la notion de commandement de l'autorité légitime ; excluant ainsi la responsabilité du subordonné, simple exécutant, au profit exclusif du donneur d'ordre, instigateur.

Dès 1810, l'article 327 ancien du Code pénal prévoyait déjà que l'acte commandé par l'autorité légitime n'engageait pas la responsabilité de la personne qui l'avait accompli dès lors que l'infraction commise était également commandée par la loi : « *il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime* ».

En 1996, le législateur prévoyait une formulation légèrement différente dans le nouveau Code pénal en dissociant l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime. L'article 122-4 du

⁹⁸⁷ Devenus l'article L323-6 du Code de la justice militaire depuis le décret n° 2007-759 du 10 mai 2007

⁹⁸⁸ Chapitre préliminaire -Section 3 -B -1 -a -iii -Les infractions contre la discipline.

Code pénal prévoit désormais que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

Le législateur conditionnait l'impunité pénale d'une infraction à la légalité de l'ordre donné par l'autorité légitime.

Toute la difficulté résidait dans l'ambiguïté d'un système pouvant conduire soit à reprocher l'insubordination d'un militaire ayant refusé d'exécuter un ordre illégal soit, *a contrario*, lui reprocher d'avoir commis une infraction en exécutant ledit ordre.

Il était toutefois admis que l'incrimination du refus d'obéissance prévue par le Code de justice militaire n'était pas recevable si l'ordre litigieux était illégal. D'ailleurs, le législateur de 1994 l'induit clairement puisque le Code pénal prévoit en son article 122-4 que l'exécution d'un ordre manifestement illégal exclut le bénéfice du fait justificatif résultant du commandement de l'autorité légitime.

Dès lors, le législateur abandonna la notion de soumission pour y substituer celle d'obéissance et y inclure, exceptionnellement, une obligation de désobéissance.

§ 2 - Une obéissance dorénavant exigée, incluant exceptionnellement une désobéissance

Si la physiologie des conflits armés ayant traditionnellement engagé l'Armée française nécessitait une soumission des troupes au commandement⁹⁸⁹, celle des conflits armés apparus courant du XX^{ème} siècle ne le justifiait plus (A). Ainsi, le législateur et le pouvoir réglementaire ont-ils substitué à l'obligation de soumission une obligation d'obéissance (B), limitée à l'illicéité de l'ordre donné (C).

⁹⁸⁹ Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 1 -A -1 -Des conflits et des stratégies nécessitant une soumission

A - Une soumission devenue inadaptée tant à l'évolution des conflits qu'à celle de la société

Nous l'envisagions précédemment, les guerres régulières, dites symétriques, ont progressivement disparu vers la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Elles opposaient des belligérants qui combattaient pour des objectifs de même ordre (territoire à prendre ou à défendre), avec des moyens semblables (armées structurées en système de forces et d'armes), en utilisant les mêmes modes d'action sur le terrain et en respectant, peu ou prou, les lois de la guerre. Dorénavant, les conflits sont devenus – pour la plupart - asymétriques, c'est-à-dire qu'ils opposent un ou plusieurs États à des groupes de combattants, lesquels utilisent des moyens peu conventionnels tels que le « terrorisme » ou la « guérilla » pour parvenir à leur fin⁹⁹⁰. En outre, l'une des conséquences de la mondialisation a été de ne plus circonscrire les conflits aux frontières d'un même État puisque les conflits armés peuvent se dérouler dorénavant n'importe où dans le monde⁹⁹¹. Certains parlent également de conflits dissymétriques en faisant référence à des conflits armés opposant plusieurs belligérants ayant des divergences quasi-totales entre les buts poursuivis, les moyens mis en œuvre, les voies suivies⁹⁹².

Confronté à des conflits pour lesquels l'ennemi n'est plus clairement identifié, qui n'attaque pas directement des combattants et vise - parfois exclusivement - des populations civiles, l'importance de l'effectif des soldats n'est plus déterminante. Les nouveaux théâtres d'opération ont surtout nécessité des soldats aguerris, équipés et armés par des technologies toujours plus sophistiquées.

Dans son allocution du 28 mai 1996, le Président de la République précisait que « *la conscription traditionnelle ne répond plus aux exigences d'une Armée moderne dans un grand pays moderne* ». Cette déclaration confirmait la décision de « professionnaliser l'Armée⁹⁹³ » qui aboutit à la suspension du service militaire obligatoire. Outre l'aspect financier qui, à ne point en douter, motiva également cette « suppression⁹⁹⁴ », « l'Armée de métier » avait pour ambition de pouvoir faire face aux conflits avec des soldats s'étant volontairement engagés, formés et entraînés exclusivement à

⁹⁹⁰ « *Les guerres asymétriques : Conflits d'hier et d'aujourd'hui, terrorisme et nouvelles menaces* », COURMONT Barthélémy et RIBNIKAR Darko F., 2009, Broché.

⁹⁹¹ Les exemples les plus emblématiques étant les attentats perpétrés par des groupes terroristes islamistes tels que « Al Qaïda » ou « Daech ».

⁹⁹² « *Vous avez dit "guerre dissymétrique" !* » Colonel DUFOUR Jean-Louis, l'Économiste, n°2693 du 16/01/2008.

⁹⁹³ Décision du Chef de l'État prise lors de son discours du 22 février 1996

⁹⁹⁴ La loi du 28 octobre 1997 précise que le service militaire est suspendu. Néanmoins, dans l'allocution du Président de la République précitée, ce dernier propose expressément la suppression du service national.

cette fin. La professionnalisation est ainsi apparue comme un gage d'efficacité. Elle a eu également pour conséquence de considérer que les militaires exécutaient leur mission dans le cadre de leur profession et, à l'instar d'autres professions de la fonction publique exécutant des missions éminemment régaliennes, ils devaient être soumis à des conditions d'exercice spécifiques. Néanmoins, cette spécificité ne pouvait plus aboutir à une véritable marginalisation de sorte qu'il convenait de poursuivre le « processus » d'alignement de la fonction publique militaire sur la fonction publique civile.

Aussi, la soumission des militaires, telle qu'elle était définie auparavant, n'était plus juridiquement soutenable, *a fortiori* lorsqu'il était exigé des autres agents publics une obligation d'obéissance.

B - L'abandon de la soumission au profit de l'obligation d'obéissance

Le décret du 1^{er} octobre 1966⁹⁹⁵, contrairement au règlement de 1933⁹⁹⁶, responsabilisa le subordonné. En effet, il abandonna toute référence à une obligation de soumission aux ordres en la substituant par une obligation d'obéissance. Le subordonné n'est alors plus considéré comme un simple exécutant, mais dispose d'une réelle marge de manœuvre pour pouvoir exécuter les ordres qui lui sont confiés.

Aussi, après avoir rappelé que l'obéissance est le premier devoir du subordonné, l'article 22 §1 du décret de 1966 exclut que ce dernier soit soumis à une obligation passive.

De même, tout en réaffirmant l'obligation d'obéissance, les règlements disciplinaires successifs élargirent la marge de manœuvre des subordonnés dans l'exécution des ordres. Le décret du 28 juillet 1975⁹⁹⁷ prévoyait au premier alinéa de son article 8 que « *le subordonné exécute loyalement les ordres qu'il reçoit. Il est responsable de leur exécution. En toutes occasions, il cherche à faire preuve d'initiative réfléchie et doit se pénétrer de l'esprit comme de la lettre des ordres*⁹⁹⁸ ». De

⁹⁹⁵ Décret n°66-749 du 1^{er} octobre 1966 *portant règlement de discipline générale dans les armées.*

⁹⁹⁶ Décret du 1^{er} avril 1933 *portant règlement du service dans l'armée*, 1^{ère} partie, Discipline générale. Mis à jour à la date du 15 avril 1940 : BNF/Gallica.

⁹⁹⁷ Décret n°75-675 du 28 juillet 1975 *portant règlement de discipline générale dans les armées.*

⁹⁹⁸ Devenu par la suite l'article 7 du décret n° 2005-796 du 15 juillet 2005 *relatif à la discipline générale militaire*, puis codifié à l'article D4122-3 du Code de la défense.

même l'article 9 du décret prévoyait que « *le militaire combattant met tout en œuvre pour atteindre l'objectif désigné ou tenir le poste qui lui est assigné* ⁹⁹⁹ ».

C - Une désobéissance à l'illégalité manifeste

L'exigence de désobéissance est apparue par étape, passant de l'obéissance passive des militaires à la faculté d'émettre une objection hiérarchique (1) jusqu'à la désobéissance (2).

1 - L'objection hiérarchique

Au lendemain des guerres de décolonisation, le décret de 1966¹⁰⁰⁰ mettait en place une procédure originale pour tenter de prévenir tout abus du commandement, sans pour autant porter atteinte à la discipline.

L'article 22 §1 du décret de 1966 affirmait, d'une part, que « *l'obéissance est le premier devoir du subordonné* » et, d'autre part, que ce devoir « *exclut l'obéissance passive* ». Aussi, l'article 21§3 énumérait une liste d'actes dont il était interdit au chef d'ordonner sous peine d'engager sa responsabilité pénale ainsi que celle de son subordonné. Il s'agissait, notamment, des actes contraires aux lois et aux coutumes de la guerre, les crimes et délits contre la sûreté de l'État ou les actes portant atteinte à la vie, à l'intégrité ou la liberté des personnes qui ne seraient pas justifiées par l'application de la loi.

Parallèlement, le subordonné confronté à de tels ordres devait se conformer à une procédure hiérarchique d'objection. Il devait ainsi « *faire part de ses objections à l'autorité qui l'a donné, en indiquant expressément la signification illégale qu'il attache à l'ordre litigieux*¹⁰⁰¹ ». Si l'ordre était maintenu et que les explications ne satisfaisaient pas au subordonné, ce dernier pouvait en référer à une autorité supérieure. En toute hypothèse, l'exécution de l'ordre litigieux n'était pas une obligation mais, un tel comportement ne l'exonérait pas des sanctions prononcées du fait de

⁹⁹⁹ Devenu par la suite l'article 8 du décret n° 2005-796 du 15 juillet 2005 *relatif à la discipline générale militaire*, puis codifié à l'article D4122-6 du Code de la défense.

¹⁰⁰⁰ Décret n°66-749 du 1er octobre 1966 *portant règlement de discipline générale dans les armées*.

¹⁰⁰¹ Décret n°66-749 du 1er octobre 1966, *ibidem*, article 22.

l'inexécution si cette dernière n'était finalement pas justifiée par le caractère illégal de l'ordre contesté.

2 - De l'objection hiérarchique à la désobéissance

Les règlements de discipline générale ultérieurs à 1966 instituent l'obligation de désobéir si l'illégalité de l'ordre est manifeste (a), faisant ainsi l'application de la théorie des baïonnettes intelligentes (b).

a - L'illégalité manifeste

Nous l'évoquions précédemment, le règlement de discipline générale de 1966¹⁰⁰² constitua un premier infléchissement à l'obéissance passive en introduisant la notion d'ordre illégal et en prévoyant expressément qu'à la fois le donneur d'ordre et l'exécutant pourraient en être tenus pour responsables.

La loi de 1972 portant statut général des militaires, ainsi que le décret du 28 juillet 1975¹⁰⁰³, confirment cet infléchissement en limitant l'obéissance à l'acte illégal, interdisant ainsi aux supérieurs hiérarchiques d'ordonner d'accomplir de tels actes mais surtout en intimant au subordonné de ne pas les exécuter.

L'article 15 de la loi de 1972 prévoyait qu'il ne pouvait être ordonné aux militaires, et ces derniers ne pouvaient accomplir, « *des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales ou qui constituent des crimes ou des délits notamment contre la sûreté et l'intégrité de l'État* ¹⁰⁰⁴ ». Le décret de 1975¹⁰⁰⁵, puis la loi de 2005¹⁰⁰⁶ vont nuancer la notion d'illégalité en la limitant à celle d'« *acte manifestement illégal* », ce qui n'est pas sans poser problème.

¹⁰⁰² Décret n°66-749 du 1er octobre 1966, op. cit..

¹⁰⁰³ Décret n°75-675 du 28 juillet 1975, portant règlement de discipline générale dans les armées.

¹⁰⁰⁴ Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires.

¹⁰⁰⁵ Décret n°75-675 du 28 juillet 1975, op. cit.

¹⁰⁰⁶ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005, portant statut général des militaires.

Ainsi, certains auteurs ont pu considérer qu'admettre l'irresponsabilité d'un militaire accomplissant un acte dont l'illégalité n'était pas manifeste, revenait à admettre de sa part « *une présomption de connaissance de la loi moins lourde que tout un chacun*¹⁰⁰⁷ ». En effet, alors que le citoyen ne peut prétendre méconnaître la loi pour s'affranchir de son application¹⁰⁰⁸, le militaire – et plus généralement l'agent public - bénéficierait d'une plus grande tolérance dans la connaissance de la loi.

Certes, certains actes n'amènent aucunement à s'interroger sur leur caractère illégal. C'est par exemple le cas des crimes contre l'humanité pour lesquels la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu affirmer que leur illégalité est toujours manifeste¹⁰⁰⁹. En outre, les actes de torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants sont également soumis à « l'obéissance raisonnée » des subordonnés puisque l'article 2§3 de la Convention de New York du 10 décembre 1984¹⁰¹⁰ prévoit que « *l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture* ».

Néanmoins l'illégalité de certains actes peut être moins évidente et toute la problématique du caractère manifestement illégal se posera. En principe, la notion d'acte manifestement illégal s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport à la perception du citoyen moyennement avisé. Cependant, elle s'apprécie également au regard des connaissances que possède ou qu'aurait dû posséder le subordonné eu égard à son grade et sa fonction. Ces critères d'évaluation de l'individu, mais surtout, les connaissances légales qui lui sont présumées acquises compte tenu de son grade et son rôle laissent à penser que le système de l'illégalité manifeste fait progressivement place à la théorie des baïonnettes intelligentes.

¹⁰⁰⁷ « *Ordre de la loi* », DANTI-JUAN Michel, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.

¹⁰⁰⁸ Hors l'hypothèse de l'erreur dans les conditions prévues à l'article 122-3 du Code pénal.

¹⁰⁰⁹ Cour de cassation, chambre criminelle., 29 janvier 1997, *Papon* : D.1997.147, note PRADEL.

¹⁰¹⁰ Signée et ratifiée par la France (Loi n°85-1173 du 12 nov. 1985, JO 13 nov. et décret. N° 87-916 du 9 nov. 1987, D. 1987. 441)

b - La théorie des baïonnettes intelligentes

D'une obéissance passive à une obéissance raisonnée, la responsabilité du militaire tenu d'exécuter les ordres s'est vue considérablement accentuée.

D'une part, tel que nous le relevions précédemment, certains actes engageront nécessairement sa responsabilité¹⁰¹¹ du fait de leur illégalité manifeste. D'autre part, du fait de la professionnalisation des armées ayant eu notamment pour objectif de disposer de soldats formés et compétents, il sera de moins en moins admis que ces derniers puissent méconnaître l'illégalité de l'acte ordonné.

Ainsi, il a été jugé qu'un colonel de gendarmerie n'a pas pu se méprendre sur la légalité de l'ordre donné par un préfet de procéder à la destruction de paillottes de manière clandestine, en utilisant un moyen dangereux, sans requérir la force publique pour assurer la sécurité des personnes et des biens. Et en laissant sur les lieux des tracts diffamatoires destinés à égarer les enquêteurs sur l'identité des auteurs des faits¹⁰¹². Il en a été de même s'agissant de la mise sur écoute téléphonique de manière illégale d'un journaliste et d'un avocat¹⁰¹³.

En ce sens, la condamnation pour assassinat de la cour d'assises de Paris du 7 décembre 2012 à l'encontre de trois militaires français engagés en 2005 en Côte d'Ivoire a fortement « ébranlé » l'institution militaire. En l'espèce, il s'agissait de l'assassinat de Firmin MAHÉ, un Ivoirien qui se serait livré avec « sa bande » à de nombreuses exactions¹⁰¹⁴ sur la population ivoirienne. Ce dernier avait été repéré par une patrouille du groupement tactique interarmes (GTIA) de l'opération LICORNE et appréhendé par cette dernière. Les soldats ouvrirent d'abord le feu, le blessant à la jambe. Puis, à bord d'un véhicule blindé, ils l'auraient étouffé, au moyen d'un sac, sur la route pour le conduire à l'hôpital. Le plus déstabilisant était que les militaires de cette patrouille avaient reçu un tel ordre par leur supérieur hiérarchique. Le colonel Éric BURGAUD reconnu, en effet,

¹⁰¹¹ Indépendamment de celle du commandement

¹⁰¹² Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2004, *Bernard B. et autres*, pourvoi n°03-81.763: Juris-data n°2004-025257.

¹⁰¹³ Cour de cassation, chambre criminelle, 30 septembre 2008, pourvoi n°07-82.249 ; « *La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des "écoutes de l'Élysée"* », MATSOPOULOU Haritini, D. 2008 p.2975.

¹⁰¹⁴ Le lieutenant-colonel Éric BURGAUD en décompte plus d'une vingtaine pour le seul mois d'avril 2005 : www.eric-burgaud.fr.

avoir ordonné un tel acte à l'adjudant-chef Guy RAUGEL et indiqua l'avoir lui-même compris de l'ordre émanant du Général Henri PONCET¹⁰¹⁵. L'affaire renvoyée devant la cour d'assises de Paris présenta des intérêts sous de nombreux aspects : tout d'abord, il s'agissait de la première affaire intéressant des agissements de militaires en opération extérieure jugée par une juridiction de droit commun¹⁰¹⁶. Ensuite, les actes litigieux avaient été commis à l'occasion d'une opération militaire extérieure, soit dans un cadre juridique spécifique, en particulier s'agissant de la responsabilité pénale des militaires ayant recours à la force¹⁰¹⁷. Enfin, et surtout, les actes litigieux avaient été accomplis sur ordre et toute la problématique juridique soumise à la juridiction répressive était de savoir si ces derniers étaient manifestement illégaux, *a fortiori* dans le contexte dans lequel ils s'inscrivaient.

La cour d'assises condamna trois des quatre militaires pour avoir assassiné Firmin MAHÉ¹⁰¹⁸ ou avoir facilité son assassinat¹⁰¹⁹. Les magistrats répressifs ont, en effet, considéré que « *rien ne pouvait justifier qu'un homme blessé et ligoté soit étouffé avec un sac poubelle, même au nom de la protection des populations civiles*¹⁰²⁰ ». En outre, « *l'ordre, manifestement illégal, ne saurait caractériser une contrainte irrésistible au sens de l'article 122-2 du code pénal (...), le respect de la hiérarchie militaire ne peut justifier qu'un militaire supprime un homme blessé et ligoté*¹⁰¹⁷ ».

Cette affaire a véritablement infligé un « électrochoc¹⁰²¹ » à l'institution militaire et, bien avant que l'affaire soit instruite au Tribunal des armées de Paris, le ministre de la Défense exigeait dans une instruction ministérielle du 4 novembre 2005 que, dans l'hypothèse où le subordonné refusait

¹⁰¹⁵ Lors de l'instruction au Tribunal des armées de Paris, le Général PONCET bénéficia d'un non-lieu.

¹⁰¹⁶ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -B -2 -a -Des tribunaux d'exception vers des juridictions de droit commun statuant en matière militaire.

¹⁰¹⁷ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 3 -A -2 -Un usage particulier en opérations extérieures.

¹⁰¹⁸ 5 années d'emprisonnement avec sursis pour le Lieutenant-colonel Éric BURGAUD ; 4 années d'emprisonnement avec sursis pour l'Adjudant-chef Guy RAUGEL

¹⁰¹⁹ 1 année d'emprisonnement avec sursis pour le Brigadier-chef Johannès SCHNIER

¹⁰²⁰ Propos rapportés dans « *Procès Mahé : un militaire acquitté, trois autres condamnés avec sursis* », GUIBERT Nathalie, 7 décembre 2012, Le Monde.

¹⁰²¹ Au point que l'ensemble des militaires présents sur les lieux et ceux qui en eurent connaissance furent sanctionnés disciplinairement : Question au Gouvernement n°2274, ministère de la Défense : JO Assemblée Nationale du 3 novembre 2005.

d'exécuter un ordre manifestement illégal, il devait faire savoir son refus directement et sans délai au ministre de la Défense via son cabinet, soit à son chef d'état-major ou l'autorité correspondante pour les formations rattachées, soit à l'inspecteur général de son armée ou de sa formation rattachée¹⁰²². Le principe de ce signalement en cas d'ordre manifestement illégal a certainement inspiré le législateur de 2016 pour sa loi relative à la déontologie¹⁰²³, laquelle prévoit des mesures de protection du militaire ayant alerté de faits contraires à l'éthique et à la déontologie¹⁰²⁴.

Cette mesure est destinée, vraisemblablement, à donner du poids au refus d'exécuter un ordre manifestement illégal puisque, traditionnellement, le rapport de force entre le donneur d'ordre et l'exécutant est clairement déséquilibré. Rappelons que le refus d'ordre peut être sanctionné disciplinairement et, éventuellement, pénalement. Néanmoins, comme le soulignait le Capitaine Jean-Hugues MATTELY dans un article dans le journal *Le Monde*, en pratique, le donneur d'ordre « présente le plus souvent son action comme dictée par des instances supérieures. L'ordre émane-t-il du chef direct, du colonel, du général, du pouvoir politique ? Dès lors, une dénonciation paraît périlleuse ». Donc, le chef hiérarchique « dispose d'indéniables moyens de pression pour pousser un subordonné à exécuter un ordre illégal¹⁰²⁵ ».

Mais, bien que l'on puisse admettre que le subordonné hésite longuement à dénoncer un ordre manifestement illégal aux hautes sphères du commandement, nous pensons également que la haute hiérarchie sera particulièrement vigilante à l'égard des dénonciations qui lui seront adressées, *a fortiori* par écrit. S'il s'avérait que l'acte litigieux était bien manifestement illégal, la passivité du commandement sera très certainement sévèrement sanctionnée aussi bien par la justice que par l'opinion publique si cela était porté à sa connaissance.

Conclusion du chapitre 1er

L'obligation d'obéissance est bien l'une des caractéristiques essentielles de l'état militaire. Ainsi, l'article L4111-1 du Code de la défense prévoit expressément que l'état militaire exige en toute

¹⁰²² Instruction N° 201710/DEF/SGA/DFP/FM/1 *d'application du décret relatif à la discipline générale militaire*, article 7.

¹⁰²³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*.

¹⁰²⁴ Partie I -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 2 -B -1 -a -Le dispositif d'alerte.

¹⁰²⁵ « *Un militaire pourra saisir le ministre de la Défense en cas d'ordre illégal* », ZECHINI Laurent, 2 février 2006, *Le Monde*.

circonstance un esprit de discipline. Néanmoins, à la différence des règlements de discipline antérieurs, le statut général actuel aménage quelques exceptions au principe. Ces exceptions tiennent, d'une part, à la sécurité des militaires placés sur des postes qui n'appellent pas, par leur nature, au sacrifice et, d'autre part, à la licéité des actes ordonnés dont pourraient être tenus pour responsables à la fois le commandement l'ayant exigé que le subordonné l'ayant accompli.

L'infléchissement de l'obligation d'obéissance atteste, une nouvelle fois, la volonté affirmée depuis 1972 d'aligner le statut général des militaires sur celui des fonctionnaires civils. L'obligation d'obéissance est également exigée à l'article 28 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les exceptions qui y sont formulées sont analogues à celles prévues à l'article 8 de la loi n°2005-270 du 24 mars 2005¹⁰²⁶.

Mais outre la désobéissance, le militaire peut également contester des décisions lui faisant grief.

Chapitre 2 - Une contestation possible des décisions du commandement

À la différence des ordres que nous étudions précédemment les décisions n'auront pas directement vocation opérationnelle mais auront des incidences professionnelles directes. Ces décisions relèvent du domaine disciplinaire (§1) et des domaines statutaires et indemnitaires (§2).

Section 1 - Décisions relevant du domaine disciplinaire

Le législateur de 2005 a instauré un système disciplinaire fortement inspiré de la fonction publique civile, voire aligné sur cette dernière.

Ce rapprochement des systèmes disciplinaires s'est principalement articulé autour de deux objectifs : d'une part, préserver les droits du militaire sanctionné tout au long de la procédure disciplinaire (§1) ; d'autre part, lui permettre de pouvoir contester la sanction prononcée à son encontre (§2).

Nous n'aborderons pas toutefois les sanctions professionnelles pour lesquelles les militaires sanctionnés bénéficient également de garanties statutairement prévues.

¹⁰²⁶ Codifié à l'article 4122-1 du Code de la défense.

§ 1 - Des mesures disciplinaires préservant les droits du militaire

Les droits du militaire à l'encontre duquel une sanction disciplinaire est envisagée sont préservés, tout d'abord, en encadrant progressivement l'arbitraire du commandement dans le processus disciplinaire (A), ensuite en assurant un « régime » disciplinaire simple et sans discrimination (B), enfin en prévoyant un certain nombre de garanties au militaire concerné (C) ; d'autant plus que certaines sanctions peuvent être privatives de liberté (D). *A contrario*, certaines mesures peuvent avoir des effets analogues à une sanction disciplinaire sans pour autant être considérées comme telle (E).

L'idée maîtresse de la procédure disciplinaire est ainsi de garantir au militaire mis en cause qu'il sera sanctionné (ou non) de manière juste et équitable. Bien qu'un tel objectif se retrouve également dans les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de libertés fondamentales¹⁰²⁷, en particulier l'article 6-1 relatif au droit à un procès équitable, précisons que les procédures disciplinaires professionnelles n'entrent pas dans la « sphère » régie par ces dispositions européennes. Ainsi, dans sa jurisprudence « *Albert et Le Compte c. Belgique* », la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que, « *sous réserve de contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil et du bien-fondé de toute accusation en matière pénale, les procédures disciplinaires professionnelles échappent à l'application de l'article 6-1 de la CESDH*¹⁰²⁸ ».

A - Un arbitraire du commandement progressivement encadré

Tel que nous l'évoquions dans la section précédente, la discipline militaire reposait principalement sur la soumission des subordonnés au commandement. Monsieur DE BOUTHILLIER, Député du département du Cher, déclarait en introduction de son rapport sur la discipline militaire que « *pour pouvoir contenir une multitude d'hommes armés, rassemblés, & faits pour obéir, il faut qu'ils puissent savoir ce qu'on est en droit de leur prescrire, & les châtiments auxquels ils peuvent être*

¹⁰²⁷ Ci-après CESDH.

¹⁰²⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, [plénière], 4 décembre 1979, *Affaire Albert et Le Compte contre Belgique* ; Requête no 7299/75; 7496/76

*exposés s'ils refusent de s'y soumettre*¹⁰²⁹ ». Néanmoins, et tel que le soulignait Monsieur DE BOUTHILLIER : « *la Loi et non la fantaisie arbitraire des commandants, doit prononcer [les châtiments]* ». Ainsi, sous le fondement de la légalité des peines affirmée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹⁰³⁰, les punition ou sanction disciplinaires ne doivent pas être le fruit des fantaisies du commandement mais doivent procéder de la Loi¹⁰³¹. Les règlements de disciplines successifs, *a fortiori* ceux procédant des lois de 1972 et de 2005, encadrèrent progressivement l'arbitraire du commandement, principalement en listant les seules sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées, en définissant une procédure plus ou moins contraignante suivant la gravité de la sanction envisagée et, surtout, en assurant des droits de défense au militaire.

B - Un régime disciplinaire simplifié et égalitaire

La principale critique adressée au régime disciplinaire instauré par le législateur de 1972 était sa complexité. En effet, lors du projet de révision de la loi de 1972, Renaud DENOIX DE SAINT MARC relevait que le statut de 1972 était en particulier marqué par la profusion des catégories de sanctions applicables et jugea le régime disciplinaire « *très complexe et un peu suranné*¹⁰³² ».

1 - La gravité de la sanction déterminée par l'autorité militaire

Les règlements de discipline générale antérieurs à la loi de 1972 définissaient les sanctions disciplinaires conformément aux fautes commises. Ainsi, le règlement de discipline générale institué par un décret de 1966¹⁰³³ prévoyait que l'avertissement avait pour vocation de sanctionner *une faute sans gravité*¹⁰³⁴ alors que la réprimande sanctionnait *une faute assez grave ou des fautes répétées de gravité moindre commise par des officiers ou des sous-officiers*. De même, les fautes

¹⁰²⁹ Décret de l'Assemblée nationale des 14 & 15 septembre 1790 *sur la discipline militaire*. Précédé du rapport fait à l'Assemblée nationale au nom du Comité militaire par M. de Bouthillier. Assemblée nationale constituante (1789-1791), BNF, Gallica.

¹⁰³⁰ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789.

¹⁰³¹ Au sens large du terme.

¹⁰³² Audition de M. Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Commission de la Défense nationale et des Forces armées de l'Assemblée nationale, séance du mercredi 11 février 2000, compte rendu n° 20.

¹⁰³³ Décret n°66-749 du 1^{er} octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées.

¹⁰³⁴ Article 75 du décret de 1966, *ibidem*.

étaient classées en sept catégories « *groupant les actes ou les manquements de même nature ou résultant d'un même état d'esprit* ». Ces catégories concernaient les fautes « *tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires*¹⁰³⁵ », « *contre l'honneur, le devoir ou la probité* », « *contre la discipline militaire* », de « *manquements aux consignes* », « *professionnelles* », « *concernant la tenue et la conduite* » et « *contre la morale* ».

L'autorité militaire était ainsi dirigée sur la gravité de la sanction à prononcer suivant l'importance de la faute commise.

Ces précisions sur l'importance de la faute ne sont pas reprises par le système disciplinaire institué par le législateur de 2005¹⁰³⁶ et précisé par le pouvoir réglementaire¹⁰³⁷. Les sanctions sont définies indifféremment des fautes commises de sorte qu'une faute grave peut être sanctionnée par l'autorité militaire compétente d'une sanction bénigne¹⁰³⁸. Néanmoins, afin d'aider l'autorité investie du pouvoir disciplinaire à déterminer les sanctions les mieux adaptées, un guide présentant une liste indicative des fautes ou manquements pouvant faire l'objet d'une sanction disciplinaire a été réalisé¹⁰³⁹. Cette liste inventorie des fautes et des manquements organisés en 25 rubriques et susceptibles de faire l'objet d'une sanction. On y retrouve notamment l'acte auto-agressif, ayant pour objectif l'inaptitude ; l'absence ; le complot, l'incitation au désordre, la passivité ; l'insubordination ; l'atteinte à la dignité militaire ou au renom de l'armée ; le refus d'obéissance ; l'infraction aux règles de protection du secret...

Et même si cette liste n'est qu'indicative et ne dispense pas l'autorité militaire de motiver sa sanction, l'éclairage qu'elle apporte s'avère fort utile au commandement, *a fortiori* dans un domaine aussi sensible et sujet à contentieux qu'est la sanction disciplinaire.

¹⁰³⁵ Insoumissions, absences irrégulières, mutilations volontaires...

¹⁰³⁶ Codifié aux articles L4137-1 et suivants du Code de la défense.

¹⁰³⁷ Codifié aux articles R4137-1 à R4137-113 du Code de la défense.

¹⁰³⁸ L'inverse est moins vrai puisque, tel que nous le verrons par la suite, la jurisprudence sanctionne les sanctions disproportionnées eu égard à la faute commise.

¹⁰³⁹ En annexe à l'instruction n°230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 du 12 juin 2014, « *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires* ».

2 - Une homogénéisation des sanctions disciplinaires

Entre les punitions disciplinaires, les sanctions professionnelles et les sanctions statutaires, lesquelles pouvaient toutes se cumuler entre-elles y compris avec les éventuelles sanctions pénales, une simplification était souhaitable. Le législateur de 2005 opéra une véritable homogénéisation du régime disciplinaire, principalement en faisant « fusionner les punitions disciplinaires et les sanctions statutaires au sein d'une échelle unique de sanctions disciplinaires réparties en 3 groupes ¹⁰⁴⁰ ». En outre, « la profusion des sanctions » avait pour conséquence un cumul de sanctions discutable eu égard au principe *non bis in idem* ; en particulier s'agissant du cumul entre punition disciplinaire et sanction statutaire. Et bien que le juge administratif ait accepté cette situation sans état d'âme durant des décennies, la Cour de justice des Communautés européennes a pu affirmer que la règle *non bis in idem* proscrivait notamment d'infliger deux sanctions disciplinaires pour une même faute¹⁰⁴¹. L'homogénéisation du régime disciplinaire avait ainsi pour objectif de clarifier un système éminemment complexe mais également de se conformer à la législation communautaire.

Le législateur de 2005 a, tout de même, maintenu le principe du cumul des sanctions n'ayant pas la même nature : sanction disciplinaire et sanction professionnelle. L'article L4137-1 du Code de la défense affirme en effet que « pour un même fait, une sanction disciplinaire et une sanction professionnelle peuvent être prononcées cumulativement ». Pour autant, une sanction professionnelle ne saurait réprimer des faits relevant exclusivement du disciplinaire. Pour illustration, une instruction ministérielle relative au saut en parachute des personnels militaires ne peut prévoir, au titre de sanction disciplinaire, le retrait du brevet de parachutisme et de la licence de saut systématiquement en cas de refus de saut. Le Conseil d'État précise, en effet, que des telles mesures constituent des sanctions professionnelles et qu'elles ne peuvent ainsi pas être prononcées par le Ministre de la Défense au titre de punitions disciplinaires¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ Audition de M. Renaud DENOIX DE SAINT MARC, op. cit.

¹⁰⁴¹ Cour de justice des communautés européennes, 5 mai 1966, *Max Gutmann contre Commission de la CEEA* : n° C-18/65 ; Recueil de jurisprudence, p.00149.

¹⁰⁴² Conseil d'État, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 6 décembre 1993, *Bavoil* : req. n°117940 ; inédit au recueil Lebon. Cité dans RFDA 2005 p.778, op. cit. : « À noter qu'à la suite de ce dénouement, le requérant a créé

Par ailleurs, bien que l'article L4137-2 du Code de la défense proscrivent désormais que les sanctions disciplinaires puissent se cumuler entre-elles¹⁰⁴³, il envisage toutefois la possibilité de prononcer des arrêts à l'encontre d'un militaire « *dans l'attente du prononcé de l'une des sanctions des deuxième et troisième groupes qu'il est envisagé d'infliger* » ; en d'autres termes, à titre conservatoire.

Le système disciplinaire élaboré par le législateur de 2005 repose sur trois catégories de sanctions. Les plus bénignes constituent la première catégorie et correspondent, peu ou prou, aux anciennes punitions disciplinaires. Ces dernières étaient, auparavant, de la compétence du pouvoir réglementaire. La deuxième catégorie est principalement composée des sanctions ayant une incidence pécuniaire, tels l'abaissement d'échelon ou l'exclusion temporaire des fonctions. Il peut également s'agir de sanctions ayant une incidence dans l'avancement telle la radiation du tableau d'avancement. Enfin, les sanctions de la troisième catégorie, les plus graves, affectent la carrière. Il peut s'agir, *a minima*, du retrait d'emploi, lequel, bien qu'il ne puisse durer plus d'un an, est très préjudiciable puisque le temps passé dans la position de non-activité ne compte ni pour l'avancement, ni pour l'ouverture et la liquidation des droits à pension de retraite¹⁰⁴⁴. Il peut également s'agir, *a maxima*, de la radiation des cadres et la résiliation du contrat, mettant un terme définitif à la profession du militaire.

3 - Une sanction disciplinaire déterminée indépendamment du grade

Les règlements de discipline générale antérieurs à la loi de 1972 distinguaient selon le grade du militaire pour déterminer la sanction. Ainsi, le décret des 14 et 15 septembre 1790¹⁰⁴⁵ distinguait les punitions pour « les Soldats de toutes les armes », pour « les Caporaux ou Brigadiers, ainsi que pour les Sous-Officiers » et, enfin, pour « les Officiers ».

L'Association de défense des droits des militaires, qui a tenté - sans grand succès - de se positionner en interlocuteur des pouvoirs publics lors de la préparation de la réforme de 2005. L'Association de défense des droits des militaires dispose d'un site internet proposant de nombreuses ressources documentaires : <http://www.adefdromil.com/> ».

¹⁰⁴³ Conformément au principe *non bis in idem*.

¹⁰⁴⁴ Article L4138-15 du Code de la défense

¹⁰⁴⁵ Décret de l'Assemblée Nationale des 14 & 15 septembre 1790 *sur la discipline militaire* : BNF/Gallica.

À titre d'exemple, l'ultime sanction prévue pour les soldats était « *le cachot pendant quatre jours au pain et à l'eau ; le piquet pendant trois jours, & une heure chaque jour ; mais sans charge de fusil, mousqueton, cuirasse ou manteaux ...* ». Pour les caporaux ou brigadiers ainsi que les sous-officiers, il s'agissait du « *cachot, au pain et à l'eau pendant trois jours* ». Enfin, pour les officiers, il s'agissait de « *la prison militaire pendant quinze jours* ».

Le règlement de discipline générale de 1966¹⁰⁴⁶ reprenait, quant à lui, une telle « discrimination » en distinguant l'autorité disciplinaire compétente selon la gravité de la sanction envisagée et le grade du militaire. Ainsi, pour les hommes du rang et les sous-officiers, les arrêts pouvaient être prononcés par le chef de corps jusqu'à 30 jours et par l'officier général au-delà. Pour les officiers, le chef de corps n'avait aucune compétence de prononcer ce type de punition. L'officier général dans son commandement, pouvait néanmoins prononcer des arrêts jusqu'à 30 jours et, au-delà, une telle punition devait être décidée par le ministre.

La distinction selon le grade se retrouve également dans le règlement de discipline générale institué par le décret de 1975¹⁰⁴⁷ puisque, d'une part, l'article 31 relatif aux punitions disciplinaires distingue celles pouvant être prononcées aux officiers et sous-officiers de celles pouvant être prononcées aux hommes du rang. D'autre part, l'article 34 du décret distingue l'autorité disciplinaire compétente selon la gravité de la sanction prononcée et le grade du militaire, de la même manière que la distinguait le règlement de 1966.

Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC¹⁰⁴⁸ proposa en 2003 de simplifier et adapter le régime disciplinaire, notamment en prévoyant des sanctions disciplinaires communes à l'ensemble des militaires sans distinction relative au grade.

Tel que nous l'évoquions dans le paragraphe précédent, le législateur de 2005 fusionna les punitions disciplinaires et les sanctions statutaires, élaborant un système disciplinaire reposant sur trois catégories de sanctions disciplinaires ; lesquelles peuvent être prononcées à l'encontre de

¹⁰⁴⁶ Décret n°66-749 du 1^{er} octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées.

¹⁰⁴⁷ Décret n°75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de discipline générale dans les armées.

¹⁰⁴⁸ Rapport de la commission de révision du statut général des militaires, DENOIX DE SAINT MARC Renaud, 29 octobre 2003.

tout militaire, quel que soit son grade. Le rapport de la commission de révision préconisait de maintenir la sanction de la consigne aux seuls militaires du rang, mais cette recommandation n'a pas été suivie par le législateur. Par ailleurs, outre quelques exceptions¹⁰⁴⁹, la compétence de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire est définie par la gravité de la sanction envisagée et non par le grade du militaire.

Enfin, outre le grade, le règlement de discipline générale militaire de 1966¹⁰⁵⁰ instituait une distinction supplémentaire : le « genre » du militaire. L'article 89 du décret prévoyait, en effet, un régime différencié pour le personnel militaire féminin. Ainsi, ce dernier ne pouvait être sanctionné d'une punition d'arrêts de rigueur. Les règlements de discipline générale ultérieurs à la loi de 1972¹⁰⁵¹ ne reprirent pas une telle distinction basée sur le genre, sanctionnant - *de facto* - les militaires de manière uniforme.

« Je ne veux pas savoir s'il y a des femmes dans la division, pour moi, il n'y a que des soldats¹⁰⁵² »

C - Des garanties reconnues au militaire « en instance de sanction »

Le législateur et le pouvoir réglementaire ont progressivement reconnu des garanties au militaire à l'encontre duquel une sanction disciplinaire est envisagée.

Tout d'abord, en prévoyant un formalisme de la procédure disciplinaire se complexifiant suivant la gravité de la sanction envisagée (1). Ensuite, en accordant des droits au militaire en cause pour former sa défense (2) et en exigeant de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire qu'elle motive la sanction en démontrant que les faits reprochés constituent une faute (3). Enfin, en aménageant un véritable droit à l'oubli en faveur du militaire sanctionné (4).

¹⁰⁴⁹ Par exemple la radiation des cadres ou le retrait d'emploi d'un officier est prononcé par décret du Président de la République, conformément à l'article R4137-41 du Code de la défense.

¹⁰⁵⁰ Décret n°66-749 du 1^{er} octobre 1966 *portant règlement de discipline générale dans les armées*.

¹⁰⁵¹ Décret n°75-675 du 28 juillet 1975 et décret n° 2005-796 du 15 juillet 2005, op. cit..

¹⁰⁵² Formule prêtée au Général de LATTRE de TASSIGNY, certainement à l'origine de l'adage selon lequel « *le militaire n'a pas de sexe* ».

1 - Une procédure contraignante en fonction de la sanction envisagée

À l'instar des systèmes disciplinaires antérieurs, le législateur de 2005 instaura une procédure plus ou moins contraignante en fonction de la catégorie des sanctions envisagées.

Pour les sanctions du premier groupe, les plus bénignes, l'autorité militaire de premier niveau pourra prononcer la sanction disciplinaire de manière discrétionnaire.

La procédure disciplinaire devient bien plus contraignante pour les sanctions des 2^{ème} et 3^{ème} catégories. L'article L4137-3 du Code de la défense prévoit, en effet, que doivent être nécessairement consultés un conseil de discipline pour les sanctions du deuxième groupe et un conseil d'enquête pour les sanctions du troisième groupe. Par ailleurs, les sanctions de la troisième catégorie envisagées pour les officiers généraux doivent nécessairement faire l'objet d'un avis du conseil supérieur d'armée ou de formation rattachée.

Qu'il s'agisse du conseil de discipline, d'enquête ou supérieur d'armée, le conseil¹⁰⁵³ siégeant disciplinairement, a pour finalité de rendre un avis sur la sanction disciplinaire la plus adaptée aux faits reprochés au militaire en instance de sanction (le comparant) et le soumettre, *in fine*, à l'autorité ayant le pouvoir de décision. Bien qu'il ne rende qu'un avis, la procédure s'organise autour de grands principes qui légitiment d'autant l'avis rendu : la représentativité (a), l'impartialité (b) et la collégialité du conseil (c) ; en outre, la procédure est tenue confidentielle vis-à-vis des tiers (d).

a - La représentativité des membres du conseil :

Tout d'abord, le conseil est exclusivement composé de militaires de carrière en position d'activité, de la même armée ou formation rattachée que le comparant. Ensuite, parmi les membres du conseil, au moins un militaire doit appartenir à la même catégorie que le comparant et, si possible, qu'il soit plus ancien dans le grade ; l'ancienneté faisant souvent gage de sagesse. En outre, au-delà du grade, il est également tenu compte du statut du comparant puisque si ce dernier sert en vertu du contrat, « *le conseil devra être également composé au moins d'un militaire servant également sous contrat*¹⁰⁵⁴ ». Cette dernière formulation peut sembler contradictoire avec l'obligation pour l'ensemble des membres du conseil d'être militaire de carrière. Néanmoins, il nous semble qu'en réalité l'expression « de carrière » ne doit pas s'entendre comme en opposition avec

¹⁰⁵³ Nous entendons par « le conseil » n'importe lequel des trois.

¹⁰⁵⁴ Article R4137-50 du Code de la défense pour le conseil de discipline et R4137-69 du même Code pour le conseil d'enquête.

le statut de « servant au titre d'un contrat » mais plutôt avec celui de « servant au titre de la réserve ». Et pour cause, le contrat d'engagement à servir dans la réserve opérationnelle est conclu, par principe, pour trente jours dans l'année ; de manière exceptionnelle, il peut être prolongé pour une plus longue période. La représentativité des membres du conseil est bien plus pertinente lorsque ces derniers exercent leur fonction à titre principal. Dès lors, les militaires servant au titre d'un contrat¹⁰⁵⁵ pourraient également être désignés au sein du conseil.

b - Une impartialité

Les membres du conseil doivent être exempts de tout lien avec le comparant qui pourrait altérer leur avis. Aussi, le Code de la défense¹⁰⁵⁶ prévoit une incompatibilité avec la fonction de membre du conseil pour les parents ou alliés, les auteurs d'une plainte ou d'un compte-rendu sur les faits en cause, les militaires qui ont émis un avis au cours de l'instruction, le président de catégorie ou, pour la gendarmerie nationale, le président du personnel militaire du comparant, les militaires ayant fait partie d'un conseil de discipline ou d'enquête appelé à connaître de la même affaire.

Les militaires répondant aux conditions de grade et de compatibilité sont ensuite assignés sur une liste à partir de laquelle les membres du conseil¹⁰⁵⁷ sont tirés au sort¹⁰⁵⁸. L'aléa constitue ainsi une garantie supplémentaire de l'impartialité des membres.

S'agissant du conseil d'enquête et du conseil supérieur d'armée, l'impartialité est également assurée par la faculté pour le comparant de pouvoir récuser certains des membres. Il dispose, en effet, d'un délai pour récuser trois au plus des militaires figurant sur la liste¹⁰⁵⁹.

c - Collégialité du conseil

Le conseil est une « instance » collégiale et, en ce sens, l'ensemble des membres qui la composent participe à rendre l'avis qui sera ensuite adressé à l'autorité disciplinaire.

¹⁰⁵⁵ Y compris les officiers sous contrat.

¹⁰⁵⁶ Article R4137-52 du Code de la défense pour le conseil de discipline ; article R4135-51 du même Code pour le conseil d'enquête. Mais ces incompatibilités ne sont pas reprises s'agissant du Conseil supérieur d'armée ou de formation rattachée siégeant disciplinairement.

¹⁰⁵⁷ Et leurs suppléants pour le conseil d'enquête.

¹⁰⁵⁸ Trois membres pour le conseil de discipline : article 4137-54 du Code de la défense. Cinq membres pour le conseil d'enquête : article 4137-74 du Code de la défense.

¹⁰⁵⁹ Pour le conseil d'enquête : article R4137-76 ; pour le conseil supérieur des armées : article R4137-100 du Code de la défense.

Ainsi, après avoir pris connaissance de l'ensemble des observations écrites produites devant le conseil et les déclarations orales du comparant et toute autre personne intéressée, l'affaire est mise en délibéré. Durant cette délibération, les membres du conseil émettent un avis sur les suites qui leur paraissent devoir être réservées à la procédure disciplinaire engagée.

Suite, à ses délibérations, il est soumis au vote des membres du conseil la proposition de la sanction la plus sévère parmi celles qui ont été exprimées lors du délibéré. Si cette proposition ne recueille pas l'accord de la majorité des membres, il est mis aux voix les autres sanctions figurant dans l'échelle des sanctions disciplinaires en commençant par la plus sévère, jusqu'à ce que l'une d'elles recueille un tel accord. La proposition doit nécessairement avoir recueilli la majorité des voix pour être retenue¹⁰⁶⁰. Les membres ne peuvent pas s'abstenir de se prononcer sur une proposition¹⁰⁶¹. Si aucune proposition ne recueille l'accord de la majorité des membres, il sera considéré que le conseil, bien qu'ayant été consulté, ne s'est prononcé en faveur d'aucune sanction.

d - Secret de la procédure

A tout niveau de la procédure, la confidentialité est garantie. D'une part, il est primordial que les membres puissent délibérer et convenir d'une sanction disciplinaire sans « pressions » extérieures ; d'autre part, à l'occasion de leur fonction, ces derniers sont amenés à prendre connaissance d'informations souvent couverte par le secret¹⁰⁶².

Ainsi, la confidentialité se retrouve lors des délibérations puisque ces dernières se déroulent à huis clos, sans le comparant, son défenseur ou un représentant¹⁰⁶³. Elle se retrouve également lors du

¹⁰⁶⁰ Pour le conseil de discipline : article R4137-60 ; pour le conseil d'enquête : article R4137-42 ; pour le conseil supérieur des armées : article R4137-106 du Code de la défense.

Par ailleurs, s'agissant du conseil supérieur des armées, en cas d'égalité des votes, celui du président du conseil est considéré comme prépondérant.

¹⁰⁶¹ Pour le conseil de discipline : article R4137-61 ; pour le conseil d'enquête : article R4137-83 ; pour le conseil supérieur des armées : article R4137-107 du Code de la défense.

¹⁰⁶² Informations relatives à la vie privée du requérant, de son parcours professionnel ou même à sa santé. Partie II -Titre 1 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 2 -La protection des intérêts des agents et administrés : le secret professionnel.

¹⁰⁶³ Pour le conseil de discipline : article R4137-60 ; le conseil d'enquête : article R4137-87 ; le conseil supérieur des armées : article R4137-108 du Code de la défense.

vote des propositions puisque le vote se déroule à bulletin secret¹⁰⁶⁴. Elle se trouve enfin après la dissolution du conseil puisque les membres sont tout de même tenus au secret des délibérations¹⁰⁶⁵.

2 - Droits de défense

L'article L4137-1 du Code de la défense prévoit que « *le militaire à l'encontre duquel une procédure de sanction est engagée a droit à la communication de son dossier individuel, à l'information par son administration de ce droit, à la préparation et à la présentation de sa défense* ». Ces droits de défense comprennent ainsi pour le militaire intéressé les droits d'être informé (a), de pouvoir s'expliquer (b) et d'être conseiller et/ou assisté (c).

a - Droit d'être informé

L'intéressé doit être tenu informé des aspects essentiels intéressant son éventuelle sanction.

Tout d'abord, avant même qu'une sanction disciplinaire lui soit infligée, le militaire doit être obligatoirement reçu par l'autorité militaire de premier niveau dont il relève. Il est alors porté à sa connaissance l'ensemble des pièces et documents au vu desquels il est envisagé de le sanctionner¹⁰⁶⁶.

Ensuite, durant la procédure disciplinaire devant le conseil¹⁰⁶⁷, le comparant reçoit communication de l'ensemble des documents personnels et confidentiels ainsi que des pièces et documents au vu desquels il est envisagé de le sanctionner. Il est également informé de la procédure devant le conseil et du fonctionnement de ce dernier¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁴ Pour le conseil de discipline : article R4137-61 ; le conseil d'enquête : article R4137-83 ; le conseil supérieur des armées : article R4137-107 du Code de la défense.

¹⁰⁶⁵ Pour le conseil de discipline : article R4137-62 ; le conseil d'enquête : article R4137-81 ; le conseil supérieur des armées : article R4137-108 du Code de la défense.

¹⁰⁶⁶ Article R4137-15 du Code de la défense.

¹⁰⁶⁷ Qu'il s'agisse du conseil de discipline : articles R4137-57 et 64 ; du conseil d'enquête : articles R4137-4137-78 et 81 ; ou du conseil supérieur des armées : article R4137-102, 103 et 105 du Code de la défense.

¹⁰⁶⁸ Cette disposition n'est prévue que pour les conseils d'enquête (article R4137-78) et supérieur des armées (article 4137-105), mais par expérience, nous pouvons attester qu'il en va généralement ainsi devant le conseil de discipline.

Une fois que les membres du conseil ont délibéré et procédé au vote, l'avis est adressé à l'autorité militaire. Cette dernière, lorsqu'elle notifie sa décision au militaire intéressé, doit nécessairement l'informer en joignant également l'avis du conseil¹⁰⁶⁹.

Enfin, l'article R4137-134 du Code de la défense prévoit que la notification de la décision portant sanction disciplinaire doit obligatoirement 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* ».

b - Droit de s'expliquer

L'article L4137-1 du Code de la défense prévoit pour le militaire à l'encontre duquel une sanction est envisagée, à la fois le droit de présenter sa défense que celui de pouvoir la préparer.

S'agissant de la préparation de sa défense, la procédure disciplinaire prévoit systématiquement un « délai de réflexion » plus ou moins long en fonction de la sanction envisagée. Il est au moins d'un jour franc avant la convocation du militaire devant l'autorité militaire de premier niveau¹⁰⁷⁰, deux jours francs à compter de la notification d'une convocation d'un conseil de discipline¹⁰⁷¹ et huit jours francs avant la date de la réunion du conseil d'enquête¹⁰⁷².

S'agissant de la présentation de la défense, le militaire inquéteur a systématiquement le droit d'apporter des explications sur les faits qui lui sont reprochés. Ainsi, il peut¹⁰⁷³ fournir par écrit ou oralement ses explications devant l'autorité militaire de premier niveau¹⁰⁷⁴, devant le conseil de discipline¹⁰⁷⁵ ou devant le conseil d'enquête¹⁰⁷⁶. De même, devant le conseil de discipline et

¹⁰⁶⁹ Pour le conseil de discipline : article R4137-63 ; le conseil d'enquête : article R4137-85 ; le conseil supérieur des armées : article R4137-109 du Code de la défense.

¹⁰⁷⁰ Article R4137-15 du Code de la défense.

¹⁰⁷¹ Article R4137-57 du Code de la défense.

¹⁰⁷² Article R4139-79 du Code de la défense.

¹⁰⁷³ Notons que l'intéressé peut également renoncer à s'expliquer.

¹⁰⁷⁴ Article R4137-15 du Code de la défense.

¹⁰⁷⁵ Article R4137-59 du Code de la défense.

¹⁰⁷⁶ Article R4137-78 du Code de la défense ; article R4137-102 du même Code pour le conseil supérieur des armées.

d'enquête, le comparant peut également présenter ses observations et poser des questions aux personnes entendues. La faculté du militaire de pouvoir présenter des explications sur les faits qui sont reprochés est contrôlée strictement par le juge administratif ; dans un arrêt du 10 novembre 2004, le Conseil d'État a ainsi jugé que le ministre de la Défense ne pouvait légitimement sanctionner d'un blâme un officier en regardant ses explications écrites, adressées à sa propre initiative et avant même qu'une procédure disciplinaire soit engagée, comme l'explication écrite garantie statutairement¹⁰⁷⁷.

Par ailleurs, en tout état de cause, c'est le comparant qui s'exprimera en dernier, quand bien même de nouvelles interventions se seraient déroulées après qu'il a terminé de s'expliquer¹⁰⁷⁸.

c - Droit d'être conseillé ou assisté

Quelle que soit la gravité de la sanction envisagée, la procédure disciplinaire prévoit que le militaire inquiété puisse être assisté ou conseillé.

Ainsi, s'agissant des sanctions les plus bénignes, l'article R4137-15 du Code de la défense prévoit que le militaire en cause peut se faire accompagner d'un militaire en activité de son choix. Ce dernier n'a pour rôle que de conseiller le militaire convoqué et il ne peut pas s'exprimer à sa place¹⁰⁷⁹.

S'agissant des sanctions impliquant la constitution d'un conseil¹⁰⁸⁰, d'une part, le militaire en cause peut désigner un « défenseur » afin de l'assister dans la procédure¹⁰⁸¹. La désignation devra être réalisée exclusivement parmi les militaires en position d'activité s'il s'agit d'un conseil de discipline

¹⁰⁷⁷ Conseil d'État, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 10 novembre 2004, *Jean-Hugues M.* : req. n°256573 ; « *Le nécessaire respect des droits de la défense des militaires* », AJDA 2005 p.329.

¹⁰⁷⁸ Pour le conseil de discipline : article 4137-59 ; pour le conseil d'enquête : article 4137-81 ; pour le conseil supérieur des armées : R4137-105 du Code de la défense.

¹⁰⁷⁹ Instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 du 12 juin 2014 relative *aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires*, article 2.

¹⁰⁸⁰ Conseil de discipline, d'enquête ou supérieur des armées.

¹⁰⁸¹ Article R4137-59 du Code de la défense pour le conseil de discipline et R4137-78 du même Code pour le conseil d'enquête.

ou de manière moins restrictive s'il s'agit d'un autre conseil¹⁰⁸². À cet égard, la réglementation antérieure prévoyait expressément que devant un conseil d'enquête, le défenseur pouvait être un avocat.

D'autre part, le comparant peut demander à faire entendre et questionner par le conseil toute personne qu'il jugerait utile¹⁰⁸³. En outre, le président du conseil ne peut refuser la demande du comparant de faire entendre son président de catégorie¹⁰⁸⁴.

3 - Motivation de la décision de sanction

Tel que nous l'étudions précédemment¹⁰⁸⁵, il appartient à l'autorité militaire de déterminer la gravité de la sanction conformément à la faute commise par le militaire en cause. Il lui appartient également d'établir si les faits commis sont constitutifs d'une faute et de la motiver.

Ainsi, avant même qu'une décision soit prise, l'article R4137-16 du Code de la défense précise que la demande de sanction adressée à l'autorité militaire doit être motivée.

Puis, l'article 6.3 de l'instruction du 12 juin 2014 relative aux sanctions disciplinaires¹⁰⁸⁶ prévoit qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire de motiver la sanction en précisant pourquoi les faits commis sont constitutifs d'une faute justifiant la sanction en précisant les motifs de fait et de droit qui justifient la décision prise¹⁰⁸⁷.

À cet égard, le Conseil d'État a pu annuler une sanction disciplinaire au motif d'une erreur de qualification juridique des faits. En l'espèce, il s'agissait d'une sanction de 20 jours d'arrêt décidée

¹⁰⁸² Instruction n° 201765/DEF/SGA/DFP/FM1 du 17 novembre 2005 *relative à l'organisation et au fonctionnement du conseil de discipline, du conseil d'enquête et du conseil supérieur d'armée ou de formation rattachée siégeant disciplinairement*, article 4.3.

¹⁰⁸³ Articles R4137-59 du Code de la défense pour le conseil de discipline, R4137-78 pour le conseil d'enquête et R4137-102 pour le conseil supérieur des armées.

¹⁰⁸⁴ Articles R4137-57 du Code de la défense pour le conseil de discipline et R4137-78 pour le conseil d'enquête.

¹⁰⁸⁵ Cf. Partie II- Titre 2- Chapitre 1- Section 2- §1- A- 2- a- La gravité de la sanction déterminée par l'autorité militaire.

¹⁰⁸⁶ Instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires*.

¹⁰⁸⁷ Article 4 du guide annexé à l'instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires*.

par le ministre de la Défense à l'encontre d'un lieutenant de gendarmerie qui avait entretenu une relation avec l'épouse du commandant par suppléance de son escadron¹⁰⁸⁸.

4 - Droit à l'oubli

L'expression « droit à l'oubli » peut sembler, au premier abord, inadaptée. En effet, traditionnellement, cette expression est employée dans le domaine numérique pour protéger les personnes à l'utilisation abusive et continuelle d'informations les concernant. Néanmoins, le militaire¹⁰⁸⁹ ayant été sanctionné a également le droit d'être oublié puisqu'au-delà de sanctionner une faute commise, la sanction est également préjudiciable sur sa carrière militaire et, éventuellement, sur ses projets professionnels futurs.

À titre liminaire, l'oubli se distingue de la levée des sanctions. L'article R4137-21 du Code de la défense précise ainsi que la levée des sanctions est la dispense de l'accomplissement de la fraction de la sanction non encore effectuée. L'oubli consiste, quant à lui, en l'effacement de la sanction effectuée. L'article R4137-22 du Code de la défense prévoit qu'à l'exception de la sanction d'avertissement, toutes les sanctions disciplinaires sont inscrites au dossier individuel des militaires. Cet effacement peut être automatique ou sur demande (a) et, bien entendu, n'est pas sans conséquence administrative (b).

a - Un effacement d'office ou sur demande

L'article R4137-23 du Code de la défense prévoit que l'effacement des sanctions disciplinaires du premier groupe s'effectue d'office au 1^{er} janvier de la cinquième année suivant celle au cours de laquelle les sanctions ont été prononcées. L'instruction du 12 juin 2014 relative aux sanctions disciplinaires¹⁰⁹⁰ précise d'ailleurs que cet effacement s'étudie chaque année et ce, préalablement

¹⁰⁸⁸ Conseil d'État, 15 juin 2005, *Charles B.* : req. n°261691 ; « *Contrôle normal de la qualification juridique des faits justifiant une sanction* », CASAS Didier, AJDA 2005 p.1689 .

¹⁰⁸⁹ Et plus généralement les agents publics puisque nous retrouvons des mécanismes analogues dans les statuts des autres agents publics.

¹⁰⁹⁰ Instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires*, article 10-1.

aux travaux de notation. Cette dernière précision peut sembler étonnante puisque, en principe, la notation ne tient compte que des faits s'étant déroulés durant l'année de référence.

L'instruction précise cependant que les « *sanctions disciplinaires du premier groupe concernant des faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur ayant donné lieu à un blâme du ministre, à des arrêts d'une durée supérieure à trente jours ou à une condamnation pénale inscrite au casier judiciaire numéro deux*¹⁰⁹¹ », sont exclues de l'effacement d'office. Il en va de même s'agissant des sanctions du deuxième groupe et du retrait d'emploi¹⁰⁹².

Dans ces dernières hypothèses, l'effacement des sanctions ne peut s'effectuer que sur demande de l'intéressé à partir du 1er janvier de la onzième année suivant celle au cours de laquelle elles ont été prononcées¹⁰⁹³. Cette demande doit être adressée par le militaire au ministre via le chef d'état-major de l'armée concernée¹⁰⁹⁴ en mentionnant, le cas échéant, son intention de comparaître devant la commission devant rendre préalablement un avis sur sa demande¹⁰⁹⁵.

La commission va alors apprécier le comportement général du militaire concerné, notamment les services rendus dans l'emploi et de l'attitude au travail, ou tout autre élément dont la charge de la preuve incombe au demandeur depuis son retour à la vie civile.

Globalement, ce droit à l'oubli s'organise de la même manière dans les trois fonctions publiques civile, avec toutefois quelques spécificités, notamment s'agissant des délais. Ainsi, à l'instar du statut général des militaires, les statuts généraux des trois catégories de fonctionnaires publics prévoient que seul l'avertissement n'est pas inscrit dans le dossier individuel du fonctionnaire sanctionné. Les autres sanctions disciplinaires du 1^{er} groupe sont effacées d'office au terme de trois années si aucune autre sanction disciplinaire n'a été prononcée. En outre, s'agissant des

¹⁰⁹¹ Article R4137-22 du Code de la défense.

¹⁰⁹² Article R4137-23 du Code de la défense.

¹⁰⁹³ Article R4137-23-1 du Code de la défense.

¹⁰⁹⁴ Ou de la formation administrative rattachée.

¹⁰⁹⁵ Cette commission se constitue tel un conseil de discipline : arrêté du 9 avril 2014 *fixant l'organisation et la composition de la commission prévue à l'article R. 4137-23-1 du code de la défense et désignant les autorités militaires habilitées à réunir ladite commission.*

sanctions des deuxième et troisième groupes, le décret du 25 octobre 1984¹⁰⁹⁶ relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État prévoit que les sanctions peuvent être effacées que si, après dix années de services effectifs à compter de la date de la sanction disciplinaire, l'intéressé introduit sa demande auprès du ministre. Ce dernier décidera en fonction du comportement général du fonctionnaire sanctionné.

La décision de refus d'effacement des sanctions est un acte qui fait grief et peut, ainsi, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Dans un arrêt du 23 décembre 2009, le Conseil d'État a ainsi précisé que le recours pour excès de pouvoir d'un militaire est recevable quand il estime que les dispositions relatives à son dossier individuel ont été méconnues. Il lui sera donc possible de « *déférer au juge administratif la décision par laquelle l'administration refuserait de procéder au retrait de son dossier des pièces qui, selon lui, ne peuvent légalement y figurer* ¹⁰⁹⁷ ».

En outre, si le ministre, ou l'autorité militaire, estimait que les sanctions ne sauraient être effacées, notamment eu égard au comportement général du demandeur, l'article R4137-23-2 du Code de la défense prévoit qu'en cas de rejet de la demande d'effacement, cette dernière peut être représentée deux années à compter de la décision de rejet.

b - Les conséquences de l'effacement

Tel que le précise l'instruction du 12 juin 2014 relative aux sanctions disciplinaires¹⁰⁹⁸, l'effacement consiste à rendre définitivement illisible la mention de la sanction figurant sur les pièces qui ne peuvent être retirées du dossier militaire et d'extraire de ce dernier toutes celles pouvant être retirées relatives à la sanction. Toutefois, d'une part, les pièces du dossier extraites doivent être conservées dans l'hypothèse d'un contentieux formé devant la juridiction administrative contestant la légalité de la sanction prononcée. D'autre part, tel que le rappelle l'article R4137-23-2 du Code de la défense, l'effacement « *n'a aucun effet rétroactif ni abrogatif sur les mesures prises et ne peut donner lieu à une reconstitution de carrière* ».

¹⁰⁹⁶ Décret n°84-961 du 25 octobre 1984 *relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État*.

¹⁰⁹⁷ Conseil d'État, 23 décembre 2009, *Narces* : req. n°306497 ; « *Dossier du fonctionnaire et procédure pénale* », AJDA 2010 p.15.

¹⁰⁹⁸ Instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires*.

D - Des sanctions spécifiques à l'état militaire : les mesures privatives de liberté

Bien que la plupart des sanctions disciplinaires prévues statutairement pour les militaires se retrouvent également dans les statuts des fonctionnaires civils ; certaines sont spécifiques à l'état militaire. Il s'agit des sanctions restreignant la liberté de circuler des militaires sanctionnés (1). Cependant, cette privation présente des garanties pour le militaire (2) et est prise en compte judiciairement dans l'hypothèse d'une sanction pénale (3). Dès lors, ces mesures disciplinaires ont été jugées conformes à la Constitution (4).

1 - Une privation de circuler librement

L'article L4137-2 du Code de la défense dresse la liste des sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées à l'encontre des militaires. Parmi ces dernières, deux sanctions se distinguent tout particulièrement des sanctions prévues dans le statut général des fonctionnaires¹⁰⁹⁹ : les consignes (a) et les arrêts (b). En outre, ces sanctions peuvent aussi être prononcées à titre conservatoire (c).

a - Les consignes

Les consignes se définissent comme une privation d'une matinée, d'un après-midi ou d'une soirée de sortie de la formation ou du domicile du militaire sanctionné. Ce dernier sera ainsi privé, durant toute la sanction, de sortie et d'autorisation d'absence du service auxquelles il pourrait normalement prétendre. En principe, la consigne entraîne un report des permissions qui auraient pu être demandées et accordées.

b - Les arrêts

L'instruction du 12 juin 2014¹¹⁰⁰ précise que les militaires aux arrêts effectuent leur service dans les conditions normales. Cependant, en dehors du service, il leur est interdit de quitter la formation ou le lieu désigné par l'autorité militaire de premier niveau. Tout comme pour les consignes, le militaire aux arrêts ne peut prétendre à toute sortie et autorisation d'absence. De même, en principe, les arrêts entraînent le report des permissions déjà accordées.

¹⁰⁹⁹ Notamment, l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*, l'article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* et l'article 36 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*.

¹¹⁰⁰ Instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires*.

c - Les mesures à titre conservatoire

Ces mesures correspondent à des arrêts infligés soit pour isoler le militaire, soit dans l'attente du prononcé de sa sanction.

S'agissant de la mesure d'isolement, il s'agit simplement d'un aménagement des arrêts prononcés permettant de faire isoler un militaire qui, par son comportement, présente un danger pour lui-même ou pour autrui. Par exemple, l'isolement sera prononcé lorsque la faute du militaire est une alcoolisation excessive de sorte qu'il n'est plus maître de lui-même. Les particularités de cette mesure sont qu'elles ont un effet immédiat, le militaire cesse de participer au service de sa formation et il est logé à l'intérieur de l'enceinte militaire dans un lieu désigné par l'autorité militaire de premier niveau.

S'agissant des arrêts prononcés dans l'attente du prononcé d'une sanction, cette hypothèse doit être justifiée par des circonstances particulières. Néanmoins, ces arrêts ne peuvent être infligés que pour les sanctions des deuxième et troisième groupes et concomitamment à l'établissement de l'ordre d'envoi, soit devant le conseil de discipline, soit devant le conseil d'enquête.

2 - Une privation non dépourvue de garantie

Qu'il s'agisse des consignes ou des arrêts, la privation de liberté ne peut s'exercer sans garanties. Tout d'abord, bien que le militaire sanctionné ne puisse bénéficier d'une sortie ou d'une autorisation d'absence durant toute la durée de sa sanction, le commandement pourra tout de même lui accorder exceptionnellement une suspension de sa « peine » si des circonstances particulières le justifient¹¹⁰¹.

Ensuite, la privation ne peut excéder vingt tours de consignes¹¹⁰² ou quarante jours d'arrêts pour une même faute. Cependant, il se peut que durant sa « peine », le militaire soit à nouveau sanctionné d'une privation de liberté. Dans cette hypothèse, l'exécution des sanctions doit être interrompue à l'issue de chaque période de vingt jours et ne peut reprendre qu'après une interruption de huit jours s'agissant des consignes. L'interruption est prolongée à l'issue de chaque période de quarante jours, et ne reprend qu'après une interruption de huit jours s'agissant des arrêts. En outre, les arrêts ou les consignes entraînent le report des permissions qui lui étaient

¹¹⁰¹ L'article R4137-27 et 28 du Code de la défense évoquent les « événements familiaux ».

¹¹⁰² Rappelons qu'une journée entière correspond à trois tours de consigne.

accordées mais non commencées. En revanche, les permissions sont suspendues si la sanction est prononcée avec effet immédiat. Mais, au total, la sanction ne devra pas préjudicier au nombre de jours de permissions du militaire sanctionné.

Enfin, lorsque le militaire sanctionné est placé en isolement ou s'il doit exécuter sa sanction dans sa formation, les conditions de ses arrêts sont règlementairement définies.

Ainsi, s'agissant des arrêts, s'ils sont exécutés dans des locaux d'arrêt désignés par l'autorité militaire, « *ces derniers devront être maintenus ouverts, satisfaire aux exigences de respect de la dignité humaine et, dans la mesure du possible, de la vie privée, et répondre aux conditions minimales requises en matière de santé et d'hygiène, compte tenu des conditions climatiques, notamment en ce qui concerne l'espace au sol, le volume d'air, l'éclairage, le chauffage et l'aération* ¹¹⁰³ ». Le contrôleur général des lieux de privation de liberté pourra d'ailleurs contrôler la conformité de ces lieux. Le militaire aux arrêts est tout de même privé de tous les lieux de distraction tels que les foyers, clubs, bars et salles de distraction. Néanmoins, il peut recevoir des visiteurs sur autorisation de l'autorité militaire. Sa sanction est également suspendue en cas d'hospitalisation ou de séjour à l'infirmerie.

S'agissant de l'isolement, le militaire sera bien plus cantonné. Rappelons que l'isolement est prononcé lorsque le militaire traduit un comportement dangereux pour lui-même ou pour autrui. La mesure n'est donc pas du tout adaptée pour un militaire dans un état de surexcitation avancée et l'isolement se fait sous la surveillance de services spécialisés tels que les pompiers ou le SAMU et, en toute hypothèse, dans les meilleurs délais possibles un examen médical du militaire sanctionné devra être réalisé par un médecin. Les locaux sont surveillés et fermés afin que, d'une part, le militaire en isolement ne puisse pas entrer en contact avec l'extérieur, mais également qu'il ne soit pas porté atteinte à son intégrité physique. À cette dernière fin, des vérifications du type palpations de sécurité sont réalisées afin de s'assurer que le militaire isolé n'est pas porteur d'un objet dangereux. La mesure d'isolement se termine lorsque le militaire retrouve pleine possession de ses moyens ou lorsque son état est pris en charge dans le cadre d'une thérapie spécialisée.

¹¹⁰³ Instruction n° 230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FMI relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires, article 4.3.1.

3 - Une privation prise en compte dans l'hypothèse de condamnations pénales

Nous l'étudions précédemment, le législateur de 2005 n'exclut pas qu'une même faute puisse faire l'objet d'une sanction disciplinaire, professionnelle et même pénale. Néanmoins, nous relevons par expérience que, dans l'hypothèse où un militaire commettrait une faute engendrant de multiples conséquences, l'autorité militaire est souvent partagée quant à la sanction disciplinaire à prononcer. D'un côté, il est craint que la sanction disciplinaire soit perçue comme la reconnaissance de l'accomplissement d'un acte matériel d'une infraction. D'un autre côté, l'autorité militaire ne doit pas s'abstenir de sanctionner disciplinairement un militaire fautif. Rappelons que conformément à l'article R4137-13 du Code de la défense « *tout supérieur a le droit et le devoir de demander à ce que les militaires placés au-dessous de lui dans l'ordre hiérarchique soient sanctionnés pour les fautes ou les manquements qu'ils commettent* ». Et la procédure disciplinaire ayant, en principe, une plus grande célérité que la procédure pénale, le choix de la sanction disciplinaire devient rapidement un dilemme.

Néanmoins, tel que le relevait Monsieur le député Alain MARTY : « *les militaires font généralement l'objet d'une procédure disciplinaire préalablement ou parallèlement à la procédure judiciaire. Lorsqu'ils sont condamnés à des mesures disciplinaires privatives de liberté, ils voient leur temps de détention s'imputer à la durée d'emprisonnement ferme que pourrait décider le tribunal* ¹¹⁰⁴».

Le Code de justice militaire prévoit d'ailleurs à l'article L262-2 que « *pour l'exécution des peines prononcées contre les militaires ou assimilés, 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* ». Dès lors, il est crucial de savoir si les arrêts militaires sont une mesure disciplinaire privative de liberté, auquel cas une telle sanction relèverait du domaine législatif. C'est notamment sur cette question que le Conseil constitutionnel s'est prononcé le 27 février 2015 à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité.

4 - Une mesure disciplinaire conforme à la Constitution

Dans une armée professionnelle, la question des mesures privatives de liberté a pu faire l'objet de débats. *A fortiori* s'agissant des conditions dans lesquelles ces mesures sont mises en œuvre¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁴ Assemblée Nationale, avis n°3530 du 11 juin 2011, sur le projet de loi n°3373 relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, p.10.

¹¹⁰⁵ Voir l'article de Monsieur Jean-Dominique MERCHET « *Au 1^{er} Spahis, des locaux d'arrêt ou un mitard* » du 21 septembre 2011, in www.marianne.net/blogsecretdefense.fr

Ainsi, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif en vue d'annuler la décision d'arrêts à l'encontre de deux militaires, une question prioritaire de constitutionnalité fut portée à l'appréciation du Conseil constitutionnel, s'agissant de la conformité de l'article L4137-2 du Code de la défense qui prévoit les arrêts. Était en cause le fait que cet article renvoie vers un décret en Conseil d'État le soin de définir les modalités d'application des arrêts. Or, l'article 34 de la Constitution précise que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires militaires de l'État. Le problème de droit majeur auquel les « Sages » devaient répondre était de savoir si les « arrêts disciplinaires » étaient ou non constitutifs d'une peine privative de liberté. Si tel était le cas, il revenait alors au législateur de fixer les modalités d'application d'une telle disposition qui, *de facto*, constituait une atteinte à la liberté individuelle.

Dans sa décision du 27 février 2015¹¹⁰⁶, le Conseil constitutionnel déclara que les dispositions litigieuses étaient conformes à la Constitution puisque, d'une part, elles n'instituent pas une sanction disciplinaire entraînant une privation de liberté et, d'autre part, qu'elles instituent les garanties procédurales nécessaires pour affirmer que le législateur n'a pas méconnu l'étendue de ses compétences.

Ainsi, le Conseil constitutionnel adopte une interprétation stricte de la notion de « *sanction privative de liberté* » en réservant une telle qualification à la privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, c'est-à-dire une privation arbitraire de liberté dans le cadre d'une procédure pénale¹¹⁰⁷. En l'espèce, les juges constitutionnels considèrent que les dispositions litigieuses sont simplement de nature à restreindre la liberté d'aller et de venir des militaires sanctionnés¹¹⁰⁸. En outre, rappelant les articles L4111-1 et L4121 du Code de la défense¹¹⁰⁹, le

¹¹⁰⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015 ; « *Arrêt (de rigueur) pour la banalisation du statut des militaires* », VIDELIN Jean-Christophe, AJFP 2015 p.244.

¹¹⁰⁷ Voir en ce sens : « *Michel DEBRÉ et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », SALLES Damien, cahiers du Conseil constitutionnel n°26, août 2009.

¹¹⁰⁸ La simple restriction de la liberté d'aller et de venir ne constitue pas une privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution : Conseil constitutionnel, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹⁰⁹ Aux termes desquels les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens, néanmoins du fait de l'état militaire, l'exercice de certains d'entre eux peut être interdit ou restreint.

Conseil constitutionnel relève que le législateur a institué des garanties procédurales lors d'une procédure disciplinaire de sorte qu'en ne définissant pas plus précisément les modalités d'application des arrêts, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence.

Cette décision nous paraît fondée mais, pour autant, quelque peu discutable.

Fondée, puisqu'il est vrai que les arrêts ne consistent pas, en principe, à une mesure privative de liberté telle une détention. Tout au long de la sanction, le militaire n'est pas - à proprement parler - emprisonné, il continue à exercer ses fonctions et réside « en milieu ouvert¹¹¹⁰ ». L'atteinte à sa liberté d'aller et de venir n'est ainsi pas aussi caractérisée que dans les cas d'arrestation, de détention ou d'hospitalisation sans consentement.

Discutable puisque les dispositions législatives qui précisent les conséquences des arrêts disposent expressément que ces derniers sont privatifs de liberté. C'est le cas de l'article L311-13 du Code de la justice militaire, qui est - au surplus - cité par le Conseil constitutionnel dans sa décision. Cette disposition prévoit que les sanctions disciplinaires, « *lorsqu'elles sont privatives de liberté, ne peuvent excéder soixante jours* ». En outre, l'article L262-2 du même Code, qui est systématiquement mis en œuvre lorsque les faits faisant l'objet d'une sanction disciplinaire d'arrêts font également l'objet d'une sanction pénale, prévoit « *pour l'exécution des peines prononcées contre les militaires ou assimilés, est réputé en 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* ».

La privation de liberté est ainsi affirmée et reconnue comme ayant des conséquences analogues à une détention provisoire.

Par ailleurs, il reste à savoir comment les juges constitutionnels auraient qualifié les mesures d'isolement qui peuvent assortir une sanction d'arrêts. Ne pourrions-nous pas y voir une mesure analogue à une détention provisoire ?

¹¹¹⁰ Voir « *Servitude et grandeur militaires : le régime juridique des arrêts* », LETTERON Roseline, mars 2015, www.contrepoints.org.

E - Des mesures prises dans l'intérêt du service mais ayant les mêmes effets qu'une sanction disciplinaire : le cas de la mutation

Outre, bien entendu, la décision de mutation prononcée à la demande de l'intéressé, une mutation peut parfois être perçue favorablement par ce dernier, d'autant plus si la mutation non souhaitée s'accompagne d'un changement de résidence. Pourtant, les mutations sont relativement courantes chez les militaires, en particulier pour les cadres¹¹¹¹. Avec un total de 46 549 mutations rien qu'en 2015, dont 25 722 avec changement de résidence, la mobilité géographique est inhérente à l'état militaire (1). La mutation repose principalement sur l'intérêt du service, mais pas exclusivement (2).

1 - Une mobilité géographique inhérente à l'état militaire

L'article L4121-5 du Code de la défense prévoit que « *les militaires peuvent être appelés à servir en tout temps et en tout lieu* » ; la mobilité géographique est donc une des caractéristiques de l'état militaire. Néanmoins, depuis la loi « Roustan » du 30 décembre 1921 sur le rapprochement des époux¹¹¹², les décisions d'affectation prennent notamment en considération la « configuration familiale » des militaires¹¹¹³.

Force est de constater que ce type de décision n'est pas anodin sur la vie privée et familiale des militaires. Pour autant, le juge administratif a pu préciser que l'intérêt du service, en particulier son bon fonctionnement, s'imposait sur la situation de famille des militaires¹¹¹⁴. L'article L4121-5 du Code de la défense prévoit en effet que c'est bien « *dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, [que] les mutations tiennent compte de la situation de famille des militaires* ».

¹¹¹¹ Officiers et sous-officiers.

¹¹¹² Loi du 30 décembre 1921 *rapprochant les fonctionnaires qui, étrangers au département, sont unis par le mariage, soit à des fonctionnaires du département, soit à des personnes qui y ont fixé leur résidence.*

¹¹¹³ Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -La prise en compte professionnel du lien « familial ».

¹¹¹⁴ Conseil d'État, 10 décembre 2003, *Bouley* : req. n°235640 ; « *Conciliation entre respect de la vie familiale et intérêt du service* », AJDA 2004 p.942 . Voir également : Conseil d'État, 3 février 2012, *Ministre de la défense* : req. n°347717 ; « *La nécessaire prise en compte des besoins opérationnels de l'État dans la conciliation entre respect de la vie privée et spécificités du statut militaire* », RACLET Lucie et MARTIN Élisabeth, AJFP 2012 p.195.

2 - Une mesure n'étant pas exclusivement fondée sur l'intérêt du service

Tel que nous venons de l'étudier, l'intérêt du service est le principal fondement d'une décision de mutation mais qu'en est-il d'une mutation décidée lorsque les raisons de service invoquées sont également un comportement fautif de l'agent ?

Le statut général de la fonction publique de l'État distingue bien les mutations des déplacements d'office. En effet, la mutation a pour unique justification l'intérêt du service alors que le déplacement d'office constitue une sanction disciplinaire de 2^{ème} catégorie. À cet égard, le Conseil d'État a jugé que le déplacement d'office décidé à l'encontre d'un instituteur d'école en raison de « *la mauvaise atmosphère de travail, régnant entre les enseignants et perturbant le bon fonctionnement du groupe scolaire, n'était pas exclusivement imputable au comportement du requérant, et que l'administration, dans ces circonstances, avait commis une erreur manifeste d'appréciation en prononçant à l'égard de de [l'instituteur une] sanction disciplinaire de déplacement d'office*¹¹¹⁵ ».

S'agissant des militaires, le déplacement d'office ne figure pas dans la liste des sanctions disciplinaires. Ainsi, bien que toute mutation, changement d'unité ou d'affectation d'office devraient être exclusivement motivé par les considérations du service, le « déplacement d'office » décidé à l'encontre d'un militaire fautif n'a pas, pour autant, à être soumis à la procédure disciplinaire. En outre, une telle mesure n'étant pas une décision défavorable au sens de la loi du 11 juillet 1979¹¹¹⁶, il n'est pas nécessaire qu'elle fasse l'objet d'une motivation¹¹¹⁷. Pour autant, lorsque la décision a été prise en considération de la personne intéressée, il convient que, précédemment, cette dernière ait été mise à même de consulter son dossier pour connaître les raisons de la mesure envisagée¹¹¹⁸.

En outre, le militaire peut toujours exercer un recours administratif préalable obligatoire auprès de la commission des recours des militaires et, le cas échéant, un recours contentieux auprès de la juridiction administrative s'il s'estimait lésé par la décision de mutation.

¹¹¹⁵ Conseil d'État, 8 février 1995, *Torreblanca* : req. n° 152933 ; Inédit au Recueil Lebon.

¹¹¹⁶ Désormais intégrée dans le Code des relations entre le public et l'administration aux articles L211-1 et suivants.

¹¹¹⁷ Conseil d'État, 21 octobre 1983, *Poinçon* : req. n° 39921 ; « *Les mutations d'office des fonctionnaires ne sont pas au nombre des décisions administratives défavorables dont la loi du 11 juillet 1979 impose la motivation* » ; Recueil Lebon 1983.

¹¹¹⁸ Conseil d'État, 10 novembre 2004, *Hery* : req n° 262506 ; « *Consultation du dossier avant une mutation* », AJDA 2005 p.108.

§ 2 - Un recours possible par le militaire sanctionné

La contestation d'une décision de sanction peut intervenir soit par un recours administratif (A), soit par un recours contentieux (B).

A - Un recours administratif

Les articles R4137-134 et suivants du Code de la défense aménagent une procédure de recours administratif en cas de contestation de la décision de sanction.

Cette procédure qui combine recours gracieux et hiérarchique a pour objectif, à l'instar du recours administratif préalable obligatoire¹¹¹⁹, de ne pas « engorger » la juridiction administrative de litiges qui pourraient trouver une solution par une voie non contentieuse. En outre, elle offre la possibilité d'un contrôle hiérarchique de décisions éminemment sensibles puisqu'ayant nécessairement des conséquences sur la profession du militaire. L'organisation militaire reposant sur la hiérarchie, il est crucial que le militaire sanctionné puisse appeler l'attention de ses chefs sur toute illégalité (ou iniquité¹¹²⁰) de la sanction disciplinaire prononcée.

À cette fin, la décision portant décision de sanction devra préciser la possibilité pour le militaire sanctionné d'exercer un recours administratif¹¹²¹. Ainsi, le modèle de bulletin de sanction annexé à l'instruction du 12 juin 2014¹¹²² prévoit en point 17 « *notification (après décision prise)* » que le militaire sanctionné déclare être informé de disposer contre la décision « *d'un droit de recours qui s'exerce selon les modalités définies par les articles R4137-134 à R4137-141 du Code de la défense* ». La procédure définie dans le Code de la défense s'articule en trois temps : tout d'abord, la demande est adressée à l'autorité militaire (1) ; ensuite elle est transmise au chef d'état-major (2) ; enfin elle peut être adressée au ministre de la Défense (3).

¹¹¹⁹ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 2 -Les décisions relevant des autres domaines statutaires et indemnitaires.

¹¹²⁰ Un des avantages du recours administratif par rapport au recours contentieux est que l'équité pourra également être invoquée.

¹¹²¹ Article R4137-134 *in fine* du Code de la défense.

¹¹²² Instruction n°230358/DEF/SGA/DRH-MD/SR-RH/FM1 *relative aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires.*

Néanmoins, la procédure peut se terminer à tout moment puisque, d'une part, chaque autorité saisie peut potentiellement donner droit à la demande de l'intéressé ; d'autre part, l'intéressé peut lui-même retirer sa demande quand il le souhaite. En effet, la détermination de l'intéressé peut facilement s'altérer progressivement puisqu'il peut s'écouler plusieurs mois entre le moment où il adressera sa demande à l'autorité militaire et celui où le ministre lui répondra. D'autant plus que l'exercice du droit de recours n'est pas suspensif de l'exécution de la décision contestée¹¹²³.

1 - Devant l'autorité militaire

Le recours doit être exercé par le militaire concerné vers l'autorité militaire de premier niveau lorsque la sanction appartient au premier groupe et vers l'autorité militaire de deuxième niveau pour les sanctions des deuxième et troisième groupes.

Pour les sanctions les plus bénignes, l'article R4137-135 du Code de la défense offre la possibilité au militaire sanctionné d'être entendu par l'autorité militaire de premier niveau, avec la possibilité d'être assisté, exclusivement, d'un militaire en activité¹¹²⁴. Cette faculté d'être entendu est essentielle puisqu'à ce stade, l'autorité militaire peut revenir sur sa décision et mettre fin à la procédure. Dans les hypothèses où elle maintiendrait sa décision ou que cette dernière excéderait ses compétences, le dossier de l'intéressé doit être transféré dans un délai de huit jours francs¹¹²⁵ au chef d'état-major de son armée d'appartenance¹¹²⁶, l'intéressé est alors informé de la transmission de son dossier. La procédure est identique s'agissant des recours à l'encontre des sanctions des deuxième et troisième groupes devant l'autorité militaire de deuxième niveau, l'intéressé et l'autorité militaire de premier niveau étant également informés de la transmission du dossier.

2 - Devant le chef d'état-major

Lorsque le chef d'état-major de l'armée d'appartenance de l'intéressé¹¹²⁶ est saisi, il doit accuser réception de la demande et dispose de trente jours francs¹¹²⁷ pour statuer sur la demande en transférant une copie de sa réponse au ministre de la Défense. S'il n'est pas en mesure de statuer,

¹¹²³ Article R4137-140 du Code de la défense.

¹¹²⁴ Il serait difficilement concevable que le militaire soit assisté d'un avocat à ce stade du recours administratif.

¹¹²⁵ À compter de la date de l'inscription du recours au registre des recours.

¹¹²⁶ Ou à l'autorité correspondante pour les formations rattachées.

¹¹²⁷ À compter de la réception de la demande.

il peut également transmettre le dossier au ministre. En outre, le militaire sanctionné peut également directement saisir le ministre en l'absence de réponse dans le délai des trente jours.

3 - Devant le ministre de la Défense

Le ministre pourra être saisi soit par le chef d'état-major de l'armée d'appartenance de l'intéressé, soit par l'intéressé lui-même dans un délai de huit jours francs suivant la date de notification de la réponse apportée à sa demande, ou en l'absence de réponse, à la date d'expiration du délai.

Le dossier est alors instruit par un inspecteur général des armées, puis le ministre décide des suites à donner en répondant à l'intéressé dans les soixante jours francs¹¹²⁸, l'absence de réponse à l'expiration de ce délai valant décision implicite de rejet.

Par ailleurs, s'agissant du recours formé par les officiers généraux ou les autorités militaires de premier, deuxième et troisième niveaux, il devra être introduit directement devant le chef d'état-major de l'armée d'appartenance de l'intéressé et adressé dans les huit jours francs au ministre pour y être instruit dans les mêmes conditions que précisées précédemment.

Contrairement au recours administratif que nous étudierons dans le paragraphe suivant¹¹²⁹, celui dirigé à l'encontre d'une décision disciplinaire n'est pas un préalable obligatoire pour la saisine du juge administratif. Néanmoins, tel que nous l'évoquions précédemment, lors d'un recours administratif, les motivations du recours peuvent se fonder sur l'iniquité de la décision litigieuse.

B - Un recours contentieux

La connaissance du juge administratif des sanctions disciplinaires est relativement récente, procédant de la jurisprudence *Hardouin* (1) et son contrôle s'est progressivement étendu au point de pouvoir réaliser un contrôle normal sur les décisions de sanction (2).

1 - Une compétence du juge administratif pour connaître des sanctions disciplinaires

Avant 1995, les sanctions disciplinaires n'étaient pas considérées comme faisant grief et appartenaient, de ce fait, à la catégorie des mesures d'ordre intérieur.

¹¹²⁸ À compter de la réception du recours par le ministre.

¹¹²⁹ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 2 -Les décisions relevant des autres domaines statutaires et indemnitaires.

Avec la jurisprudence *Hardouin* du Conseil d'État du 17 février 1995¹¹³⁰, le juge administratif développe l'État de droit dans des derniers bastions où il est longtemps resté absent : les sanctions disciplinaires.

En l'espèce, le Maître HARDOUIN, timonier à bord du « Vauquelin », contestait la punition de dix jours d'arrêts prononcée à son encontre en raison de l'état d'ébriété dans laquelle il se trouvait lors de son retour dans son unité navale. Le recours fut porté à la connaissance du Conseil d'État lequel, par revirement, admit sa recevabilité.

La Haute juridiction a estimé que la sanction pouvait avoir des conséquences directes sur la liberté d'aller et de venir et sur le renouvellement du contrat de l'intéressé et donc une modification substantielle de la situation du militaire. Par ailleurs, les positions de la Cour européenne des droits de l'Homme, en particulier s'agissant de l'absence d'un recours juridictionnel à l'encontre d'une sanction disciplinaire, ont pu également influencer le revirement jurisprudentiel opéré par le Conseil d'État. Pourtant, cette seconde motivation n'était pas évidente puisque, lorsque la France a ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme en 1974¹¹³¹, des réserves sur certaines dispositions étaient formulées ; notamment celle « *concernant les articles 5 et 6 de [la] Convention [dans le sens où] ces articles ne sauraient faire obstacle à l'application des dispositions de l'article 27 de la loi n°72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, relatives au régime disciplinaire dans les armées (...)* »¹¹³². D'ailleurs, dans la jurisprudence *Hardouin*, « *le Commissaire du Gouvernement s'interrogeait sur le fait que l'existence de cette réserve puisse justifier que le revirement qu'il proposait ne soit effectué que pour les détenus*¹¹³³ *et non pour les militaires*¹¹³⁴ ».

¹¹³⁰ Conseil d'État, sect., 17 févr. 1995, *Hardouin* : req. n° 107 766 ; GAJA, 11ème édition, N° 118, p 784 .

¹¹³¹ Après avoir voté la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 *autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels n°1, 3, 4 et 5*.

¹¹³² Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, Documents de séance Session ordinaire de 2004 (deuxième partie), avril 2004, Volume IV (2004), p.240.

¹¹³³ Conseil d'État, sect., 17 févr. 1995, *Marie* : req. n° 97 754 ; GAJA, 11ème édition, N° 118, p 784.

¹¹³⁴ « *Les sanctions infligées à un détenu et un militaire sont des décisions faisant griefs susceptibles de recours* », BERNARD François et LASCOMBE Michel: JCP éd. générale, n° 19, 10 Mai 1995, II 2242.

Le Conseil d'État estima tout de même la requête recevable ; mais relevant que l'autorité militaire n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en prononçant la sanction à l'encontre du Maître HARDOUIN, la Haute juridiction rejeta sa demande d'annulation pour excès de pouvoir.

Par ailleurs, le contrôle à l'origine cantonné à l'erreur manifeste d'appréciation fut progressivement élargi à un « contrôle normal ».

2 - Un contrôle juridictionnel progressivement étendu

À l'occasion de sa jurisprudence *Lebon* de 1978¹¹³⁵, le Conseil d'État jugeait de réduire quelque peu le pouvoir d'appréciation des autorités disciplinaires en le soumettant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Cependant, à partir des années 2000, une série d'arrêts concordants ont conduit la doctrine à se demander si le Conseil d'État allait étendre son contrôle à la gravité de la sanction¹¹³⁶. Il est vrai que la Haute assemblée réalisait déjà, une dizaine d'années plus tôt, un tel contrôle pour les sanctions disciplinaires, notamment à l'encontre d'élèves ayant participé à des mouvements de protestation à l'intérieur d'établissements scolaires¹¹³⁷. En 2013, le Conseil d'État confirma sa compétence pour réaliser un contrôle normal des décisions disciplinaires des agents publics à l'occasion de sa jurisprudence *Dahan*¹¹³⁸ : « *Considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes (...).* »

Les décisions disciplinaires militaires n'ont pas non plus échappé à cette tendance jurisprudentielle, les rapprochant *de facto* des fonctionnaires civils. Ainsi, le Conseil d'État avait annulé la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre du Chef d'escadron Jean-Hugues MATTELY suite à ses interventions médiatiques, critiquant directement la politique d'organisation des deux grands services français dédiés à la sécurité publique au moment même où celle-ci était en débat devant le Parlement. Le chef de l'État avait, en effet, prononcé sa radiation des cadres par mesure

¹¹³⁵ Conseil d'État, 9 juin 1978, *Lebon* : req. n° 05911, *Lebon* 1978, tables n°3.

¹¹³⁶ « *Feu l'arrêt Lebon ?* », Marguerite CANADO-PARIS, AJDA 2010, p.921.

¹¹³⁷ Conseil d'État, 1^e & 4^e sous-sections réunies, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord* : req. n° 170207 170208.

¹¹³⁸ Conseil d'État, Assemblée, 13 novembre 2013, *Dahan* : req. n° 347704 ; www.conseil-etat.fr, les décisions les plus importantes du Conseil d'État. « *L'aboutissement de l'arrêt Lebon : le choix de la sanction disciplinaire fait l'objet d'un contrôle plein du juge administratif* », KELLER Rémi, AJFP 2014. 5.

disciplinaire et la Haute juridiction a estimé « *qu'eu égard à l'ensemble des données de l'espèce et notamment à la teneur des propos tenus qui expriment une critique de fond présentée comme une défense du corps d'appartenance de l'intéressé et formulée en termes mesurés, sans caractère polémique, ainsi qu'à l'excellente manière de servir de cet officier attestée par les notations produites au dossier, l'autorité disciplinaire, qui disposait d'un éventail de sanctions de natures et de portées différentes, notamment de la possibilité de prendre, au sein même du troisième groupe de sanctions, une mesure de retrait d'emploi allant jusqu'à douze mois en vertu des dispositions de l'article L. 4138-15 du code de la défense, a, en faisant le choix de la plus lourde, celle de la radiation des cadres, qui met définitivement fin au lien entre le militaire et la gendarmerie, prononcé à l'encontre de ce dernier une sanction manifestement disproportionnée (...)*¹¹³⁹ ».

Au-delà des sanctions disciplinaires, d'autres décisions peuvent faire grief aux militaires, relevant également du domaine statutaire et du domaine indemnitaire.

Section 2 - Les décisions relevant des autres domaines statutaires et indemnitaires

La contestation des décisions relatives à la situation personnelle du militaire et ne relevant pas des domaines disciplinaire et du recrutement doivent nécessairement faire l'objet d'un recours administratif préalable (§1). Ce recours, dont la procédure est relativement formaliste (§2), s'est progressivement répandu au sein des militaires (§3) puisqu'il permet qu'une nouvelle décision du ministre se substitue à l'ancienne avant tout contentieux (§4).

§ 1 - Le recours administratif à l'encontre des actes relatifs à la situation personnelle du militaire

À l'occasion de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives¹¹⁴⁰, le législateur a introduit - via l'article 23 - un recours administratif préalable obligatoire pour l'ensemble

¹¹³⁹ Conseil d'État, 7^e & 2^e sous-sections réunies, 12 janvier 2011, *Matelly* : req. n°338461 ; AJDA 2011, p.623, AUBIN Emmanuel. Pour une décision confirmant la sanction prononcée : Conseil d'État, 7^e & 2^e sous-sections réunies, 25 janvier 2011, M. A. : req. n°391178 ; « *Le contrôle de proportionnalité des sanctions à l'assaut des casernes* », VIDELIN Jean-Christophe, AJFP 2016 p.235.

¹¹⁴⁰ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*.

des agents publics de la fonction publique civile et militaire s'agissant des actes relatifs à leur situation personnelle. L'objectif d'un tel dispositif a été d'enrayer l'augmentation grandissante et accélérée du contentieux administratif. Le système mis en place par décret s'agissant du personnel militaire¹¹⁴¹ a permis de simplifier et surtout de clarifier, les procédures applicables en matière de contestation de décision (A). La procédure mise en place a institué une instance directement dépendante du ministre de la Défense (B).

A - Un système antérieur complexe et favorisant le dévoiement de certaines procédures

La complexité du système antérieur résidait principalement en la pluralité de recours en fonction de la décision litigieuse (1) et le dévoiement du recours en contestation des sanctions disciplinaires pour l'étendre à une décision intéressant d'autres domaines (2).

1 - Une pluralité de recours en fonction de la décision litigieuse

L'exercice d'un recours administratif était déjà possible avant l'instauration de l'article 23 de la loi du 30 juin 2000¹¹⁴². Il existait une gamme variée de recours selon la décision contestée. Ainsi, il existait une procédure s'agissant des décisions de notation¹¹⁴³, des décisions médicales et même en matière disciplinaire.

Cependant, d'une part, l'ensemble de ces procédures pouvaient être fastidieuses à être lancées. C'était notamment le cas lorsqu'un militaire souhaitait contester une décision médicale le concernant. Soit la décision contestée se rapportait aux conclusions médicales prises lors des visites médicales périodiques¹¹⁴⁴ et, dans cette hypothèse, le recours devait être formé devant la commission régionale d'aptitude, voire devant la commission nationale d'aptitude en appel. Soit la

¹¹⁴¹ Décret no 2001-407 du 7 mai 2001 *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.*

¹¹⁴² Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives.*

¹¹⁴³ Décret n°83-1252 du 31 décembre 1983 *relatif à la notation des militaires.*

¹¹⁴⁴ Était principalement contestée la décision d'une inaptitude médicale, ayant inévitablement des conséquences professionnelles.

décision contestée se rapportait au placement du militaire dans un congé pour maladie à la position de non-activité ; dans cette hypothèse, le recours devait être formé devant un comité supérieur¹¹⁴⁵.

D'autre part, certains recours pouvaient avoir un effet très limité. C'était le cas des recours en révision de la notation pour lesquels le Conseil d'État a précisé qu'ils ne constituaient pas un recours gracieux et ne privaient donc pas le militaire de la possibilité de demander par la voie de recours hiérarchique de droit commun que sa notation fût reconsidérée¹¹⁴⁶.

Par ailleurs, de nombreux recours suivaient la voie définie par l'article 13 du règlement de discipline générale dans les armées, relatif à la contestation des punitions disciplinaires, alors même que l'objet du recours n'y avait pas attrait.

2 - Le dévoiement de la procédure définie à « l'article 13 »

La procédure définie par l'article 13 du règlement de discipline générale de 1975 a été reprise pour l'essentiel aux articles R4137-134 et suivants du Code de la défense¹¹⁴⁷. Il s'agissait pour le militaire s'estimant injustement sanctionné d'inscrire son recours dans un registre spécialement destiné à cet effet et présent dans toutes les unités. Son recours était porté en dernier recours à la connaissance du ministre. L'avantage d'un tel recours était de permettre le réexamen de la punition disciplinaire dans des délais bien plus brefs que s'il avait été soumis au contrôle du juge administratif¹¹⁴⁸. En outre, ce recours hiérarchique interrompait le délai de recours contentieux s'il était introduit dans les deux mois à compter de la notification de la décision contestée.

L'efficacité de cette procédure a conduit les militaires à l'utiliser pour faire réexaminer des décisions statutaires et indemnitaires, éloignées du domaine disciplinaire. Mais une telle perversion de la

¹¹⁴⁵ Article 20 du décret n° 74-338 du 22 avril 1974 *relatif aux positions statutaires des militaires de carrière*.

¹¹⁴⁶ Conseil d'État, 21 février 2000, *Czerwinsky* : req. n° 201024 ; Lebon tables p.840.

¹¹⁴⁷ Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 2 -A -Un recours administratif.

¹¹⁴⁸ Lequel ne s'estimait pas compétent pour connaître un tel recours avant sa jurisprudence *Hardouin* : Partie I -Titre 2 -Chapitre 2 -Section 1 -§ 2 -B -Un recours contentieux.

procédure fit rapidement l'objet de critiques du juge administratif¹¹⁴⁹. L'institution d'un recours administratif unique était ainsi vivement souhaitable.

B - L'instauration d'un organe administratif auprès du ministre pour connaître des recours administratifs

Le décret du 7 mai 2001¹¹⁵⁰ crée un organe unique pour connaître des recours administratifs hors domaine disciplinaire et du recrutement. Ce dernier est principalement composé de militaires (1) et est investi d'une compétence large couvrant de nombreux domaines (2).

1 - Un organe principalement composé de militaires

Les articles R4125-5 et suivants du Code de la défense précisent que la commission des recours des militaires (ci-après CRM) est principalement composée de militaires et d'officiers généraux. La présidence est, en effet, confiée à un officier général¹¹⁵¹ ou un contrôleur général des armées. Ce dernier est entouré de quatre officiers généraux appartenant aux différentes armées¹¹⁵² ; du directeur des ressources humaines du ministère de la Défense¹¹⁵³ ; un officier général ou de rang correspondant représentant l'armée ou la formation rattachée dont relève l'intéressé. À l'exception du directeur des ressources humaines du Ministère de la défense, pour chacun des membres, un suppléant est nommé.

Elle est également composée d'un rapporteur général, son adjoint et des rapporteurs choisis parmi des officiers ou des fonctionnaires de catégorie A. En outre, elle dispose d'un secrétariat permanent placé sous l'autorité du Président.

¹¹⁴⁹ Conseil d'État, 29 mars 1985, *Testa* : Req. n° 42612 ; Recueil Lebon tables p. 93 et 500. Conseil d'État, 19 janvier 1990, *Beau* : Req. n° 78782 ; Lebon tables p. 584. Conseil d'État, 26 mai 1999, *Riche* : req. n° 190554 ; inédit au Recueil Lebon. Conseil d'État, 21 février 2000, *Czerwinski* : op. cit..

¹¹⁵⁰ Décret no 2001-407 du 7 mai 2001 *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires*.

¹¹⁵¹ De la première section et en activité.

¹¹⁵² Terre, Air, Mer, Gendarmerie.

¹¹⁵³ Ou son représentant lequel ne sera pas nécessairement militaire.

La composition éminemment « étoilée » de la commission est la principale critique de la doctrine qui y voit une carence de représentativité (a), de formations spécifiques (b), d'indépendance et d'impartialité (c).

a - La représentativité,

Le Professeur Olivier GOHIN s'est demandé « *comment cette commission aussi étoilée qui ne saurait représenter le ministre, et en même temps si peu représentative de l'institution militaire, pourra-t-elle dans ces conditions, être le lieu du dialogue social qui devrait la justifier avec le caporal, le second maître ou le chef d'escadron qui devra la saisir¹¹⁵⁴ ?* ». Néanmoins, le pouvoir réglementaire n'a pas institué la CRM avec une mission « de dialogue social » de sorte qu'elle n'a pas à être représentative des catégories au sein des armées. En outre, comme nous le verrons par la suite, l'augmentation constante des saisines de la commission des recours des militaires depuis la création de cette dernière atteste que « le poids de la hiérarchie » n'a pas découragé les militaires s'estimant lésés.

b - Les formations spécifiques des membres.

Messieurs Florent BAUDE et Fabien VALLÉE relevaient l'absence de condition de diplôme ni de connaissances juridiques quant à la nomination des membres¹¹⁵⁵. Néanmoins, et tel que ces derniers l'indiquent, la CRM n'est pas un organe juridictionnel et, il serait regrettable qu'au stade précontentieux, il ne soit déjà plus possible de suggérer une décision de pure opportunité (*a fortiori* dans un sens favorable au requérant), quitte à ce qu'elle ne soit pas juridiquement parfaitement établie. De même, bien que des connaissances juridiques ne soient pas expressément exigées, les membres de la commission ont pu exercer, antérieurement à leur nomination au sein de l'organe, des responsabilités suffisamment importantes pour pouvoir apprécier le bien-fondé des recours des militaires. Qui plus est, une telle critique peut paraître étonnante en ce qu'elle s'adresse également au directeur de la direction des ressources humaines du ministère de la

¹¹⁵⁴ « *Le recours administratif préalable à l'encontre des décisions ministérielles relatives à la situation personnelle des militaires* » GOHIN Olivier: Droit et défense, 2001/2, p.32.

¹¹⁵⁵« *Droit de la défense* », BAUDE Florent, VALLÉ Fabien, éditeur Ellipses Marketing (23 octobre 2012), collection Université, p.633.

Défense qui, nous le présumons, est censé disposer de solides compétences dans le domaine statutaire. Par ailleurs, bon nombre des rapporteurs ont des compétences dans les domaines juridiques et des ressources humaines.

c - L'indépendance et l'impartialité

Messieurs Florent BAUDE et Fabien VALLÉE¹¹⁵⁶ ont pu s'interroger sur la portée critique d'un organe administratif « *sous coupe de l'Exécutif* ». En particulier, s'agissant des membres qui ne disposent d'aucune garantie statutaire d'indépendance vis-à-vis du ministre ; de sorte que leur clémence à l'égard de la demande d'un requérant puisse avoir des conséquences sur le renouvellement de leur mandat. Néanmoins, un tel raisonnement semble fantaisiste puisque, tel que nous le verrons par la suite, la commission des recours des militaires n'a pour mission que de rendre un avis sur la demande du requérant. Il appartient au ministre de décider *in fine*, en accord ou non avec l'avis rendu.

Les dangers d'une partialité de certains membres sur l'avis rendu¹¹⁵⁷ nous semblent également peu vraisemblables puisque, même à considérer que certains membres aient eu à connaître la décision litigieuse avant d'occuper leur mandat au sein de la commission, la collégialité de cette dernière est un avantage évitant précisément toute partialité. Surtout dans l'hypothèse où un membre serait à l'origine de l'acte litigieux, son nom apparaîtra nécessairement lors de la phase d'instruction et sera porté à la connaissance des autres membres lors de la phase d'examen. Au surplus, rappelons que la CRM ne rend qu'un avis, auquel le ministre n'est nullement lié ; c'est d'ailleurs ce qu'a pu préciser le Conseil d'État face à ce grief de la partialité des membres de la commission : « *M. A ne peut en tout état de cause soutenir que la décision du ministre serait entachée d'un défaut d'impartialité au seul motif tiré de ce que siégeait au sein de la commission de recours des militaires, dont l'avis ne liait pas le ministre, l'autorité dont le refus avait fait l'objet de ce recours administratif* ¹¹⁵⁸ ».

¹¹⁵⁶ « *Droit de la défense* », BAUDE Florent, VALLÉE Fabien: op.cit..

¹¹⁵⁷ Notamment rapportés par l'ADEFDROMIL dans un article publié sur son site internet « *Un outil efficace de discrimination et de régression du droit : la Commission des Recours des Militaires. L'éclairage de l'Adefdromil sur dix ans de fonctionnement de ce...machin* », Messieurs Jacques BESSY et Michel BAVOIL, mars 2012.

¹¹⁵⁸ Conseil d'État, 4 décembre 2009, *Monsieur David A.* : req. n° 303687 ; inédit au Recueil Lebon. Conseil d'État, 6 mai 2009, *Monsieur Mounir A.* : req.n°314876 ; inédit au Recueil Lebon.

2 - Une compétence matérielle vaste

Le décret du 7 mai 2001 définit largement la compétence de la CRM en lui octroyant une compétence de principe pour les actes individuels (a) et excluant, exceptionnellement, certaines décisions (b).

a - Une compétence de principe pour les actes individuels

L'article R4125-1 du Code de la défense précise que la commission des recours des militaires est compétente pour examiner tout recours exercé par un militaire à l'encontre d'un acte relatif à sa situation personnelle. Lors de la seconde lecture du projet de loi sur le référé devant la juridiction administrative au Sénat, Monsieur René GARREC, alors rapporteur, précisait que « *pratiquement, tous les recours des militaires devant la juridiction administrative concernent avant tout les rémunérations et le régime indemnitaire* ¹¹⁵⁹ ». Il est vrai que les recours intéressant le régime indemnitaire sont pléthore ; notamment l'attribution d'indemnités au titre de l'allocation chômage¹¹⁶⁰, la nouvelle bonification indiciaire¹¹⁶¹ ou la révision de la solde indemnitaire¹¹⁶². C'est surtout l'ensemble des contentieux tendant à faire reconnaître aux couples « Pacsés » les mêmes droits indemnitaires qui sont reconnus aux couples mariés¹¹⁶³ qui participa à accroître l'activité de la CRM à l'instar des recours dit « LOUVOIS » liés aux conséquences indemnitaires du logiciel de traitement des soldes¹¹⁶⁴.

Néanmoins, il serait trop réducteur de limiter la compétence de la commission des recours des militaires à ces seuls actes. Son « champ opératoire » est en effet bien plus vaste. Il s'y ajoute

¹¹⁵⁹ Rapport n° 210 (1999-2000) de M. René GARREC, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 février 2000, p.17 : www.senat.fr.

¹¹⁶⁰ Conseil d'État, 17 mars 2004, *Debraux* : req. n°244898 ; inédit au Recueil Lebon. Pour comparaison : Conseil d'État, 2 mars 2007, *M. B.* : req. n°291201 ; « *Le refus de l'allocation d'aide au retour à l'emploi à un ancien militaire ne peut faire l'objet d'un recours devant la commission des recours des militaires* », Recueil Lebon 2007.

¹¹⁶¹ Conseil d'État, 26 mars 2004, *Roudaut* : req. n°251988 ; inédit au Recueil Lebon.

¹¹⁶² Conseil d'État, 4 février 2005, *Dubois* : req. n°258894 ; « *Champ d'application de l'obligation de saisir la commission de recours des militaires* », Recueil Lebon 2005 .

¹¹⁶³ Conseil d'État, 19 juillet 2010, *Capitaine Montely* : req. n°334478 ; « *On peut légalement traiter différemment militaires et fonctionnaires civils dans la prise en compte du PACS* », AJDA 2010 p.1509.

¹¹⁶⁴ Cour administrative d'appel de Marseille, 20 mars 2015, *Mme B.* : req. n°14MA04518 ; inédit au Recueil Lebon.

également les recours à l'encontre des décisions emportant des conséquences sur la carrière telles que notamment la notation¹¹⁶⁵, l'avancement¹¹⁶⁶, le renouvellement d'un contrat¹¹⁶⁷, la protection juridique¹¹⁶⁸ et l'admission à la retraite¹¹⁶⁹.

Cependant, par amendement au projet de loi sur le référé devant la juridiction administrative, le Gouvernement cantonna le recours administratif préalable uniquement aux actes relatifs à la situation individuelle de l'agent, afin d'exclure les contentieux relevant de la sphère privée du militaire¹¹⁷⁰.

b - Une incompétence par exception pour certaines décisions

Dès l'origine de la loi du 30 juin 2000¹¹⁷¹, les actes relatifs au recrutement des agents et à l'exercice du pouvoir disciplinaire ont été exclus du dispositif puisque ces mesures étaient « *les plus lourdes de conséquences du point de vue des agents et celles pour lesquelles l'intervention du juge administratif, pour produire des résultats effectifs, ne doit pas être différée* », comme l'a souligné la garde des sceaux lors de la discussion du projet de loi en première lecture à l'Assemblée nationale¹¹⁷².

En outre, l'article R4125-1 2° du Code de la défense exclut expressément les actes et décisions « *pris en application du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre et du code des pensions civiles et militaires de retraite ainsi que ceux qui relèvent de la procédure*

¹¹⁶⁵ Conseil d'État, 8 juillet 2005, *Henkinet* : req. n°262417 ; « *Des conditions de saisine de la commission de recours des militaires* », Recueil Lebon 2005 .

¹¹⁶⁶ Conseil d'État, 4 novembre 2005, *Marquaille* : req. n°262845 ; inédit au Recueil Lebon. Sur les recours concernant l'avancement, voir également « *La Commission des recours militaires : premier bilan de l'examen des actes relatifs à l'avancement* », RENAUDIE Virgile, AJFP 2007 p.51.

¹¹⁶⁷ Conseil d'État, 9 août 2006, *Caron* : req. n°281972 ; « *Illégalité du non renouvellement d'un contrat lié à la grossesse* », AJDA 2006 p.2196.

¹¹⁶⁸ Conseil d'État, 28 juillet 2003, *Villelegier* : req. n°258142 ; « *Recours administratif préalable pour les militaires, même après leur radiation des cadres* », AJFP 2003 p.54.

¹¹⁶⁹ Conseil d'État, 28 juin 2006, *Gatinois* : req. n°263625 ; inédit au Recueil Lebon.

¹¹⁷⁰ « *Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires* », PISSALOUX Jean-Luc: AJDA 2005, p.1042.

¹¹⁷¹ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*.

¹¹⁷² Rapport n° 2302, COLCOMBET François, fait au nom de la commission des lois, déposé le 29 mars 2000, p.16 : www.senat.fr.

organisée par les articles 112 à 124 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique ».

Néanmoins, le juge administratif adopte une interprétation stricte des cas d'exclusion à la compétence de la commission des recours des militaires de sorte qu'il a pu considérablement limiter la portée de ces derniers. Ainsi, bien que la CRM soit incompétente pour des décisions relevant du disciplinaire, elle retrouve toute compétence pour connaître des demandes indemnitaires consécutives à l'annulation d'une sanction disciplinaire illégale¹¹⁷³.

De même, son incompétence pour les actes relatifs au recrutement ne s'étend pas au refus de renouvellement d'un contrat¹¹⁷⁴. Pour reprendre les mots du rapporteur public, Monsieur Nicolas BOULOUIS, dans ses conclusions dans la jurisprudence *Latrasse*¹¹⁷⁵ : « *la CRM est compétente dès lors que [l'intéressé est déjà militaire], ce qui inclut dans son champ de compétences, outre les renouvellements d'engagement, tous les actes de promotion interne au sens large* ».

C - Une renonciation implicite de tout recours contentieux en l'absence de RAPO

L'article R4125-1 du Code de la défense prévoit que tout acte contentieux formé par un militaire à l'encontre d'actes relatifs à sa situation personnelle est précédé d'un recours administratif préalable, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux exercé. Cette irrecevabilité est un moyen d'ordre public, tel que tous les moyens tirés de la violation des règles de compétence juridictionnelle ou des règles de recevabilité. Dans un arrêt de 2016, le Conseil d'État précise que le juge administratif doit rejeter le recours exercé par un militaire dès lors qu'il n'a pas été précédé d'un recours administratif préalable¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ Conseil d'État, 19 mars 2008, *Bussiere* : req. n°287475 ; « *Interprétation restrictive de la notion d'"exercice du pouvoir disciplinaire" devant la commission des recours des militaires* », AJFP 2008, p.332.

¹¹⁷⁴ Conseil d'État, 9 août 2006, *Caron* : req. n°281972 ; op. cit..

¹¹⁷⁵ Conseil d'État, 28 janvier 2011, *Latrasse* : req. n° 338513 ; « *Le caractère obligatoire du recours préalable s'apprécie au regard de l'objet implicite de la requête* », AJDA 2011 p.983.

¹¹⁷⁶ Conseil d'État, 25 janvier 2016, *M.A* : req. n° 387856 ; « *Saisine de la commission des recours des militaires : conséquence de l'absence de décision administrative préalable* », Recueil Lebon 2016.

Cependant, une fois que le militaire a adressé son recours à la commission des recours des militaires, il n'aura pas obligatoirement à attendre que cette dernière ait émis son avis pour saisir la juridiction administrative. En effet, dès lors que le requérant justifie de l'envoi de son recours auprès de la commission des recours des militaires, il peut conjointement saisir la juridiction administrative, sans avoir à attendre le délai de 4 mois dont dispose la commission pour lui notifier la décision du ministre¹¹⁷⁷.

§ 2 - Une procédure formaliste

L'exercice du recours administratif préalable obligatoire est encadré par une procédure quasiment calquée sur une procédure administrative contentieuse (C), qui suppose notamment que le requérant ait certaines qualités (A) et qu'il formule sa demande sous un certain délai (B).

A - Qualités du requérant

L'article R4125-1 du Code de la défense prévoit expressément que ce recours doit être exercé par le militaire s'estimant lésé par un acte relatif à sa situation personnelle, ce qui implique que le requérant soit nécessairement militaire (1) et qu'il ait un intérêt à agir (2).

1 - Un requérant nécessairement militaire

La première condition semble évidente. Néanmoins, il est possible que les proches de militaires puissent également avoir un intérêt à contester un acte faisant grief au militaire concerné. De même, le recours de certains militaires a pu soulever quelques interrogations tant ces derniers peuvent parfois occuper des fonctions à la croisée entre le domaine civil et militaire.

S'agissant de la saisine de la commission des recours par des tiers, l'hypothèse nous semble non envisageable eu égard à la formulation de l'article R4125-1 du Code de la défense précédemment cité et, surtout, à la lecture de la jurisprudence du Conseil d'État « *Société Leroy Merlin*¹¹⁷⁸ ». La Haute juridiction précisait en effet que le recours administratif préalable obligatoire n'est susceptible de s'appliquer qu'aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en

¹¹⁷⁷ D'autant plus qu'en pratique, la décision intervient fréquemment passé ce délai.

¹¹⁷⁸ Conseil d'État, 10 mars 2006, *Société Leroy Merlin* : req. n° 278220, Juris-Data n° 2006-069781.

organisent l'exercice. Les proches ayant capacité et intérêt à agir pourront alors aisément directement saisir la juridiction administrative mais ils ne pourront pas obtenir de cette dernière une décision de pure opportunité comme, éventuellement, l'intéressé pourrait en obtenir du ministre.

S'agissant des interrogations soulevées sur la faculté pour certains militaires de saisir la commission des recours des militaires, il n'existe plus à ce jour de telles incertitudes. Auparavant, le Conseil d'État avait encadré la compétence de la commission aux actes relevant strictement du ministre de la Défense. C'était notamment la position de la Haute juridiction en 2005¹¹⁷⁹ s'agissant des administrateurs des affaires maritimes : en l'espèce, un administrateur principal contestait une décision conjointe du ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer et du ministre de la Défense lui refusant l'annulation du décret portant inscription au tableau d'avancement. Le Conseil d'État, après avoir rappelé que « *le recours préalable à la commission de recours des militaires ne s'impose que pour contester des actes relevant exclusivement du ministre de la Défense* », déduisait que « *la commission de recours n'[était] pas compétente pour connaître des litiges nés des actes relatifs à la situation personnelle des administrateurs des affaires maritimes pris par le ministre chargé de la marine marchande* ».

Néanmoins, par décret du 27 janvier 2006¹¹⁸⁰, les recours contentieux « *des officiers du corps technique et administratif des affaires maritimes, du corps des administrateurs des affaires maritimes et du corps des professeurs de l'enseignement maritime à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle, à l'exception de ceux concernant leur recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire, sont précédés d'un recours administratif préalable formé devant la commission des recours des militaires* ».

Ainsi, la spécificité de certains militaires d'être sous l'autorité de deux ministres (dont le ministre de la Défense) ne pose désormais plus d'ambiguïtés sur la compétence de la commission des

¹¹⁷⁹ Conseil d'État, 8 juin 2005, *Chantrel* : req. n°259010 ; « *Le recours préalable à la commission de recours des militaires ne s'impose que pour contester des actes relevant exclusivement du ministre de la défense* », Recueil Lebon 2005. Voir aussi Conseil d'État, 9 janvier 2006, *Chantrel II* : req. n°275842 ; inédit au Recueil Lebon.

¹¹⁸⁰ Décret n°2006-88 du 27 janvier 2006 *relatif à la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires relevant du ministre chargé de la mer*.

recours des militaires s'agissant de actes relatifs à leur situation personnelle. Dès lors, la commission est compétente pour connaître les litiges portant sur des actes relatifs à la situation personnelle des militaires de la Gendarmerie Nationale, sous la double autorité des ministres de la Défense et de l'Intérieur.

2 - Un requérant présentant un intérêt à agir

Tout comme le recours pour excès de pouvoir devant une juridiction administrative, l'instruction du 7 juin 2001¹¹⁸¹ prévoit que le recours contre un acte n'est ouvert qu'aux militaires dont la situation personnelle est affectée par un acte individuel le concernant.

La notion d'intérêt à agir est ainsi bien plus limitée que celle entendue par les juridictions, puisque l'acte doit nécessairement concerner le militaire s'estimant lésé. Néanmoins, dans un couple militaire, il peut arriver qu'une décision affecte autant le militaire concerné que son conjoint. Il en va notamment ainsi dans l'hypothèse d'un ex-couple de militaires ayant eu un ou plusieurs enfants de leur union ; leur séparation aura nécessairement des conséquences, notamment indemnitaires¹¹⁸². Mais, par une lecture stricte de l'instruction du 7 juin 2001, seul le militaire directement concerné par l'acte litigieux pour saisir la commission des recours des militaires.

B - Délais pour contester la décision litigieuse

Qu'il s'agisse d'une décision explicite ou implicite, le militaire s'estimant lésé dispose d'un délai de deux mois pour exercer son recours.

¹¹⁸¹ Instruction n° 200900/DEF/SGA/DFP/FM/1, 7 juin 2001, *portant application des dispositions organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.*

¹¹⁸² À titre d'exemple, l'Indemnité pour charge militaire et la majoration de l'indemnité militaire seront versées au parent chez lequel la résidence du (des) enfant(s) sera fixée. Voir le « *Guide des droits financiers du militaire en cas de séparation* », DRH-MD/SRRH/SDFM/Bureau FM2.

1 - Pour une décision explicite ayant été notifiée

Le point de départ du délai est fixé au lendemain du jour de la notification de la décision litigieuse. L'administration militaire est relativement bienveillante à l'égard du requérant puisque la charge de la preuve de la notification incombe à l'auteur de la décision¹¹⁸³.

2 - Pour une décision explicite ayant été publiée

Plusieurs hypothèses de publication sont envisagées par instruction¹¹⁸⁴. Soit une publication au Journal officiel ou au Bulletin officiel des armées. Soit par voie d'affichage dans les enceintes militaires.

Dans ces cas, le délai d'exercice du recours commence le lendemain du jour de la publication.

Également bienveillante à l'égard du requérant, l'administration militaire prévoit que si ce dernier n'était pas en mesure d'en avoir connaissance, du fait des impératifs opérationnels, et surtout qu'il est en mesure de le démontrer, le délai d'exercice commence à compter du jour où le requérant est à nouveau en mesure d'en avoir connaissance.

3 - Pour une décision implicite

La contestation de la décision litigieuse est possible au lendemain du délai de deux mois suivants le dépôt de la demande auprès de l'autorité compétente.

Toujours par bienveillance, l'administration militaire précise que si au cours du délai d'exercice du recours contre une décision implicite de rejet d'une demande, une décision explicite de rejet de la même demande est notifiée au demandeur, alors le délai d'exercice du recours est à nouveau ouvert dans les conditions prévues pour une décision explicite¹¹⁸⁵.

C - Une procédure quasi-calquée sur une procédure administrative contentieuse

Cette procédure comporte quatre étapes : la saisine (1), l'instruction (2), l'examen (3) et l'avis (4).

¹¹⁸³ Instruction n° 200900/DEF/SGA/DFP/FM/1, 7 juin 2001 : op. cit., article 2.3.1.

¹¹⁸⁴ Instruction n° 200900/DEF/SGA/DFP/FM/1, ibidem, article 2.3.2.

¹¹⁸⁵ Instruction n° 200900/DEF/SGA/DFP/FM/1, ibidem, article 2.3.3..

1 - La saisine de la commission des recours des militaires

L'instruction de 2001¹¹⁸⁶ relative à l'organisation des recours administratifs préalables précise que la saisine de la commission est nécessairement effectuée par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre mentionne tous les arguments de fait ou de droit motivant la demande d'annulation (réformation) de l'acte litigieux. En outre, une copie de l'acte litigieux¹¹⁸⁷ doit être jointe à la demande. En l'absence desdites pièces, la commission des recours des militaires pourra mettre en demeure le militaire de les produire sous un délai de deux semaines et, à défaut d'y procéder, ce dernier sera réputé avoir renoncé à son recours.

Le formalisme exigé pour la saisine se justifie puisque, d'une part, c'est au lendemain de la date de la réception de la demande par le secrétariat de la commission des recours des militaires que débute le délai de quatre mois dont dispose le ministre pour statuer. D'autre part, seules les demandes formulées par le militaire devant la commission pourront faire l'objet d'un recours contentieux devant les juridictions administratives.

Par ailleurs, bien que seul le recours administratif préalable obligatoire conserve le délai du recours contentieux¹¹⁸⁸, le militaire peut très bien exercer d'autres recours administratifs (hiérarchique ou gracieux). L'avantage d'un tel recours pourrait être éventuellement d'obtenir plus rapidement satisfaction (même partiellement) de la demande et s'épargner une phase d'instruction et d'examen de la demande qui pourrait, à terme, aboutir à une décision identique. Puisque le recours administratif préalable obligatoire ne suspend pas l'exécution de l'acte litigieux, il pourrait être judiciaire pour le militaire concerné d'agir au plus rapidement que possible¹¹⁸⁹. Ainsi, l'article R4125-4 du Code de la défense précise qu'à tout moment, l'auteur du recours peut y renoncer par courrier simple adressé au secrétariat. De même, l'auteur de la décision peut également retirer sa décision tant que le ministre¹¹⁹⁰ n'a pas statué sur le recours.

Enfin, toujours dans l'optique de faciliter les démarches du militaire, l'administration militaire a prévu que dans l'hypothèse où la commission des recours des militaires était saisie d'un recours

¹¹⁸⁶ Instruction n° 200900/DEF/SGA/DFP/FM/1 portant application des dispositions organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.

¹¹⁸⁷ Ou la copie de la demande en cas de décision implicite.

¹¹⁸⁸ Conseil d'État, 19 mai 2004, *M. Éric Jouve* : req. n° 248175 ; Recueil Lebon p.234.

¹¹⁸⁹ *A fortiori* lorsque la décision contestée est un ordre de mutation.

¹¹⁹⁰ Ou les ministres, suivant la qualité du requérant.

ne relevant pas de sa compétence, son président est tenu de la transmettre à l'autorité compétence et d'en informer le requérant. Inversement, toute autorité destinataire d'un recours relevant de la compétence de la commission des recours des militaires est tenue de le lui transmettre sans délai et d'en aviser l'auteur du recours.

2 - L'instruction de la demande

La phase d'instruction a pour objectif de préparer le dossier en vue d'être examiné en « examen de séance » par les membres de la commission. Elle est conduite par un rapporteur ou plusieurs rapporteurs, désignés par le rapporteur général, dans un « *esprit d'indépendance, de neutralité et d'impartialité*¹¹⁹¹ ». Pour mener à bien sa mission le rapporteur dispose d'un accès à l'ensemble des informations concernant le dossier et il peut procéder à toute mesure utile ; en particulier, il peut solliciter des compléments d'informations auprès des administrateurs concernés par la demande ou après du demandeur.

Lors de l'instruction, le militaire doit pouvoir avoir connaissance des observations formulées par les autorités militaires informées du recours et, surtout, il doit être « *mis à même d'y répondre par écrit s'il le souhaite*¹¹⁹² ». Néanmoins, la Haute juridiction administrative considère qu'une fois que le requérant a été en mesure de répondre aux observations des autorités, celles adressées ultérieurement n'ont plus nécessairement à lui être communiquées¹¹⁹³. En effet, la CRM n'étant pas considérée comme une juridiction ou un organisme juridictionnel ou disciplinaire, il ne peut utilement être invoqué une méconnaissance du principe du caractère contradictoire de la procédure.

Une fois l'instruction achevée, le rapporteur l'adresse au rapporteur général et si ce dernier estime le dossier en état d'être examiné, il le transmet au président de la commission.

¹¹⁹¹ Instruction n° 200900/DEF/SGA/DFP/FM/1 op.cit., point 4.2. Également voir l'arrêté du 23 août 2010 *relatif aux règles de fonctionnement de la commission des recours des militaires et aux modalités d'examen des recours administratifs préalables*, article 5.

¹¹⁹² Conseil d'État, 18 décembre 2009, *Montalbano* : req. n° 327633 ; inédit au Recueil Lebon.

¹¹⁹³ Conseil d'État, 4 mai 2007, *Freiermuth* : req. n° 283948 ; « *Sur quels éléments peut porter la notation d'un militaire ?* », AJDA 2007, p.1319.

3 - L'examen de la demande

Une fois le dossier transmis au président de la commission, il revient à ce dernier d'inscrire le recours à l'ordre du jour et à convoquer les membres de la commission. Le président ne disposant pas de délégation de signature du ministre concerné, il ne peut rejeter un recours sur le fond, quand bien même il estimerait le militaire infondé¹¹⁹⁴.

Une fois les membres convoqués, l'article R4125-7 du Code de la défense précise qu'un quorum d'au moins 5 membres¹¹⁹⁵ doit être atteint ; en cas de partage des voix, celle du président sera prépondérante.

Lors de la phase d'examen, le militaire pourra être auditionné par les membres de la commission. Dans cette hypothèse, ce dernier pourra se faire assister, uniquement par un militaire en activité. Le caractère administratif et non juridictionnel de la commission des recours des militaires, les requérants ne peuvent s'y faire représenter par un avocat¹¹⁹⁶.

En raison de son caractère administratif, la commission des recours des militaires n'est pas soumise au respect des règles d'un procès équitable tel que prévue par la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est d'ailleurs un grief récurrent qui lui est reproché par la doctrine¹¹⁹⁷, en particulier l'absence de contradictoire durant l'examen de la demande. Nous reconnaissons que l'avis en serait d'autant plus pertinent ; néanmoins, comme l'a rappelé à de multiples reprises la Haute juridiction¹¹⁹⁸, la commission n'a pour vocation que de rendre un avis et exiger le principe du contradictoire conduirait nécessairement à imposer que soient réalisées des diligences qui pourraient, le plus souvent, alourdir la procédure et retarder d'autant la décision du ministre. Il nous

¹¹⁹⁴ Conseil d'État, 19 mai 2004, *Minjaud* : req. n°254480 ; inédit au Recueil Lebon. Voir aussi : Conseil d'État, 19 mai 2004 *Impini* : req. n°250826 ; « *Le président de la commission des recours des militaires n'a pas le pouvoir de rejeter le recours* », Recueil Lebon 2004.

¹¹⁹⁵ Membres titulaires ou suppléants, dont le président de la commission.

¹¹⁹⁶ Voir notamment : Conseil d'État, 27 novembre 2002, *Bourrel et ADEFDROMIL* : req. n° 234748 ; AJDA 2003, p.442, note ROULOT.

¹¹⁹⁷ BAUDE Florent, VALLÉ Fabien, « *Droit de la défense* », éditeur Ellipses Marketing (23 octobre 2012), collection Université, p. 642.

¹¹⁹⁸ Conseil d'État, 8 février 2006, *Ung* : req. n°272564 ; inédit au Recueil Lebon. Conseil d'État, 2 septembre 2009, *Clouet* : req. n°312832 ; inédit au Recueil Lebon.

semble, d'ailleurs, que la volonté du législateur et du pouvoir réglementaire a toujours été d'instituer un organe administratif présentant certaines garanties procédurales au requérant, sans pour autant aboutir à un formalisme excessif qui sera, de toute manière, exigé si le recours administratif était porté au contentieux.

4 - L'avis de la commission des recours des militaires

Comme nous l'évoquions à de multiples reprises, l'avis de la commission ne constitue pas une décision et n'a seulement vocation que d'être consultatif. De cette évidence découle de nombreuses conséquences procédurales que nous étudions précédemment. De même, il ne peut faire l'objet d'une suspension¹¹⁹⁹ et il ne peut légitimement lui être fait grief d'être insuffisamment motivé¹²⁰⁰.

L'avis consiste simplement à recommander au ministre¹²⁰¹ de refuser ou d'agréer, de manière totale ou partielle, la demande du requérant.

Malgré les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de la commission des recours des militaires, force est de constater que le RAPO s'est progressivement répandu au sein des militaires depuis le décret de 2001¹²⁰² ; alors même que la contestation de décisions est longtemps restée proscrite dans l'esprit des militaires.

§ 3 - Un recours fortement utilisé par les militaires

Le dispositif du recours administratif préalable obligatoire institué par la loi du 30 juin 2000¹²⁰³ et précisé par le décret du 7 mai 2001¹²⁰⁴ a été globalement bien admis dans l'institution militaire et

¹¹⁹⁹ Conseil d'État, ordonnance, 22 février 2005, *Duval* : req. n°277790 ; inédit au Recueil Lebon.

¹²⁰⁰ Conseil d'État, 4 mai 2007, *Freiermuth* : req. n°283948 ; AJDA 2007, p.1319.

¹²⁰¹ Ou aux ministres, suivant la qualité du requérant.

¹²⁰² Décret n°2001-407 du 7 mai 2001 *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.*

¹²⁰³ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives.*

¹²⁰⁴ Décret n°2001-407 du 7 mai 2001 *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires.*

les requérants ont généralement eu des décisions satisfaisantes (A). D'ailleurs, les décisions du ministre après avis de la CRM font moins l'objet de recours contentieux (B).

A - Des décisions satisfaisant globalement les requérants

Avec des décisions du ministre qui, le plus souvent, rejoignent l'avis émis par la CRM (3) et la possibilité pour les requérants de mettre en œuvre d'autres mécanismes durant leur recours administratif préalable obligatoire (ci-après RAPO) (2), ces derniers en sont globalement satisfaits. D'ailleurs, la progression constante des recours en est la traduction (1).

1 - Des recours en constante progression

Le rapport d'activité de la commission des recours des militaires de 2015¹²⁰⁵ relève un nombre de recours de 6 614 dossiers, soit 1 751 recours de plus que l'année passée.. Certaines années font apparaître des afflux conséquents de recours. En 2010, la commission a enregistré 4 681 recours ; ce « pic » s'explique par d'importantes séries de recours : une première série liée aux droits financiers attachés au pacte civil de solidarité (PACS), avant l'intervention du décret du 10 janvier 2011, et ceux attachés au régime fiscal applicable à des militaires qui avaient été affectés en République de Djibouti. En 2014, le nombre de recours atteignait 4863 ; cet afflux est la conséquence des reprises de trop-perçus de solde liées aux dysfonctionnements du calculateur de solde

« LOUVOIS ». En 2014, l'objet des recours portait majoritairement sur les droits financiers (78,16%), dont plus d'un tiers sur les conséquences des dysfonctionnements du calculateur de solde « LOUVOIS ». Les recours portant sur les droits statutaires (21,83%) se répartissaient principalement entre les contestations des notations (7,51%), les recours dits « lien au service¹²⁰⁶ » (3,96%) et les mutations (2,61%).

2 - Des mécanismes mis en place parallèlement à la procédure du RAPO

Il nous semble que la procédure instituée pour les recours administratifs obligatoires satisfait les attentes des requérants. En effet, en comparant l'année 2008, année de référence dans le rapport de l'activité de 2015¹²⁰⁷, à l'année 2010 qui a connu un afflux considérable de recours comme nous

¹²⁰⁵ « Rapport annuel d'activité pour l'année 2015 », commission des recours des militaires, 18 juillet 2016, ministère de la Défense, p.5.

¹²⁰⁶ Renouvellement d'engagement, résiliation ou dénonciation de contrat.

¹²⁰⁷ « Rapport annuel d'activité pour l'année 2015 », op.cit..

l'évoquions précédemment, nous constatons qu'en plus de l'augmentation significative des recours enregistrés par la commission des recours des militaires (+160% en 2010 par rapport à 2008), la part de dossiers examinés par la commission s'est également considérablement accrue (53% de dossiers examinés en 2008 et 72% en 2010). Constat, de prime abord évident. Mais, en faisant la même comparaison, cette fois entre 2008 et 2015 (+226% de recours enregistrés), nous constatons que la part de dossiers examinés par la commission a paradoxalement diminué et ce, de manière excessive (53% en 2008 contre 23% en 2015). Le rapport d'activité distingue les dossiers non examinés par la commission en raison d'un incident de procédure¹²⁰⁸ de ceux non examinés par désistement car devenus sans objet¹²⁰⁹. La première catégorie de dossiers non examinés est relativement stable chaque année (en moyenne 709 dossiers), alors que la seconde catégorie a notablement augmenté (environ 500 désistements de 2008 à 2010 et 1 139 en 2015). Les désistements au cours de la procédure par les requérants peuvent sous-entendre que ces derniers ont pu obtenir, au moins partiellement, une réponse satisfaisante. Et probablement, les mécanismes mis en place pour contenir les recours « torrentiels » liés aux dysfonctionnements du calculateur de solde « LOUVOIS » n'y sont pas étrangers. En outre, dans le même état d'esprit, l'administration militaire a institué en 2015 une procédure de médiation en cas de litige. Cette nouvelle procédure confie le rôle de médiateur aux inspecteurs généraux, lesquels avaient déjà un rôle analogue puisqu'ils pouvaient être sollicités par tout militaire d'une question relative à sa situation personnelle, aux conditions d'exécution du service ou à la vie en communauté¹²¹⁰. Néanmoins, le champ de compétence des médiateurs est encore plus réduit que celui de la commission des recours des militaires puisque l'arrêté¹²¹¹ qui en précise les modalités prévoit que sont exclus les litiges liés aux « actes ou à des décisions concernant le recrutement du militaire ou l'exercice du pouvoir disciplinaire », ceux liés aux « actes ou à des décisions pris en application du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre et du code des pensions

¹²⁰⁸ Irrecevabilité, forclusion, absence de régularisation.

¹²⁰⁹ La décision faisant grief a été retirée ou l'auteur du recours s'est désisté après avoir obtenu partiellement ou totalement satisfaction.

¹²¹⁰ Article D4121-2 du Code de la défense.

¹²¹¹ Arrêté du 30 mars 2015 *relatif à la fonction de médiateur militaire*.

militaires de retraite ainsi qu'à ceux qui relèvent de la procédure organisée par les articles 112 à 124 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable ». En outre, sont également exclus les litiges liés au « traitement automatisé de la liquidation et du paiement de la solde et des accessoires de solde ». Néanmoins, selon le rapport d'activité de 2015, l'Inspection générale des armées (ci-après IGA) relève que sur les 147 demandes de médiation, « 53% des médiations voient le conflit disparaître pendant ou après le traitement par l'IGA. Dans 40% des cas, il y a rappel de la règle, un classement sans suite ou la saisine d'un autre service. Enfin, la médiation n'aboutit pas à une extinction du conflit dans 7% des cas¹²¹² ».

3 - Des décisions du ministre dans le sens des avis de la CRM

La commission des recours soumet à la décision du ministre trois types d'avis. Soit l'agrément de la demande du requérant, soit son agrément partiel, soit son rejet.

Sur le 1 576 recours ayant fait l'objet d'un avis de la CRM en 2015, 283 ont fait l'objet d'un avis d'agrément, 348 d'un agrément partiel et 754 d'un rejet¹²¹³. Globalement, la décision du ministre a suivi l'avis de la commission dans 75,20% des cas pour les agréments (213), 91,30% des cas pour les agréments partiels (318) et 97,60% des cas pour les rejets (736).

En outre, nous relevons que, très souvent, lorsque la décision diffère de l'avis, c'est dans un sens plus favorable pour le requérant. Ceci explique notamment la différence des rejets proposés et ceux prononcés.

Enfin, dans son rapport de 2015, la commission des recours des militaires considère que le taux de satisfaction des requérants est très honorable. Ce taux de satisfaction mesure le nombre de décisions positives (agrément total ou partiel) lorsque la procédure a été menée à son terme. En l'occurrence, sur les 2 211 recours qui ont débouché sur une décision, 1 410 ont connu une issue favorable, soit 63,67%, ce qui démontre une évolution vis-à-vis de 2013 qui atteignait un score de 53,9%. Nous relevons que le taux de satisfaction est particulièrement élevé s'agissant des recours liés aux dysfonctionnements du calculateur de solde « LOUVOIS » (83,69%)¹²¹⁴.

¹²¹² « Rapport annuel des médiateurs militaires », collège des inspecteurs des armées, 2015, ministère de la Défense, p.15.

¹²¹³ « Rapport annuel d'activité pour l'année 2014 », op.cit., p.15.

¹²¹⁴ « Rapport annuel d'activité pour l'année 2015 », op.cit., p.21.

B - Des décisions faisant moins l'objet de recours contentieux

Les chiffres qui sont communiqués par la commission des recours sont à considérer avec grande prudence puisque, tel que le rapport⁶²⁹ l'indique, ils correspondent aux recours contentieux dont l'existence est connue de la commission. Mais cette dernière n'est nécessairement pas informée d'un recours contentieux auprès d'une juridiction administrative puisque c'est bien la décision finale, et non l'avis, qui fera l'objet du recours. Néanmoins, les proportions qui se dessinent au travers des chiffres communiqués semblent pertinentes. En 2007, 8,8% des décisions donnaient lieu à contentieux auprès d'une juridiction administrative. En 2010, la proportion s'accrut pour atteindre les 11,8%. Cette hausse se justifie en partie en raison des recours aux droits financiers attachés au pacte civil de solidarité (PACS), avant l'intervention du décret du 10 janvier 2011¹²¹⁵. Mais en 2014, la proportion diminue considérablement pour atteindre à peine les 4%. Cette forte diminution s'explique en raison, à la fois par les mécanismes mis en place parallèlement à la procédure et le « taux de satisfaction¹²¹⁶ ».

La satisfaction est d'autant plus caractérisée que le RAPO a pour conséquence qu'une nouvelle décision se substitue à l'ancienne avant tout recours contentieux.

§ 4 - Une décision du ministre se substituant à la décision d'origine

Bien que la décision du ministre ait vocation à se substituer à l'acte litigieux (A), elle ne peut pour autant régulariser l'ensemble des irrégularités qui entachaient l'acte précédent (B).

A - Le retrait de la décision originale

Par principe, la décision prise par le ministre¹²¹⁷, en se substituant à la décision d'origine, fait disparaître cette dernière. De ce fait, le militaire ne pourra fonder son recours contentieux sur des griefs inhérents à la première décision ayant fait l'objet d'un recours administratif préalable

¹²¹⁵ Décret n° 2011-38 du 10 janvier 2011 *relatif à la prise en compte du pacte civil de solidarité dans le régime indemnitaire des militaires et modifiant diverses dispositions relatives à la délégation de solde des militaires.*

¹²¹⁶ Tel qu'étudié dans le développement précédent.

¹²¹⁷ Ou les Ministres, selon les cas.

obligatoire¹²¹⁸. Il pourra toutefois invoquer devant le juge administratif tout moyen de droit nouveau, même s'il n'avait pas été invoqué à l'appui du recours administratif, dès lors qu'il se rapporte au même litige que celui porté devant la CRM¹²¹⁹.

Il pourra également soulever devant le juge administratif les irrégularités de l'ancienne décision si la décision « nouvelle » ne permet pas de régulariser lesdites irrégularités.

B - Une nouvelle décision n'apportant pas « régularisation » de la procédure irrégulière de l'acte retiré

Par un arrêt du 3 novembre 2003¹²²⁰, le Conseil d'État considérait que la substitution de la décision d'origine pouvait également « régulariser » une procédure entachée d'irrégularité. En l'espèce, il s'agissait d'un recours exercé par un militaire contestant sa notation et, plus particulièrement, reprochant l'absence d'entretien avec son notateur à l'occasion duquel sont communiquées les notes et appréciations. Pour écarter ce moyen, la Haute juridiction relevait que l'examen complet qui incombait à la commission des recours des militaires présentait les garanties suffisantes pour « régulariser » la procédure litigieuse. Cette conception, très contestable, fut - fort heureusement - contredite trois années plus tard. Le revirement fut opéré par un arrêt du 24 novembre 2006¹²²¹. En l'espèce, il s'agissait également de l'absence d'entretien lors des notations et de communication des notes et appréciations à militaire. Après avoir rappelé par principe que la décision prise par le ministre de la Défense, après avis de la commission, s'est substituée entièrement à la décision de notation initiale, le Conseil d'État précise que « *si l'exercice d'un [recours administratif préalable obligatoire] a pour but de permettre à l'autorité administrative, dans la limite de ses compétences, de remédier aux illégalités dont pourrait être entachée la décision initiale, sans attendre l'intervention du juge, la décision prise sur le recours n'en demeure pas moins soumise elle-même au principe de légalité ; qu'il en résulte que lorsque la décision initiale a été prise selon une procédure entachée d'une irrégularité à laquelle le ministre de la Défense, saisi d'un recours*

¹²¹⁸ Conseil d'État, 24 septembre 2003, *Martineau*, req. n°248514 ; « *Recours contre la mutation d'un militaire* », AJDA 2004 p.165 .

¹²¹⁹ Conseil d'État, 21 mars 2007, *Garnier* : req. n° 284586 ; JurisData n° 2007-071623 ; Rec. CE 2007, p. 128 ; « *Pas de cristallisation du débat contentieux dès l'exercice du recours administratif préalable obligatoire* », AJDA 2007 p.661.

¹²²⁰ Conseil d'État, 3 novembre 2003, *Hello* : req. n°248606 ; « *Notation d'un militaire par le ministre après intervention de la commission des recours* », Recueil Lebon 2003.

¹²²¹ Conseil d'État, 24 novembre 2006, *Guinot* : req. n°275645 ; « *Condition de retrait d'une notation irrégulière* », AJDA 2007 p.325.

présenté devant la commission des recours des militaires, ne peut remédier, il incombe au ministre de rapporter la décision initiale et d'ordonner qu'une nouvelle procédure, exempte du vice qui l'avait antérieurement entachée, soit suivie ». En d'autres termes, les garanties prévues lors d'un recours administratif préalable obligatoire n'ont pas pour vocation de pallier les dysfonctionnements et absences de garanties statutaires qui auraient pu intervenir lors de la décision initiale.

Conclusion du chapitre 2

L'arbitraire du commandement s'est progressivement effacé au point que le militaire dispose désormais de garanties vis-à-vis des décisions le concernant. Dans le domaine disciplinaire, le militaire dispose à la fois de droits tout au long de la procédure et de recours à l'endroit de la sanction prononcée à son encontre. Cette dernière étant considérée comme un acte faisant grief, le juge administratif va exercer un contrôle qui s'est progressivement étendu.

Dans les autres domaines statutaires, le militaire est tenu d'exercer, avant toute saisine du juge administratif, un recours administratif préalable. La décision litigieuse est portée à la connaissance de la commission des recours des militaires, laquelle émet un avis adressé au ministre qui appréciera s'il y a lieu d'accéder (totalement ou partiellement) à la demande du militaire, ou de la rejeter. Le recours administratif préalable obligatoire avait été institué par la loi du 30 juin 2000¹²²² pour l'ensemble des agents publics, mais ce ne sont véritablement que les seuls militaires qui avaient été concernés par cette disposition¹²²³.

Le recours administratif préalable obligatoire constitue véritablement « *une expérience réussie*¹²²⁴ » puisque le mécanisme institué permet au militaire d'obtenir l'examen d'un acte faisant grief suivant une procédure ressemblant à celle devant une juridiction administrative, à ceci près que l'avis de la commission et la décision finale du ministre n'auront pas nécessairement à être

¹²²² Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*.

¹²²³ Décret no 2001-407 du 7 mai 2001 *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires*.

¹²²⁴ « *Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires* », PISSALOUX Jean-Luc: op. cit..

exclusivement fondé en droit. D'autant plus que le militaire peut s'être également engagé sur la voie de la médiation avec l'administration militaire en sus de son recours administratif. Cette voie est également suivie par la fonction publique civile puisque l'article 5-V de la loi du 18 novembre 2016 précise qu'« à titre expérimental et pour une durée de quatre ans à compter de la promulgation de la présente loi, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire¹²²⁵ ». Par ailleurs, le RAPO tend au « désengorgement du prétoire du juge administratif ¹²²⁶ ».

Ce dernier objectif a été pleinement atteint au point que le Conseil d'État a recommandé la généralisation du RAPO, notamment pour la fonction publique civile¹²²⁷. Néanmoins force est de constater qu'un tel procédé a du mal à s'imposer dans la fonction publique autre que militaire. Aussi, près de 11 ans après l'instauration d'un RAPO à l'égard des militaires, un décret du 10 mai 2012 institua à titre expérimental un RAPO à l'égard des agents civils de l'État¹²²⁸. Néanmoins, outre le fait que ce recours administratif ne s'imposait qu'aux agents de la fonction publique étatique et qu'à titre expérimental durant deux années¹²²⁹, son champ d'application était bien plus limité que celui défini pour les militaires. L'article 1^{er} du décret de 2011¹²³⁰ dressait, en effet, une

¹²²⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de *modernisation de la justice du XXI^e siècle*. Les conditions sont fixées par le décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 *relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif*. Ce dernier précise également les modalités d'articulation de la médiation à l'initiative des parties avec la procédure de recours administratif préalable obligatoire devant la commission des recours des militaires.

¹²²⁶ « *Recours administratifs préalables obligatoires (RAPO) et autres procédures de recours internes obligatoires. - Ou l'autonomisation de sous-ordres juridiques* », KERNÉIS-CARDINET Mathilde: JCP-Administrations et collectivités territoriales, n° 14, 7 avril 2014.

¹²²⁷ « *Les recours administratifs préalables obligatoires* », les études du Conseil d'État, 2008 : La documentation française.

¹²²⁸ Décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 « *portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'État* ».

¹²²⁹ Jusqu'au 16 mai 2014.

¹²³⁰ Décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 : op. cit..

liste exhaustive des domaines des décisions qui devaient faire l'objet d'un RAPO ; alors que le décret de 2001¹²³¹ prévoit que le recours administratif préalable est obligatoire de manière générale à l'exception des décisions résultant des domaines disciplinaire et de recrutement.

Conclusion du titre 2

L'obéissance est l'une des caractéristiques essentielles à l'état militaire. Bien qu'elle soit vraisemblablement exigée de manière plus rigoureuse aux militaires qu'aux autres agents publics, elle ne peut (plus) aboutir à leur soumission.

D'une part, du fait de la complexité de la société contemporaine, des conflits armés et des équipements et matériels utilisés par les militaires pour accomplir leur mission, il n'est plus possible d'exiger des militaires d'exécuter machinalement des ordres. Désormais, les soldats doivent mettre en œuvre à bon escient toutes les compétences acquises pour accomplir les missions. Ils doivent ainsi conseiller le commandement sur les ordres à donner, les exécuter en bonne intelligence et rendre compte, en particulier lorsque l'ordre n'a pas pu être accompli. En ce sens l'obligation d'obéissance s'assimile à celle exigée des autres agents publics. À ce titre, ils ne sont pas tenus d'exécuter un ordre manifestement illégal ; voire, certains peuvent littéralement se retirer d'un poste dangereux sous certaines conditions. Néanmoins, la désobéissance doit être appréciée attentivement par le militaire avant d'y procéder puisque si cette dernière s'avérait abusive, elle pourrait avoir des conséquences malheureuses, aussi bien sur un plan disciplinaire que pénal.

L'objectif a surtout été d'encadrer la notion d'arbitraire du commandement, en particulier s'agissant des décisions pouvant avoir des conséquences importantes sur la carrière, telles que les sanctions disciplinaires ou professionnelles. À cette fin, la décision doit être prise à l'issue d'une procédure contraignante dont la complexité varie selon la gravité de la sanction envisagée. Cette procédure, dont la complexité est en soi une garantie pour l'intéressé, consacre à ce dernier un droit de la défense.

L'obéissance plutôt que la soumission a également pour conséquence que les militaires peuvent contester une décision les concernant qu'ils jugeraient injuste. Au-delà de la simple faculté offerte à tout militaire de pouvoir « passer au rapport », c'est-à-dire de pouvoir appeler l'attention de sa

¹²³¹ Décret no 2001-407 du 7 mai 2001 : op. cit..

hiérarchie sur sa situation personnelle et, surtout, de lui demander d'y remédier, le législateur ainsi que l'administration militaire ont progressivement renforcé les mécanismes juridiques pour permettre aux militaires de contester les décisions pour lesquelles ils s'estiment lésés. Ainsi, une fois la décision prise, le militaire peut exercer un recours administratif à son encontre ; soit, en matière disciplinaire¹²³², par l'exercice d'un recours gracieux ou hiérarchique¹²³³ jusqu'au ministre de la Défense¹²³⁴, soit, en d'autres domaines¹²³⁵, par la saisine de la commission des recours des militaires qui, après avis, lui notifiera la décision du ministre¹²³⁶.

Parallèlement, la jurisprudence a connu également de nombreuses évolutions visant à reconnaître au militaire un véritable droit à un recours effectif ; notamment en accueillant leurs recours relatifs à une décision de sanction disciplinaire¹²³⁷ et en réalisant un contrôle de la décision plus étendu¹²³⁸.

Du fait de l'ensemble de ces évolutions, visant à réduire l'arbitraire du commandement et à reconnaître un droit de contestation des décisions par lesquelles l'intéressé pourrait s'estimer lésé, le statut général des militaires s'est considérablement rapproché de celui des fonctionnaires civils. Un tel rapprochement en la matière ne peut être que satisfaisant tant il est vrai qu'aussi bien juridiquement que socialement, il ne semble plus possible dans la société actuelle que des agents de l'État soit littéralement soumis à leur hiérarchie.

Par ailleurs, à l'instar des fonctionnaires, l'obéissance qui est exigée des militaires conduit ces derniers à commettre ou subir des actes que l'État devra nécessairement prendre en charge.

.

¹²³³ Suivant la catégorie de la sanction.

¹²³⁴ Et de l'Intérieur, suivant les cas.

¹²³⁵ À l'exclusion des recrutements et des décisions visées à l'article R4125-1 2° du Code de la défense.

¹²³⁶ Ou des Ministres selon les cas.

¹²³⁷ Excluant ce type de décision du champ des mesures d'ordre intérieur.

¹²³⁸ D'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation à un contrôle normal.

Titre 3 - Des protections juridique, sociale et médicale

Ces Français que nous fûmes contraints de jeter dans la bataille, ils ont des droits sur nous. Ils veulent qu'aucune de nos pensées ne se détourne d'eux, qu'aucun de nos actes ne leur soit étranger. Nous leur devons tout, sans aucune réserve¹²³⁹.

Le deuxième alinéa de l'article L4111-1 du Code de la défense dispose que l'état militaire comporte des devoirs et des sujétions qui « *méritent le respect des citoyens et la considération de la Nation* ». Cette considération consiste notamment à reconnaître aux militaires des mécanismes de protection face aux désagréments liés à leur activité (Chapitre 1), mais encore faut-il que l'activité soit exercée de manière convenable par le militaire qui revendiquerait le bénéfice d'une telle protection (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Une protection face aux désagréments liés à l'activité des militaires

Historiquement, les agents publics ont connu de nombreuses évolutions passant d'un statut d'impunité à celui de justiciable. S'agissant de l'impunité, la loi des 16-24 août 1790 interdisait dans son article 13 aux juridictions de troubler « *de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions¹²⁴⁰* ». Puis, l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire de l'an VIII soumettait à l'autorisation du Conseil d'État la possibilité de poursuivre un fonctionnaire. Mais, progressivement, le législateur ainsi que les juridictions¹²⁴¹ ont admis que l'action de l'administration pouvait être fautive et ouvrir droit à indemnisation. Par ailleurs, l'engagement de la responsabilité de l'administration ne faisait pas obstacle à l'engagement d'actions individuelles contre l'agent devant le juge pénal¹²⁴². Aussi, qu'il s'agisse de la fonction publique civile ou militaire, le législateur ainsi que l'administration ont mis

¹²³⁹ Extrait de la Déclaration de Georges CLÉMENTCEAU au Sénat. 20 novembre 1917.

¹²⁴⁰ Loi du 16 août 1790 *sur l'organisation judiciaire, dite des 16-24 août 179* : Recueil Duvergier page 361.

¹²⁴¹ Administratives et répressives.

¹²⁴² « *La protection fonctionnelle des agents publics : certitudes et aléas* », GRABARCZYK Katarzyna: AJDA 2008, p.1472.

en place des mécanismes destinés à protéger les agents publics, d'une part, dans l'hypothèse où ils seraient victimes d'infraction et/ou de préjudices (Section 1), d'autre part, dans l'hypothèse où ils en seraient auteurs (Section 2).

Section 1 - Dans l'hypothèse où les militaires sont victimes d'infractions et/ou de préjudices

Le Code de la défense prévoit dans son article L4123-10 premier alinéa 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* ». Ils sont ainsi protégés des atteintes et menaces liées au service (§1). Par ailleurs, l'article L4123-2 premier alinéa du même Code prévoit que « *les militaires bénéficient des régimes de pensions ainsi que des prestations de sécurité sociale* ». L'État les garantit ainsi des conséquences médico-sociales de leur activité (§2).

§ 1 - Une protection face aux menaces, attaques et atteintes à l'encontre du militaire dans l'exercice de ses fonctions

Durant l'exercice du service, le militaire peut être exposé à des risques et en être victime. C'est bien évidemment son employeur¹²⁴³ qui devra couvrir son agent de ces vicissitudes en lui garantissant une protection juridique (A) et une indemnisation résultant des atteintes dont il serait victime (B).

A - La protection juridique

L'article L4123-10 du Code de la défense précise dans son second alinéa que l'État est tenu de protéger les militaires contre les menaces et les attaques dont ils peuvent faire l'objet à l'occasion de l'exercice de leur fonction. Cette protection ne vise pas exclusivement que les militaires (1) et sa mise en œuvre dépend des menaces et des attaques dont ils ont été victimes (2), en distinguant toutefois les hypothèses particulières dans lesquelles l'auteur des atteintes serait précisément l'administration (3).

¹²⁴³ Le plus souvent, l'État. Mais des militaires peuvent être également détachés au profit d'un autre employeur, tels les sapeurs-pompiers de Paris sont mis à la disposition de la Préfecture de police de Paris.

1 - Bénéficiaires

Bien que cette protection s'adresse principalement aux militaires (a), elle peut également s'étendre à leur ayants-droit (b).

a - Les militaires

L'article L4123-10 du Code de la défense vise les militaires quelle que soit sa position statutaire. Par instruction du 30 mai 2005¹²⁴⁴, l'administration militaire est venue préciser que la protection juridique concerne tous les agents militaires. Sont également concernés les réservistes ayant contracté un engagement spécial dans la réserve ainsi que les collaborateurs bénévoles du service public¹²⁴⁵. La protection juridique est également assurée aux militaires mis à la disposition d'un autre ministère ou d'un autre organisme à l'instar des sapeurs-pompiers de Paris ou des marins-pompiers de Marseille ; néanmoins, elle sera assurée par l'autorité d'emploi¹²⁴⁶.

Enfin, la protection juridique sera également accordée alors que l'intéressé n'est plus militaire si les faits qui le justifient se sont déroulés du fait des fonctions qu'il a exercées.

b - Les ayants-droit

La protection juridique s'étend également à certains proches du militaire.

Dès 1995, la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité a accordé la protection juridique aux conjoints et enfants des policiers et militaires de la gendarmerie lorsque, du fait des fonctions de leur parent ou conjoint, ils ont été victimes de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages.

¹²⁴⁴ Instruction n°5226/DEF/SGA/DAJ/CX/CPJ du 30 mai 2005 *relative à la protection juridique des agents du ministère de la Défense.*

¹²⁴⁵ Pour une précision sur la notion de collaborateur bénévole : Conseil d'État, 27 octobre 1961, *Caisse primaire de sécurité sociale de Mulhouse et Kormann* : req. n°48371 ; Recueil Lebon p.602 ; « *Retour sur la notion de collaborateur occasionnel du service public* », LIÉBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien, AJDA 2009 p.2170.

¹²⁴⁶ La Préfecture de police sur le budget spécial pour la BSPP, la Mairie de Marseille pour le BMPM. Néanmoins, c'est le ministère de la Défense qui reste compétent pour connaître des demandes de protection juridique formulées par les militaires de la Gendarmerie.

De même, la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure¹²⁴⁷ a étendu la protection aux conjoints, enfants et ascendants directs des militaires de la Brigade de sapeurs-pompiers de Paris et du Bataillon des marins pompiers de Marseille décédés dans l'exercice de leurs fonctions ou du fait de leurs fonctions à raison des faits à l'origine du décès ou pour des faits commis postérieurement au décès mais du fait des fonctions qu'exerçait l'agent décédé.

Désormais, ces dispositions ont été étendues aux ayants-droit de tous les militaires puisque l'article L4123-10 du Code de la défense prévoit que « *les conjoints, concubins, partenaires liés par un pacte civil de solidarité, enfants et ascendants directs des militaires bénéficient de la protection de l'Etat lorsque, du fait des fonctions de ces derniers, ils sont victimes de menaces, violences, harcèlements moral ou sexuel, voies de fait, injures, diffamations ou outrages* ». En outre, la protection peut être accordée à ces mêmes ayants-droit¹²⁴⁸ lorsqu'ils engagent une instance civile ou pénale contre les auteurs d'une atteinte volontaire à la vie du militaire en raison de sa qualité. Sur cette dernière condition, le Conseil d'État a pu préciser que l'accident de la circulation dans lequel un lieutenant-colonel de la Gendarmerie était décédé ne satisfaisait pas les conditions posées à l'article L4123-10 du Code de la défense puisque, bien qu'il s'agisse d'un accident de service, il n'était pas intervenu à raison de la qualité de gendarme du militaire¹²⁴⁹.

2 - Mise en œuvre

Les militaires sont particulièrement exposés du fait de leur fonction. Cela peut être des incivilités ou des agressions lors de missions¹²⁵⁰. Il peut aussi s'agir d'attaques plus vicieuses telles que des propos calomnieux et diffamatoires.

La mise en œuvre de la protection juridique est une obligation pour l'administration dont la carence peut entraîner sa condamnation tel que l'a précisé la Haute juridiction administrative en se fondant sur le statut général des fonctionnaires dont les dispositions relatives à la protection juridique sont

¹²⁴⁷ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*.

¹²⁴⁸ Les enfants et ascendants directs pourront obtenir la protection en l'absence d'action engagée par le conjoint, concubins ou partenaires de PACS.

¹²⁴⁹ Conseil d'État, 9 mai 2005, *Mme X* : req. n°260617 ; « *La protection ne joue que pour un accident de service survenu à raison de la qualité de fonctionnaire* », AJDA 2005 p.1647.

¹²⁵⁰ Les missions Vigipirate et Sentinelle sont, bien malheureusement propices à de tels actes...

identiques à celles du statut général des militaires¹²⁵¹. En outre, en l'absence de dispositif, l'administration peut être condamnée à prendre en charge, en plus des frais de justice, les troubles dans les conditions d'existence de l'agent voire le préjudice moral subis du fait de cette carence¹²⁵².

Ainsi, l'instruction du 30 mai 2005¹²⁵³ envisage quelques mécanismes sans établir une liste exhaustive. Il peut ainsi s'agir de la prise en charge des frais engagés dans le cadre de poursuites judiciaires ; mais également de la prise de charge des frais inhérents au changement de numéro de téléphone ou de mises au point par voie de presse ; voire en simplement condamnant l'attitude d'un administré se plaignant à l'administration de la manière d'enseigner d'un agent public et soutenir ce dernier dans l'exercice de ses fonctions.¹²⁵⁴

L'administration a, le plus souvent, une obligation d'assistance judiciaire de l'agent en prenant en charge les frais d'avocats lors des procédures judiciaires engagées par le militaire. L'instruction du 30 mai 2005⁶⁵⁰ précise d'ailleurs que s'agissant des honoraires et frais d'avocat, l'administration n'est pas tenue de prendre en charge l'intégralité de ces derniers s'ils s'avèrent manifestement excessifs¹²⁵⁵. Elle précise également dans quelles modalités l'administration peut prendre en charge d'autres frais¹²⁵⁶ tels que notamment les frais de déplacement, d'expertise ou de consignation¹²⁵⁷.

Concrètement, la protection juridique est une demande écrite de l'intéressé qui doit être motivée et préciser la nature et les circonstances exactes des faits pour lesquels elle est sollicitée. Cette

¹²⁵¹ Conseil d'État, 14 février 1975, *Teitgen* : req. n°87730 ; « *L'Etat est tenu de protéger les fonctionnaires contre les attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* », Recueil Lebon 1975.

¹²⁵² Conseil d'État, 17 mai 1995, *Kalfon* : req. n° 141635 ; inédit au Recueil Lebon.

¹²⁵³ Instruction n°5226/DEF/SGA/DAJ/CX/CPJ du 30 mai 2005 *relative à la protection juridique des agents du ministère de la Défense*.

¹²⁵⁴ Tribunal administratif de Dijon, 14 octobre 1997, *M. Segaud* : req. n°953280 ; AJFP 1998, p.33.

¹²⁵⁵ Points 4.1 et 4.2 de l'instruction du 30 mai 2005 : op. cit.. Le décret n° 2014-920 du 19 août 2014 *relatif aux conditions et limites de la prise en charge par l'Etat de la protection fonctionnelle des agents publics* le précise également.

¹²⁵⁶ Point 5 de l'instruction du 30 mai 2005 : op.cit..

¹²⁵⁷ Nous y entendons les frais exigés à titre conservatoire en l'absence de poursuite pénale ouverte par le Procureur de la République et conformément à l'article 88 du Code de procédure pénale.

demande est transmise par voie hiérarchique jusqu'au ministre¹²⁵⁸ lequel peut décider de l'accorder ou non. Bien évidemment, la décision de refus doit nécessairement faire l'objet d'un recours administratif préalable obligatoire avant tout recours contentieux¹²⁵⁹.

3 - Cas particulier : les militaires victimes du fait de l'administration

L'origine du préjudice du militaire peut également résulter de l'action voire de l'inaction de l'administration.

Ce type de préjudice est le plus souvent la conséquence de faits de harcèlement moral et sexuel. Sur ce point, le législateur a tardé à transposer dans la Code de la défense les dispositions relatives aux harcèlements sexuel et moral insérées dans le statut général des fonctionnaires. En effet, la notion de harcèlement était statutairement apparue pour la première fois dans la fonction publique civile consécutivement aux dispositions de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 et de l'adoption de deux directives communautaires prohibant le harcèlement et organisant la protection des victimes¹²⁶⁰.

La loi de modernisation sociale de 2002¹²⁶¹, modifia la loi dite Le Pors¹²⁶² pour y insérer un article 6 quater proscrivant expressément tout agissement constitutif de harcèlement moral. Puis, la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel¹²⁶³ modifia également le statut général des fonctionnaires pour y insérer un article 6 ter proscrivant cette fois tout agissement constitutif de harcèlement sexuel.

¹²⁵⁸ Via la Direction des affaires juridiques du Ministère de la Défense ou le Service local du contentieux territorialement compétent.

¹²⁵⁹ Sauf si le demandeur n'a pas la qualité de militaire. Tel sera le cas si le demandeur est un « proche » d'un militaire.

¹²⁶⁰ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique* et directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*.

¹²⁶¹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 *de modernisation sociale*.

¹²⁶² Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*.

¹²⁶³ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel*.

Mais, alors qu'à la fois le Code du travail et le statut général des fonctionnaires faisaient expressément référence à ce type d'agissement, le livre IV du Code de la défense relatif au personnel militaire ne prévoyait aucune disposition particulière.

Cependant, certaines affaires de harcèlements sexuels relayées par les médias mirent en cause l'Armée française. Ainsi, en 2015, certains journaux¹²⁶⁴ révélaient ce qu'ils baptisèrent « *l'affaire des Marinettes* ». Il s'agissait en l'espèce de la découverte par certaines victimes d'un site pornographique américain de montages dégradants utilisant leurs photos en uniforme. Elles déposèrent plainte et l'enquête révéla que l'auteur des publications était en fait un maître de quart du porte-avions nucléaire *Charles-de-Gaulle*. En tout, 41 victimes s'étaient constituées partie civile.

Une année plus tôt, deux journalistes de *Causette* publiaient une enquête qu'elles réalisaient sur les agissements de harcèlement sexuel au sein des armées. Les résultats furent édifiants puisque les journalistes mirent en lumière le cas d'une cinquantaine de militaires victimes de tels agissements, allant même jusqu'au viol.

Bien malheureusement, ce premier constat n'est pas étonnant puisqu'avec un effectif total de 208 916 militaires dans l'Armée française¹²⁶⁵, de telles ignominies semblent inévitables. Néanmoins, le plus affligeant sont les accusations formulées par les deux journalistes ; révélant que l'ensemble de ces agissements auraient été « couverts » par l'administration militaire et que les victimes, mais également leur soutien, auraient subi des violences, principalement morales, pour « étouffer » l'affaire. Ces révélations provoquèrent une réaction « salutaire » de la part de l'administration militaire puisque par lettre du 6 mars 2014, le ministre de la Défense mandatait le Général Didier BOLELI et le Contrôleur Général Brigitte DEBERNA afin d'enquêter sur le harcèlement sexuel dans les armées. Il résulta du rapport remis quelques mesures telles que la transposition des dispositions relatives aux harcèlements sexuel et moral dans le Code de la défense ou la création d'une cellule d'accompagnement baptisée *Thémis* destinée à accueillir et traiter les signalements ainsi que la production de statistiques. L'article 42 de la loi n° 2014-873 du

¹²⁶⁴ « *Le marin, les "marinettes" et les photos pornos* », 15 juin 2015, Le Monde.

¹²⁶⁵ Effectif du Ministère de la Défense en 2014 : « *les chiffres clés de la Défense* », édition 2015, site internet www.defense.gouv.fr.

4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes inséra deux dispositions dans le Code de la défense prohibant tout fait de harcèlement sexuel¹²⁶⁶ et moral¹²⁶⁷.

Surtout, la loi de 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹²⁶⁸ ajouta les harcèlements moral et sexuel à l'énumération des infractions pour lesquelles les militaires sont protégés, conformément à l'article L4123-10 du Code de la défense. La situation peut d'ailleurs devenir « malheureuse » lorsque la personne incriminée des faits de harcèlement est également celle devant décider d'octroyer ou non la protection fonctionnelle¹²⁶⁹. Néanmoins, l'amendement de l'article L4123-10 tient plus du symbole que de la création d'une nouvelle obligation juridique puisque, par définition les harcèlements sexuel et moral résultent tous deux des atteintes de l'intégrité physique de la personne qui étaient déjà visées par l'article L4123-10 du même Code :

« 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 (...). »

Par ailleurs, le refus d'octroyer la protection fonctionnelle à un militaire estimant subir un harcèlement moral peut faire l'objet d'un référé puisqu'un tel refus est « susceptible de créer une situation d'urgence lorsque le coût de la procédure exposerait l'intéressé à des dépenses auxquelles il ne serait pas en mesure de faire face et compromettrait ainsi la possibilité pour lui d'assurer sa défense dans des conditions satisfaisantes¹²⁷⁰ ».

Il est également vraisemblable que le refus abusif de l'administration puisse être considéré comme une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration. En effet, le Conseil d'État a pu confirmer la condamnation en première instance des hôpitaux civils de Colmar lesquels n'avaient

¹²⁶⁶ Article L4123-10-1 du Code de la défense.

¹²⁶⁷ Article L4123-10-2 du Code de la défense.

¹²⁶⁸ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

¹²⁶⁹ Conseil d'État, 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim* : req. n° 308974. S'agissant d'une fonctionnaire territoriale s'estimant victime des agissements du Maire et lui demandant de lui accorder le bénéfice de la protection fonctionnelle. « *Protection fonctionnelle en cas de harcèlement moral* », Recueil Lebon 2010.

¹²⁷⁰ Conseil d'État, référé, 18 septembre 2003, *M.X* : req. n° 259772 ; « *La protection du fonctionnaire en cas de poursuites pénales déclenchées par l'administration* », DE MONTECLER Marie-Christine, AJDA 2003, p.2098.

pas mis en place des vestiaires sécurisés qui auraient pu, pourtant, éviter le vol des effets personnels d'une infirmière. La Haute juridiction administrative a considéré que cette carence de l'administration méconnaissait les dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 relatives à la protection fonctionnelle¹²⁷¹. Une telle position pourrait être étendue au refus du bénéfice de la protection fonctionnelle demandé par un militaire s'estimant victime de harcèlement sexuel.

B - La garantie civile

L'article L4123-10 du Code de la défense prévoit également que l'État est tenu de réparer les préjudices résultant notamment des menaces et attaques dont peuvent faire l'objet les militaires à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Cette réparation correspond aux condamnations civiles prononcées par une juridiction du fait de ces menaces et attaques. Il peut s'agir de dégâts matériels¹²⁷², corporels¹²⁷³ ou moraux¹²⁷⁴.

Le militaire subissant un préjudice a droit à la réparation de l'intégralité de ce dernier¹²⁷⁵. Mais l'administration n'a pas à se substituer à l'auteur insolvable des dommages en prenant à sa charge l'intégralité de la condamnation civile prononcée à son encontre, alors même qu'elle serait subrogée dans les droits de son agent. L'indemnisation de l'administration au profit de son agent doit tendre à assurer « *une juste réparation du préjudice qu'il a subi du fait des attaques dirigées contre lui* »¹²⁷⁶. Cette position jurisprudentielle est logique puisque « *les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas* »¹²⁷⁷. Cependant, il nous semble qu'en pratique, il sera délicat pour l'administration d'estimer une réparation distincte du montant pour lequel l'auteur des faits a été condamné par un juge judiciaire ;

¹²⁷¹ Conseil d'État, 20 mai 2016, *Hôpitaux civils de Colmar* : req. n° 387571 ; « *La protection fonctionnelle n'exclut pas la responsabilité pour faute de l'employeur* », Recueil Lebon 2016.

¹²⁷² Voir par exemple : Conseil d'État, Ass., 6 novembre 1968, *Benejam* : req. n°70282 ; Recueil Lebon 1968 : s'agissant du mobilier d'un magistrat pillé en raison des fonctions qu'il exerçait.

¹²⁷³ Partie I -Titre 3 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 2 -Les .

¹²⁷⁴ Conseil d'État, 17 décembre 2004, *Barrucq* : req. n° 265165 ; « *Étendue de la protection fonctionnelle due à un agent de l'Etat en cas d'insolvabilité de l'auteur du dommage* », Recueil Lebon 2004.

¹²⁷⁵ La réparation de l'intégralité du préjudice est, rappelons-le, un principe général du droit affirmé depuis l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 1947, *Aubry* : req. n° 80338, GAJA (16^{ème} édition) n°61.

¹²⁷⁶ Conseil d'État, 23 février 2005, *M. Soyer* : req. n° 271748 ; inédit au Recueil Lebon.

¹²⁷⁷ Conseil d'Etat, 19 mars 1971, *Mergui* : req. n°79962 ; Revue de droit public 1972, p.234, note WALINE.

ce dernier exigeant, en effet, que les préjudices allégués par la victime soient dûment établis avant toute condamnation. D'ailleurs, si le juge administratif n'est pas tenu à l'appréciation de la juridiction répressive dans l'estimation du préjudice, il pourra aussi considérer que le montant de la condamnation correspond à la juste réparation s'imposant à l'administration.

L'instruction¹²⁷⁸ prévoit ensuite que dans le cas où l'agent serait confronté à un auteur d'infraction insolvable, il serait « incité à déposer un recours devant la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI), s'il remplit les conditions (notamment de revenus) lui permettant l'accès à cette procédure ». Il nous semble que l'indemnisation d'un agent par le biais de la commission d'indemnisation, en particulier le Service d'Aide au Recouvrement des Victimes d'Infraction, soit un choix peu judicieux. D'une part, en pratique, l'indemnisation n'intervient que dans un délai singulièrement long. D'autre part, et surtout, une fois le militaire indemnisé, le SARVI exerce une action récursoire à la fois à l'encontre de l'auteur des faits, mais également de l'employeur¹²⁷⁹ - en l'occurrence l'État¹²⁸⁰ - pour les sommes versées assorties d'une majoration non négligeable de 30%. La Haute juridiction administrative a pu valider à de multiples reprises ce mécanisme¹²⁸¹.

Par ailleurs, même en l'absence d'attaques, l'État est tenu de prendre en charge les soins et l'indemnisation des dommages subis par les militaires du fait du service.

§ 2 - Les soins et l'indemnisation des dommages

L'article L4123-2 du Code de la défense précise que les militaires bénéficient des mêmes prestations de sécurité sociale dans des conditions analogues à celles prévues pour tout agent public en cas de blessures ou maladies subies à l'occasion du service. Ces affections génèrent, en effet, des conséquences principalement financières que l'administration est tenue de prendre

¹²⁷⁸ Instruction n°5226/DEF/SGA/DAJ/CX/CPJ du 30 mai 2005 *relative à la protection juridique des agents du ministère de la Défense*, article 2.2.2. *Protection incombant à l'administration*.

¹²⁷⁹ Notons toutefois que la subrogation dont bénéficie le SARVI pour obtenir remboursement à l'encontre de l'État -ou autre employeur- ne semble pas bénéficier aux assurances une fois leur assuré indemnisé : Conseil d'État, 7 mai 2010, *M. Philippot* : req. n°304376 ; « *Un assureur ne peut être subrogé dans les droits d'un militaire à l'encontre de l'Etat au titre de la protection statutaire* », Recueil Lebon 2010.

¹²⁸⁰ Ou d'autres employeurs en cas de militaires détachés.

¹²⁸¹ Conseil d'État, 10 avril 2009, *Ministère de l'intérieur* : req. n° 307871 ; « *Subrogation du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme dans les droits d'un agent indemnisé par l'Etat* », Recueil Lebon 2009 .

en charge. Il s'agit des frais médicaux inhérents aux soins apportés aux militaires (A), mais également la réparation de leur préjudice (B).

A - Frais médicaux en cas d'affection imputable au service

Lorsqu'un militaire souffre d'une affection liée au service, ce dernier peut bénéficier de soins, sans avance des frais, auprès du Centre Médical des Armées¹²⁸² de rattachement. Il reviendra au médecin militaire et au commandement d'établir une « *déclaration d'affection présumée imputable au service* » comme le prévoient les articles L441-5 et 6 du Code de la santé publique¹²⁸³. Les soins peuvent être à la fois consécutifs à des douleurs physiques et à des troubles psychologiques.

Par ailleurs, conformément à l'article L115 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, tout pensionné bénéficie des soins gratuits prestations médicales, paramédicales, chirurgicales et pharmaceutiques.

B - La réparation du préjudice

Le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre prévoit (ci-après CPMIVG) aux articles L1 et suivants qu'une indemnisation fondée sur la solidarité nationale peut être accordée aux militaires affectés d'infirmités résultant de la guerre. Néanmoins, l'octroi d'une pension forfaitaire est accordé sous certaines conditions (1). Par ailleurs, alors que par jurisprudence établie, l'indemnisation par forfait était exclusive de toute autre indemnisation, le Conseil d'État est revenu sur cette position jurisprudentielle en permettant l'indemnisation des préjudices non réparés par le forfait, rappelant de ce fait le principe de la réparation intégrale du préjudice consacré par la jurisprudence *Aubry*¹²⁸⁴ (2).

¹²⁸² Ou Centre Médical Interarmées.

¹²⁸³ Via une procédure décrite par l'instruction 1702/DEF/EMA/OL/2 *relative à la constatation des blessures ou maladies survenues aux militaires pendant le service du 9 octobre 1992*, dans sa rédaction mise à jour du 9 mars 2009.

¹²⁸⁴ Conseil d'Etat, Assemblée, 21 mars 1947, *Aubry*, req. n°80338 ; op. cit..

1 - L'octroi d'une pension militaire d'invalidité

La pension militaire d'invalidité est une indemnisation forfaitaire accordée dans certaines conditions et qui nécessite l'observation d'une procédure, pour le moins fastidieuse.

S'agissant des conditions à l'octroi d'une pension militaire d'invalidité

Le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre prévoit deux conditions à l'octroi : une première tenant aux circonstances de l'affection, une seconde tenant à sa gravité.

L'article L2 du CPMIVG prévoit, en effet, l'ouverture du droit à pension dès lors que les infirmités résultent de blessure et/ou maladie ayant pour origine le service. Néanmoins, l'article L3 prévoit une présomption d'imputabilité au service si les infirmités ont été déclarées suivant certaines circonstances¹²⁸⁵.

L'article L4 du même Code prévoit que ces infirmités doivent atteindre un degré d'invalidité de 10% en cas de blessures et 30% en cas de maladie¹²⁸⁶ pour que soit concédée une pension. La pension peut être majorée¹²⁸⁷, révisée¹²⁸⁸, et peut se transmettre aux ayants-droit du pensionné décédé¹²⁸⁹. Le système d'indemnisation tel qu'il est défini dans le CPMIVG permet de dispenser la victime d'apporter la preuve d'une faute de l'administration.

S'agissant de la demande d'octroi d'une pension militaire d'invalidité

¹²⁸⁵ Notamment lorsque les blessures ont été constatées avant le renvoi du militaire dans ses foyers ou que la maladie ait été constatée après le 80^{ème} jour de service effectif et avant que 60 jours ne se soient écoulés depuis le retour du militaire dans ses foyers.

¹²⁸⁶ 40% si les infirmités sont multiples, provenant de plusieurs maladies.

¹²⁸⁷ Si le demandeur a des enfants : Articles L19 à L20 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

¹²⁸⁸ Révision pour aggravation : articles L29 et L30 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

¹²⁸⁹ Articles L43 à L77 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

La demande doit être initiée par l'intéressé, via son entité de rattachement¹²⁹⁰, en joignant un certificat médical¹²⁹¹. Celle-ci est ensuite transmise à la sous-direction des pensions, laquelle organise une expertise médicale soit auprès de l'Institut National des Invalides si le demandeur est en région parisienne ou auprès d'un médecin désigné. Un rapport médical est alors établi et, à réception de ce dernier, le médecin conseil expert de la sous-direction des pensions émet un avis sur le taux, le libellé et la relation avec le service des infirmités concernées. Fort de cet avis et, le cas échéant, après avoir saisi la commission consultative médicale, la sous-direction des pensions élabore un constat provisoire informant le militaire sur les infirmités indemnifiables ainsi que leur taux. À ce stade, le militaire dispose d'un délai¹²⁹² pour, soit agréer les éléments contenus dans le constat provisoire, soit saisir de manière motivée la commission de réforme des pensions militaires d'invalidité. Dans cette dernière hypothèse, en plus du réexamen de son dossier, le demandeur pourra être entendu par la commission. À l'issue de ce réexamen, la commission de réforme des pensions militaires d'invalidité rédigera un procès-verbal, lequel sera également communiqué au demandeur.

La sous-direction des pensions décidera enfin de l'octroi d'une pension militaire d'invalidité, soit en rejetant cette dernière, soit en formulant une proposition de pension adressée au service des retraites de l'État¹²⁹³ pour concession de la pension.

En cas de désaccord avec la décision prise, le demandeur peut exercer un recours contentieux auprès du tribunal des pensions compétent géographiquement dans un délai de 6 mois¹²⁹⁴ à compter de la décision de rejet ou de la réception de la fiche descriptive des infirmités.

Il pourra également interjeter appel auprès de la cour régionale des pensions de la décision rendue en première instance.

¹²⁹⁰ Le Groupement de Soutien de la Base de Défense (GSBdD) ou l'Office National des Anciens Combattants et Victimes de Guerre (ONACVG).

¹²⁹¹ Article R6 et suivant du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre s'agissant des militaires présents sous les drapeaux ; article R8 et suivants pour les militaires renvoyés dans leurs foyers.

¹²⁹² Quinze jours si le demandeur réside en France et un mois s'il réside à l'étranger ou dans les DROM-COM

¹²⁹³ Rattaché au Ministère des finances et des comptes publics.

¹²⁹⁴ Délai allongé si le demandeur réside à l'étranger ou dans les DROM-COM.

Le Conseil d'État est, naturellement, compétent pour connaître du pourvoi en cassation le cas échéant. Rappelons que le demandeur¹²⁹⁵ n'a pas à exercer un recours administratif préalable obligatoire pour contester la décision de la sous-direction des pensions¹²⁹⁶.

2 - La réparation des préjudices non indemnisés par la pension forfaitaire

Le système d'indemnisation par une pension d'invalidité forfaitaire présentait, à l'époque de sa conception, une avancée considérable pour les militaires ou autres victimes de la guerre. En effet, rappelons que les pensions militaires d'invalidité ont été définies par les lois des 11 et 18 avril 1831¹²⁹⁷. À cette époque, rappelons-le, le principe était encore celui de l'irresponsabilité administrative de la puissance publique alors que le pays était en guerre constante, mobilisant une grande partie de la population et exposant constamment les soldats à des blessures gravissimes, voire à la mort. C'est au prix de nombreux sacrifices¹²⁹⁸ que la solidarité nationale a institué l'octroi d'une pension militaire d'invalidité au bénéfice notamment des victimes de guerre. Les conditions d'octroi étaient considérablement favorables aux demandeurs puisque, dérogeant au droit commun excluant la responsabilité de la puissance publique, le système établi ne prévoit pas qu'une faute de l'État soit à démontrer. Pour rappel, ce n'est qu'en 1895 que le Conseil d'État a reconnu, par sa jurisprudence *Cames*¹²⁹⁹, une responsabilité sans faute de l'administration pour les dommages subis par ses agents dans le cadre de leur service.

Néanmoins, c'est précisément ce caractère dérogatoire au droit commun qui constitua également le grief principal du système institué. En effet, à l'occasion de sa décision *Paillotin* de 1906¹³⁰⁰, le Conseil d'État a pu confirmer que le législateur de 1831 a entendu limiter « à l'allocation d'une

¹²⁹⁵ *A fortiori* s'il n'est pas militaire.

¹²⁹⁶ Décret no 2001-407 du 7 mai 2001 *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires*, article 11.

¹²⁹⁷ Lois des 11 et 18 avril 1831 : « *lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État* », J.B. DUVERGIER, tome trente-unième, deuxième édition.

¹²⁹⁸ Après les campagnes napoléoniennes et dans un contexte international délétère. Louis XVIII nomma le Maréchal Jean-Baptiste JOURDAN pour participer à l'examen des lois. Les dispositions furent complétées et promulguées par Louis Philippe les 11 et 18 avril 1831.

¹²⁹⁹ Conseil d'État, 21 juin 1895, *Cames* : req. n° 82490 ; Recueil Lebon p. 509, GAJA (16^{ème} édition) n°6.

¹³⁰⁰ Conseil d'État, 12 janvier 1906, *Paillotin* ; Recueil Lebon p. 36, D. 1906, III, p.81. Il s'agissait en l'espèce d'une responsabilité fondée sur la mauvaise qualité des soins dispensés dans une infirmerie à un militaire.

pension ou d'un secours, les charges résultant pour l'État des accidents qui seraient la conséquence de l'accomplissement des devoirs militaires : dès lors [ils] ne peuvent prétendre à une autre allocation au moyen d'une action en réparation civile ». Cette position trouvait sa légitimité dans le caractère subsidiaire des règles jurisprudentielles en matière de responsabilité.

Néanmoins, d'une part, la doctrine a pu critiquer l'effet « pervers » du système qui se révélait défavorable aux militaires alors qu'il avait été institué pour leur permettre d'obtenir plus aisément une indemnisation. D'autre part, et surtout, à l'occasion de la loi du 8 juillet 1983¹³⁰¹, le législateur a modifié l'article L62 alinéa 2 en précisant que le bénéfice d'une pension ne fait pas obstacle à ce que les appelés du contingent victimes de dommages corporels subis dans le service ou à l'occasion du service « *puissent, ainsi que leurs ayants droit, obtenir de l'État, lorsque sa responsabilité est engagée, une réparation complémentaire destinée à assurer l'indemnisation intégrale du dommage subi, calculée selon les règles du droit commun* ». Une telle modification ne concernait que les appelés du contingent et les dispositions du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre¹³⁰² étaient demeurées inchangées. Mais à la lumière de ces dérogations explicites prévues par le législateur, le Conseil d'État est progressivement revenu sur sa jurisprudence.

Tout d'abord, par un arrêt du 15 décembre 2000¹³⁰³, le Conseil d'État a nuancé le principe de « non-cumul » affirmé dans la jurisprudence *Paillotin*. Il s'agissait en espèce du recours d'un élève gendarme en formation à l'école des sous-officiers de la gendarmerie de Fontainebleau s'étant blessé consécutivement à une chute de motocyclette au cours du service. Il fut admis à l'hôpital militaire Larrey à Versailles pour une fracture du col du fémur gauche et lors de l'opération médicale de réduction de sa fracture par ostéosynthèse, le patient contracta une infection de la hanche par staphylocoques lui causant par la suite une incapacité permanente partielle. Bénéficiant d'une

¹³⁰¹ Loi n°83-605 du 8 juillet 1983 *modifiant le code du service national*.

¹³⁰² Ainsi que les dispositions relatives aux pensions des fonctionnaires qui instituent également un système d'indemnisation de pension forfaitaire.

¹³⁰³ Conseil d'État, 15 décembre 2000, *Castenet* : req. n°214065 ; « *Militaire victime d'un accident de service et soigné dans un hôpital militaire - Possibilité d'exercer contre l'État une action indemnitaire complémentaire de la pension* », Recueil Lebon 2000.

pension militaire d'invalidité, le requérant entreprit également une indemnisation basée sur la responsabilité pour faute de l'hôpital. La Haute juridiction administrative accueillit la demande du requérant en précisant « *que la circonstance [selon laquelle], les conséquences dommageables des soins dispensés à la suite d'un accident de service à un militaire dans un hôpital militaire ne sont pas détachables de cet accident en ce qu'ils ouvrent droit à la pension d'invalidité (...), ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé, s'il estime que les soins ont été dispensés dans des conditions de nature à engager, selon les règles du droit commun, la responsabilité de l'administration, exerce à l'encontre de l'Etat une action tendant au versement d'une indemnité complémentaire assurant la réparation intégrale de ce chef de préjudice*¹³⁰⁴ ». Elle ajouta toutefois qu'il appartenait au juge du fond de veiller à ce que les indemnités réclamées « *[n'aient pas] pour effet de procurer à la victime, compte tenu des indemnités qu'elle a pu obtenir par ailleurs à raison du même accident, une réparation supérieure à celle du préjudice subi* ¹³⁰⁵».

Ce premier revirement jurisprudentiel n'était pas une réelle « révolution » puisque, à l'évidence des faits, le requérant souffrait de préjudices dont les causes étaient bien distinctes : tout d'abord, sa chute en motocyclette ; ensuite, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier.

Le Conseil d'État a adopté une position bien plus explicite dans un arrêt rendu en assemblée le 4 juillet 2003 *Moya-Craville*¹³⁰⁶. En l'espèce, il s'agissait du recours d'un agent public d'un centre hospitalier qui avait développé dans le cadre de son service une allergie au formol présentant le caractère d'une maladie professionnelle, laquelle s'est progressivement aggravée entraînant pour l'agent l'incapacité permanente d'exercer ses fonctions. Bénéficiant d'une pension au titre de ses droits à la retraite et d'une rente viagère d'invalidité, la requérante saisissait le tribunal administratif de Montpellier afin de condamner le centre à lui verser, notamment, une indemnité visant à réparer les préjudices résultant de sa maladie professionnelle qu'elle imputait à des fautes commises par l'établissement de santé. Le tribunal administratif rejeta sa demande en se fondant sur le caractère forfaitaire de la pension et la rente viagère qui lui étaient versées. Le Conseil d'État saisi en cassation rompt totalement avec sa position antérieure et, d'une part, précise que la requérante conserve le droit de demander au centre hospitalier la réparation de ses préjudices alors-même

¹³⁰⁴ Conseil d'État, 15 décembre 2000, *Castenet* : op. cit., 4^{ème} considérant.

¹³⁰⁵ Ibidem, 8^{ème} considérant.

¹³⁰⁶ Conseil d'État, Ass., 4 juillet 2003, *Moya-Craville* : req. n°211106 ; AJFP 2003 p.25, note DELIANCOURT .

qu'elle bénéficie d'une pension et d'une rente viagère d'invalidité. D'autre part, distingue selon que les préjudices résultent ou non d'une faute. En l'absence de faute, la Haute juridiction administrative précise que seuls peuvent être réparés les préjudices des souffrances physique et morale (*pretium doloris*), esthétique et d'agrément résultant de la maladie. En présence d'une faute, s'ajouteront aux préjudices précités, tous les chefs de préjudices dans la mesure où ils ne seraient pas déjà réparés par l'octroi de la pension et de la rente viagère.

Cette solution, dégagée pour les fonctionnaires civils, a été étendue au profit des militaires dans une décision du Conseil d'État du 1^{er} juillet 2005 *Brugnot*.¹³⁰⁷ En l'espèce, il s'agissait d'un recours exercé par la mère d'un second-maître de Marine Nationale qui fut blessé mortellement par l'enclenchement du siège éjectable d'un « Super Étendard » alors qu'il effectuait sa visite journalière de l'avion. La requérante bénéficiait déjà du versement d'une pension forfaitaire au titre de l'article L67 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre¹³⁰⁸, mais estimant l'indemnisation insuffisante, elle saisissait le tribunal administratif de Rennes puis la cour administrative d'appel de Nantes en vue d'obtenir réparation de son préjudice moral subi du fait du décès de son fils¹³⁰⁹. La cour d'appel rejeta ses conclusions indemnitaires au motif que la requérante ne pouvait prétendre à d'autres droits que ceux définis par le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. Le Conseil d'État cassa l'arrêt de la cour d'appel en consacrant le principe affirmé dans l'arrêt *Moya-Craville* : « *alors même qu'elle bénéficie, en qualité d'ascendante de militaire, d'une pension qui lui a été accordée dans les conditions prévues par l'article L 67 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, Mme A conserve le droit de demander à l'Etat, en l'absence même d'une faute de ce dernier, la réparation des souffrances morales résultant du décès de son fils*¹³¹⁰ ».

¹³⁰⁷ Conseil d'État, 1^{er} juillet 2005, *Brugnot* : req. n°258208 ; « *De la réparation à laquelle un militaire victime d'un accident de service ou atteint d'une maladie professionnelle peut prétendre* », Recueil Lebon 2005.

¹³⁰⁸ Versement au profit des ascendants des militaires dont la mort a été causée par des accidents survenus par le fait ou à l'occasion du service.

¹³⁰⁹ Les « larmes » se monnaient depuis la jurisprudence du Conseil d'État, 24 novembre 1961, *Létisserand* : req. n°48841 ; GAJA (16^{ème} édition) n°81.

¹³¹⁰ Conseil d'État, 1^{er} juillet 2005, *Brugnot* : op. cit., 6^{ème} considérant.

Section 2 - Dans l'hypothèse où les militaires seraient auteurs d'infraction et/ou de préjudices

Dans le cas où les militaires commettraient une infraction ou occasionnerait des préjudices, l'article L4123-10 du Code de la défense prévoit également une protection juridique (§1) et une garantie civile (§2).

§ 1 - Protection juridique

À l'origine, les dispositions statutaires des militaires – et globalement de tous les agents publics - prévoyaient que l'État¹³¹¹ était tenu d'accorder la protection juridique dans le cas où l'agent fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle. L'administration avait une lecture plutôt stricte des poursuites pénales puisqu'elle considérait qu'elles étaient constituées uniquement de l'ensemble des actes accomplis dans le cadre de l'action publique, depuis sa mise en mouvement par le procureur de la République ou par la partie lésée¹³¹². Le Conseil d'État a également pu se baser sur cette conception stricte des poursuites pénales en rejetant le recours d'un agent public s'estimant lésé par le refus de l'administration quant à sa demande de protection juridique du fait qu'aucune date de poursuites pénales n'aurait été précisée¹³¹³.

Cependant, à l'occasion d'une réunion le 13 juillet 2012 à place Beauvau, Monsieur Mattias GUYOMAR présenta au Ministre de l'Intérieur un rapport de la mission indépendante de réflexion sur la protection fonctionnelle des policiers et gendarmes. Ce rapport¹³¹⁴ préconisait d'améliorer la situation des agents publics mis en cause par l'octroi de la protection fonctionnelle à l'agent placé en garde à vue, entendu en qualité de témoin assisté ou faisant l'objet d'une procédure de

¹³¹¹ Ou autre organisme public selon le statut et la situation de l'agent public.

¹³¹² Voir à titre d'exemple la circulaire FP n°2158 du 5 mai 2008 *relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'État*. L'instruction n°5226/DEF/SGA/DAJ/CX/CPJ *relative à la protection juridique des agents du ministère de la défense* ne prévoit d'ailleurs que les cas d'une mise en examen de l'agent ou de son placement en tant témoin assisté.

¹³¹³ Conseil d'État, 3 mai 2002, *Mme Fabre* : req. n°239436 ; « *Mise en mouvement de l'action publique et suspension du fonctionnaire poursuivi pénalement* », AJFP 2002 p.55.

¹³¹⁴ *Mission indépendante de réflexion sur la protection fonctionnelle des policiers et gendarmes*, juillet 2012.

composition pénale. Lors des travaux préparatoires au Parlement autour du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, le rapport de Mme Françoise DESCAMPS-CROSNIER¹³¹⁵ reprit les propositions de la mission indépendante en matière de la protection fonctionnelle et préconisa d'étendre « *le champ des évènements ouvrant droit à la protection fonctionnelle* » aux différentes hypothèses décrites par la Mission.

La loi du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*¹³¹⁶ reprit cette extension en modifiant, notamment l'article L4123-10 du Code de la défense en insérant que « *cette protection bénéficie également au militaire qui, à raison de tels faits, est entendu en qualité de témoin assisté, placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale* ».

L'obligation pour l'administration d'octroyer le bénéfice de la protection fonctionnelle si le militaire est victime ou auteur d'infraction pénale peut aboutir à des situations « malheureuses », notamment en matière de harcèlement, pour lesquelles à la fois les victimes et auteurs de l'infraction sollicitent une protection juridique¹³¹⁷.

Par ailleurs, l'administration peut être tenue de prendre en charge les préjudices consécutifs à l'action de ses militaires.

§ 2 - La garantie civile

La garantie civile est, à l'origine, une création prétorienne du Conseil d'État, à l'occasion de sa jurisprudence *Raimond* de 1924¹³¹⁸. En l'espèce, la Haute juridiction administrative avait reconnu l'obligation pour l'État de prendre à sa charge la condamnation civile d'un soldat mobilisé, mis à la

¹³¹⁵ Rapport n° 3099, DESCAMPS-CROSNIER Françoise, fait au nom de la commission des lois, déposé le 1er octobre 2015.

¹³¹⁶ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 parue au JO n° 94 du 21 avril 2016. Voir notamment : « *Loi "Déontologie" du 20 avril 2016 : les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires* », ROUX Emmanuel, Actualité Juridique Collectivités Territoriales 2016 p.292. « *La loi sur la déontologie, ou la réforme à pas comptés* », NIQUÈGE Sylvain, AJFP 2016 p.196.

¹³¹⁷ Partie I -Titre 3 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -A -3 -Cas particulier : les militaires victimes du fait de l'administration.

¹³¹⁸ Conseil d'État, 8 févr. 1924, *Raimond* : req. n°65132. Voir « *La responsabilité civile du militaire* », CHOPPLET Antoine, AJDA 2014 p.1470.

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 bien plus tard insérée dans le statut général des fonctionnaires et celui des militaires. L'article L4123-10 du Code de la défense prévoit, en effet, qu'en dehors d'une faute détachable du service¹³¹⁹, lorsque des poursuites sont exercées par un tiers contre des militaires pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, l'État doit les couvrir des condamnations civiles prononcées contre eux.

Cette obligation de couverture est statutairement prévue pour l'ensemble des agents publics¹³²⁰ et en l'absence de disposition légale ou réglementaire l'instituant, le juge administratif la considère comme un principe général du droit¹³²¹.

Ainsi, tel que le relevait Jean-Pierre DUBOIS¹³²², la responsabilité administrative se conçoit comme un « triangle de responsabilité » puisque la victime devra engager la responsabilité de l'administration du fait des agissements de son agent : « la partie se joue à trois ».

Le tribunal des conflits, dans sa célèbre jurisprudence *Pelletier*¹³²³, précisa la compétence des juridictions des ordres administratif et judiciaire selon que la faute ayant causé le préjudice est personnelle ou de service : il en résulte que la juridiction administrative est compétente pour connaître des fautes relevant du service et la juridiction judiciaire l'est pour les fautes personnelles. Dès lors, si une victime poursuivait un agent public devant une juridiction civile au titre d'une faute de service, l'administration devrait, en principe, élever le conflit devant la juridiction

¹³¹⁹ Partie I -Titre 3 -Chapitre 2 -Section 2 -§ 1 -B -Les caractéristiques de la faute se détachant du service « convenable ».

¹³²⁰ Notamment l'article 11 de la loi no 83-634 du 13 juill. 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*. Également l'article 11 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

¹³²¹ Cour administrative d'appel de Douai, 3 mars 2011 : n°09DA00486 ; « *La protection du maire poursuivi pénalement et condamné civilement à raison de faits accomplis dans l'exercice de son mandat* », Actualité Juridique des collectivités territoriales 2011, p.522.

¹³²²« *Faute des agents et responsabilité administrative* », DUBOIS Jean-Pierre, avril 2014 : Répertoire de la responsabilité de puissance publique, Dalloz.

¹³²³ Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, *Pelletier* : « *les décisions les plus importantes du Conseil d'État* », www.conseil-état.fr; GAJA (16^{ème} édition), n°2.

administrative¹³²⁴. Cette dernière ne devant, d'ailleurs, pas accueillir favorablement une action dirigée exclusivement contre la personne de l'agent public ayant commis une faute de service¹³²⁵.

Néanmoins, les critères définis dans la jurisprudence *Pelletier* pour déterminer la nature de la faute commise se révèlent en pratique difficiles à appliquer dans des cas souvent très complexes. En effet, comme le relevait Jean-Pierre DUBOIS, « à l'instar de *Dr Jekyll*, tout agent de l'administration reste, simultanément, une "personne privée" pendant l'exercice de ses fonctions... et inversement, hors de cet exercice, sa profession peut faciliter la commission de fautes qui, au premier abord, paraissent ne relever que de sa vie personnelle¹³²⁶ ».

De ce fait, la jurisprudence s'est considérablement étoffée principalement pour permettre une meilleure indemnisation de la victime : ainsi le juge administratif a reconnu la possibilité d'un cumul de fautes¹³²⁷, aussi bien dans l'hypothèse de plusieurs faits fautifs¹³²⁸ que dans l'hypothèse d'un seul fait relevant à la fois de la faute personnelle que de la faute de service¹³²⁹. Il reconnut également les fautes personnelles commises à l'occasion du service mais au moyen d'instruments ou de pouvoirs fournis à l'agent par le service¹³³⁰ : « la faute se détache peut-être du service - c'est affaire aux tribunaux judiciaires d'en décider -, mais le service ne se détache pas de la faute¹³³¹ ».

Par conséquent, le législateur a précisé dans les statuts généraux des fonctionnaires et des militaires que dans l'hypothèse où le conflit ne serait pas élevé à la juridiction administrative en cas d'une faute de service, l'administration doit être en mesure de couvrir ses agents des condamnations civiles prononcées contre eux.

¹³²⁴ Conseil d'État, 26 avr. 1963, *Centre hospitalier de Besançon* : Recueil Lebon p.243, conclusions CHARDEAU.

¹³²⁵ Conseil d'État, 31 janv. 1964, *Demoiselle Bruchet* : AJDA 1964. 576, note MOREAU.

¹³²⁶ « *Faute des agents et responsabilité administrative* », DUBOIS Jean-Pierre: op. cit..

¹³²⁷ Conseil d'État, 3 févr. 1911, *Anguet* : Recueil Lebon p.146 ; GAJA (16^{ème} édition) n°23.

¹³²⁸ Conseil d'État, Ass., 12 avr. 2002, *Papon* : req. n°238689 ; GAJA (16^{ème} édition) n°113.

¹³²⁹ Conseil d'État, 26 juillet 1918, *époux Lemonnier* : « *Décisions les plus importantes du Conseil d'État* », www.conseil-etat.fr. GAJA (16^{ème} édition), n°33.

¹³³⁰ Conseil d'État, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur* : req. n°91864. Recueil Lebon p.492.

¹³³¹ Pour reprendre la formulation du Commissaire du Gouvernement Léon Blum à l'occasion de la jurisprudence du Conseil d'État, 26 juillet 1918 *époux Lemonnier* : op. cit..

Conclusion du chapitre 1er

La défense et la sécurité nationale telles que définies par l'article L1111-1 du Code de la défense sont des missions exposant particulièrement les militaires à toute sorte de désagréments. Ils peuvent, en effet, dans le cadre de leur fonction, être victimes d'atteintes à l'intégrité physique et/ou psychique ou, *a contrario*, devoir occasionner des dommages. De ce fait, l'État se doit de leur apporter la protection nécessaire pour qu'ils puissent exercer leur fonction. Les mécanismes de protection tiennent principalement à apporter le soutien nécessaire pour défendre les intérêts des militaires victimes d'une infraction, voire à ses ayants-droit le cas échéant. Il s'agit également de prendre en charge tous les frais de soin liés aux préjudices dont ils ont pâti, mais également de les indemniser. Il s'agit, enfin, de couvrir les agents poursuivis devant des juridictions répressives ou civiles du fait de l'exercice de leur fonction. Néanmoins, encore faut-il que le militaire mis en cause ait exercé de manière « convenable » ses fonctions. En effet, en cas de faute personnelle, l'État pourra également engager une action récursoire à l'encontre de ses agents pour les sommes dont ils devaient répondre¹³³².

Chapitre 2 - Une protection nécessitant l'exercice « convenable » du service

La protection accordée par l'État à ses militaires se justifie exclusivement du fait du service. Aussi, encore faut-il que les faits motivant l'octroi d'une telle protection soient imputables au service (Section 1). Par ailleurs, la protection pourra être refusée dans l'hypothèse où les faits démontreraient un exercice « inconvenable » du service, ou même pour des considérations d'intérêt général (Section 2).

Section 1 - Une nécessaire imputabilité au service

L'article L4123-10 du Code de la défense prévoit que l'obligation de couverture de l'administration s'impose « *dans la mesure où aucune faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions n'a été commise* ». Cependant, il pourra être délicat pour l'administration d'apprécier la nature de la faute commise avant même qu'une juridiction ne l'ait elle-même qualifiée (§1). De même, comme nous l'avons évoqué précédemment, une faute personnelle peut ne pas être dénuée de tout lien

¹³³² Conseil d'État, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle* : req. n° 01074. Voir aussi le même jour, *Déville* : req. n° 04032 ; GAJA (16^{ème} édition), n°69.

avec le service de sorte que l'administration est souvent condamnée à indemniser la victime (§2). Enfin, l'administration a prévu un système de présomption en opération extérieure afin de garantir au mieux les actions des soldats en milieu contraint (§3).

§ 1 - Le lien avec le service

Le lien avec le service doit être nécessairement avéré lorsqu'un militaire sollicite une protection juridique et une garantie civile (A) ; ce lien est également nécessaire pour une couverture médico-sociale (B).

A - Les protection juridique et garantie civile

L'article L4123-10 du Code de la défense conditionne le bénéfice de la protection juridique à la circonstance que les attaques dont le militaire est victime ou auteur soient liées au service. Plus précisément, les dispositions du Code de la défense emploient l'expression « *à l'occasion de l'exercice de leur fonction* ». Ce lien au service est également exigé à l'octroi d'une protection fonctionnelle au bénéfice des ayants-droit du militaire puisque le Code de la défense renvoie également aux fonctions de ce dernier : « (...) *atteinte volontaire à la vie du militaire du fait des fonctions de celui-ci*¹³³³ ».

Le Commissaire du Gouvernement Guy BRAIBANT précisait que l'agent devait être « *visé en tant que tel en raison de sa qualité, de ses activités ou de son comportement ce qui serait le cas, par exemple, d'un percepteur victime de contribuables en colère*¹³³⁴ ».

Ainsi, il y a lien avec le service lorsqu'il apparaît que « *les menaces ou attaques trouvent leur cause dans les fonctions, actuelles ou antérieures, exercées par l'agent et qu'elles ne sont formulées ou opérées qu'en raison même de ces fonctions* ¹³³⁵».

¹³³³ 8^{ème} alinéa de l'article L4123-10 du Code de la défense. Il est fait également référence aux fonctions du militaire pour l'octroi de la protection fonctionnelle au bénéfice des ayant-droit à l'alinéa précédent.

¹³³⁴ Conseil d'État, 16 octobre 1970, *Martin* : req. n°71536 ; Recueil Lebon 1970.

¹³³⁵ « *Garanties professionnelles, droit à la formation, protection contre les menaces et attaques* », BENOIT Jean: Encyclopédie des collectivités territoriales, chapitre 3, n°156.

Pourtant, la seule circonstance que les menaces ou attaques soient intervenues en service n'est pas suffisante pour caractériser l'imputabilité au service.

Tout d'abord, les faits reprochés doivent être constitutifs d'attaques ou menaces visés par les articles 4123-10 et suivants du Code de la défense. Tel ne sera pas le cas d'un différend opposant un militaire et son supérieur hiérarchique s'agissant d'un refus de permissions, puisqu'une telle décision n'est pas - en soi - constitutive de harcèlement moral que l'administration serait tenue d'indemniser¹³³⁶.

Ensuite, quand bien même les faits litigieux seraient infractionnels, encore faudrait-il qu'ils soient perpétrés contre l'agent public en raison de sa qualité. Dans un arrêt du 20 juin 2007 *Puig*¹³³⁷, les juges du Palais-Royal ont rejeté la demande de protection fonctionnelle, et plus particulièrement la réparation du préjudice, s'agissant d'une infraction dont un militaire était victime. En l'espèce, un militaire en mission à Dakar, Monsieur PUIG, s'était fait démarcher par deux anciens officiers de l'Armée de l'Air dont la reconversion consistait à proposer des placements financiers [plutôt douteux] auprès d'une société monégasque : *Neiman Trust*. Un an après avoir signé le « mandat de gestion » litigieux, la société cessa d'honorer ses engagements et une information judiciaire fut ouverte à son encontre pour escroquerie et abus de confiance auprès du Tribunal de grande instance de Versailles. Monsieur PUIG demanda au ministre de la Défense que l'administration prenne en charge le dommage financier que lui avait causé la déconfiture de la société. Le ministre rejeta sa demande et la victime contesta ce refus devant la juridiction administrative. Mais, aussi bien le tribunal administratif que la cour d'appel de Paris écartèrent sa demande indemnitaire. Saisi en cassation, le Conseil d'État confirma les décisions rendues en premier et second degrés en jugeant, d'une part, que « *la manœuvre dont se plaint M. PUIG n'a pas été exercée contre lui à l'occasion de l'exercice de ses fonctions militaires ou en raison de sa qualité de militaire* ». La circonstance selon laquelle la victime était en service et se trouvait dans une enceinte militaire n'était pas suffisante pour caractériser l'imputabilité au service. Nous pourrions, tout de même,

¹³³⁶ À titre d'exemple, voir : Conseil d'État, 26 octobre 2007, *M.A.* : req. n°284683 ; « *Saisine de la commission des recours des militaires préalablement à un recours tendant à la réparation des conséquences dommageables de simples agissements de l'administration* », Recueil Lebon 2007. S'agissant d'un commandant de l'Armée de l'Air ayant demandé au ministre l'indemnisation de son préjudice subi du fait d'acte de harcèlement moral dont il s'estimait être victime de la part de son supérieur hiérarchique. Il lui reprochait principalement d'avoir délibérément chercher à le nuire en lui refusant de prendre une permission pour effectuer un vol nécessaire au maintien de ses qualifications en matière de pilotage.

¹³³⁷ Conseil d'État, 20 juin 2007, *Puig* : req. n°272574 ; inédit au Recueil Lebon.

nous demander si l'ancienne qualité des démarcheurs, militaires ayant de surcroît exercé des hautes responsabilités, n'a pas été déterminante dans l'engagement de la victime, d'autant plus que cette ancienne qualité avait été mise en avant, très certainement en gage d'intégrité, rendant possible la commission de l'escroquerie.

D'autre part, le Conseil d'État rejeta la responsabilité pour faute commise par l'administration militaire qui laissa d'anciens agents se livrer dans une enceinte militaire à un démarchage commercial, alors même qu'une telle pratique était proscrite par les instructions ministérielles, puisque ladite faute n'était pas la cause directe du préjudice subi par Monsieur PUIG.

B - La couverture médico-sociale

L'article L2 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre prévoit que les infirmités et aggravations doivent avoir pour origine l'activité de service. Il résulte de la combinaison des articles L2 et L3 du même Code qu'en dehors des cas de présomptions prévus par la loi, il appartiendra au demandeur de démontrer le lien de causalité entre le service et son préjudice. Dans cette hypothèse, la preuve peut être apportée par tous moyens de nature à emporter la conviction d'une imputabilité au service¹³³⁸. À titre d'exemple, pour apprécier si une affection à évolution lente trouvait son origine dans l'exposition d'un militaire à un environnement ou des substances dangereux, la jurisprudence a pris en considération des éléments du dossier relatifs à l'exposition du militaire à cet environnement ou à ces substances, aux tâches ou travaux qui lui étaient confiés, aux conditions dans lesquelles il a été conduit à les exercer, aux conditions et à la durée de l'exposition ainsi qu'aux pathologies que celle-ci était susceptible de provoquer. Il appartenait alors « *aux juges du fond de déterminer si, au vu des données admises de la science, il existe une probabilité suffisante que la pathologie qui affecte le demandeur soit en rapport avec son activité professionnelle* ¹³³⁹ ». Ce rapport avec l'activité professionnelle est apprécié *in concreto* et, de ce fait, il est loin d'être évident à établir.

¹³³⁸ Conseil d'État, 25 février 2015, *ministre de la Défense* : req. n°383015 ; « *Moyen opérant à l'appui d'un recours dans l'intérêt de la loi* », AJDA 2015 p.1349.

¹³³⁹ Conseil d'État, 29 avril 2013, *Le Goascoz, veuve Pitor* : req. n°344749 ; « *Preuve de l'imputabilité au service, en l'absence de présomption légale, d'une affection à évolution lente* », Recueil Lebon 2013.

En effet, tout d'abord, une affection peut être découverte des dizaines d'années suivant les faits. Il en est allé ainsi de l'affection de « malaises atypiques » dont se plaignait souffrir un ancien résistant et membre des Forces françaises de l'Intérieur pendant la seconde guerre mondiale nécessitant une revalorisation de la pension militaire d'invalidité dont il bénéficiait déjà pour d'autres traumatismes subis durant la même période¹³⁴⁰.

Ensuite, l'imputabilité « *ne saurait résulter (...) de la seule circonstance que l'infirmité est apparue durant le service* »¹³⁴¹. Tel a été le cas s'agissant d'un militaire se plaignant d'une hypoacousie suite à des séances de tir mais qui présentait une fragilité auditive avant son incorporation, que relevait son livret médical¹³⁴². De même, s'agissant d'un militaire souffrant d'une pathologie pleurale qu'il prétendait imputable à une exposition à l'amiante mais dont la faible intensité et le caractère intermittent de l'exposition relevés par les experts médicaux rendaient une imputabilité fort peu probable⁷²⁴. En revanche, dès lors qu'il existe une probabilité suffisante démontrant que l'affection ait un rapport avec l'activité professionnelle, il importe peu que cette dernière ait été favorisée par des facteurs externes¹³⁴³.

Par ailleurs, dans le cas d'une demande d'indemnisation formulée par les ayants-droit d'un militaire décédé en service, il importe que ce décès soit imputable à sa qualité de militaire. Ainsi ont été déboutés l'épouse et la fille d'un gendarme décédé suite à un accident de la circulation, constituant un accident de service, au motif que cet accident n'était pas survenu en raison de la qualité militaire de la victime¹³⁴⁴.

Enfin, l'invalidité peut être la conséquence de faits s'étant déroulés en dehors des heures de service mais non dépourvus de tout lien avec l'activité professionnelle. Il en a été ainsi d'un accident en montagne ayant causé le décès d'un militaire qui s'entraînait à l'ascension du pic d'Andurte¹³⁴⁵ en dehors des heures de service dans l'objectif de se préparer aux épreuves du certificat

¹³⁴⁰ Conseil d'État, 9 décembre 2015, *M.B.* : req. n°375077 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁴¹ Conseil d'État, 23 juillet 2014, *M.A.* : req. n°372829 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁴² Conseil d'État, 26 décembre 2012, *M.B.* : req. n° 353850 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁴³ Conseil d'État, 25 février 2015, *ministre de la Défense* : req. n°383015 ; op. cit..

¹³⁴⁴ Conseil d'État, 9 mai 2005, *Mesdames X.* : req. n° 260617 ; AJDA 2005 p.1647.

¹³⁴⁵ Pic trônant à 1380 mètre d'altitude dans les Pyrénées Atlantiques.

élémentaire de montagne été¹³⁴⁶. Le Conseil d'État caractérisa l'imputabilité au service du décès du militaire en se basant sur la nécessité pour ce dernier de suivre un entraînement à base de marche en montagne préalablement aux épreuves des certificats élémentaires de montagne, de surcroît prescrite par une instruction de sa hiérarchie¹³⁴⁷.

Afin de garantir au mieux les militaires, l'imputabilité peut être supposée dans certaines hypothèses.

§ 2 - Une imputabilité pouvant être supposée

Dans certaines hypothèses, la preuve de l'imputabilité au service sera simplifiée. Tel sera le cas pour les soldats engagés en opération extérieure et qui bénéficieront d'une présomption d'imputabilité au service pour les accidents et maladies qui seront déclarés (A). Il en ira également ainsi s'agissant pour les victimes de harcèlement moral qui bénéficieront d'une charge de la preuve facilitée (B).

A - Une présomption d'imputabilité au service pour les accident et maladie professionnels déclarés en opération extérieure

Devant la difficulté d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre la maladie ou la blessure et l'activité professionnelle, l'article L3 du même code prévoit des présomptions d'imputabilité au service.

Pour les blessures, la présomption couvrira celles « constatées avant le renvoi du militaire dans ses foyers ».

Pour la maladie, la présomption couvrira celle « constatée qu'après le quatre-vingt-dixième jour de service effectif et avant le soixantième jour suivant le retour du militaire dans ses foyers ».

La jurisprudence opère une interprétation stricte sur les périodes couvertes par la présomption d'imputabilité. Par exemple, dans un arrêt du 24 octobre 2012, le Conseil d'État a écarté la

¹³⁴⁶ L'un de ces épreuves était, précisément, l'ascension dudit pic.

¹³⁴⁷ Conseil d'État, 8 avril 2013, *Mme Galy veuve Pinon* : req. n°361044 ; « Modalité de la preuve de l'imputabilité au service du décès d'un militaire », AJDA 2013. 1606.

présomption d'imputabilité au service d'une infirmité ayant été constatée 33 jours au lieu des 30 jours légalement prévus¹³⁴⁸.

B - La charge de la preuve facilitée en cas de harcèlement moral

La notion de harcèlement moral est délicate à cerner et à prouver. Ainsi, il est délicat de fonder une demande indemnitaire adressée à l'administration ou, le cas échéant, au juge administratif. Le Conseil d'État a toutefois facilité les démarches de l'agent public s'estimant victime d'un harcèlement moral. D'une part, dans sa décision « *commune de Hoenheim*¹³⁴⁹ », le juge administratif a confirmé que des faits de harcèlement moral ouvraient droit à la protection fonctionnelle. D'autre part et surtout, dans sa décision « *Madame Montaut*¹³⁵⁰ » la Haute juridiction administrative a favorisé le recours au juge administratif pour les agents publics en précisant que si ces derniers s'estimaient victimes de harcèlement moral, il leur suffirait de soumettre au juge les éléments de faits faisant soupçonner l'existence d'un tel harcèlement. Il appartiendra ensuite à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement.

Bien que l'imputabilité soit établie, le bénéfice d'une protection pourra être écarté s'il apparaît que le militaire a exercé de manière inconvenable ses fonctions ou si l'intérêt général l'exige.

Section 2 - Un refus de protection en cas d'exercice « inconvenable » ou d'intérêt général

La protection de l'État peut être minorée, voire refusée au militaire ayant commis une faute personnelle (§1). De même, elle peut être écartée à titre exceptionnel au motif de l'intérêt général (§2).

¹³⁴⁸ Conseil d'État, 24 octobre 2012, *M.B.* : req. n°353903 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁴⁹ Conseil d'État, 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim* : req. n°308974 ; op.cit..

¹³⁵⁰ Conseil d'État, 11 juillet 2011, *Madame Montaut* : req. n°321225 ; « *Preuve du harcèlement moral et faute de la victime* », Recueil Lebon 2001.

§ 1 - Une faute personnelle réduisant, voire écartant la responsabilité de l'État

Nous l'évoquions précédemment¹³⁵¹, la jurisprudence *Pelletier* du Tribunal des conflits de 1873¹³⁵² a permis de différencier le fait personnel de l'acte administratif¹³⁵³ ou, en d'autres termes, la faute personnelle et la faute de service. Rappelons qu'il s'agissait en l'espèce de la saisie par l'autorité militaire, en état de siège, du premier numéro du journal que l'éditeur Pelletier entendait publier. L'éditeur assigna alors en responsabilité devant la juridiction civile le Général DE LADMIRAULT, commandant l'état de siège dans le département de l'Oise. Mais le conflit fut élevé par le préfet de département et le Tribunal des conflits, procéda à la distinction du « fait personnel » et de « l'acte administratif ». Le Tribunal considéra alors qu'en l'absence de « fait personnel » de la part du Général DE LADMIRAULT, seule la juridiction administrative était compétente pour connaître du recours dirigé contre « l'acte administratif ».

Cette jurisprudence constitua la première étape de la distinction par les juges administratif, civil et répressif entre faute de service et faute personnelle.

Par la suite, tel que nous l'évoquions³⁸⁵, le juge administratif affina l'orientation fixée par le Tribunal des conflits en reconnaissant la possibilité d'un cumul de fautes par la coexistence de plusieurs fautes, une de service et une personnelle, ayant concouru à la production d'un même dommage¹³⁵⁴. Également, il reconnut la possibilité d'un cumul de responsabilités alors même que l'origine du dommage résidait dans la commission d'une faute unique¹³⁵⁵.

Néanmoins, afin d'assurer également l'indemnisation de la victime, le juge administratif a longtemps privilégié la qualification de faute de service lorsque le dommage porté à sa connaissance était infligé par un militaire, écartant de ce fait la faute personnelle (A). Puis, il a admis progressivement l'existence d'une faute personnelle détachable du service, précisant ainsi ses contours (B).

¹³⁵¹ Partie I -Titre 3 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -B -La garantie civile.

¹³⁵² Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, *Pelletier* : req. n°0035, GAJA (16^{ème} édition), n°2.

¹³⁵³ Partie I -Titre 3 -Chapitre 1 -Section 1 -§ 1 -B -La garantie civile.

¹³⁵⁴ Conseil d'État, 3 février 1911, *Anguet* : req. n°34922 ; op. cit..

¹³⁵⁵ Conseil d'État, 26 juill. 1918, *Epoux Lemonnier c/ Commune de Roquecourbe* : req. n°49595 ; op. cit..

A - Une faute souvent qualifiée de service pour favoriser l'indemnisation de la victime

Au début du XX^{ème} siècle, un mouvement jurisprudentiel tendit à assurer l'indemnisation de la victime. L'administration étant bien plus solvable que ses agents, la tendance jurisprudentielle a consisté à qualifier les fautes commises comme étant exclusivement de service dès qu'un lien au service pouvait être établi. Aussi, la juridiction administrative a pu caractériser une responsabilité de l'administration pour des faits qui auraient, pourtant, pu être caractérisés de fautes personnelles si elles avaient été commises par d'autres agents publics que des militaires. Le juge administratif justifiant cette qualification eu égard à l'organisation spécifique des armées qui repose essentiellement sur la discipline et l'obéissance hiérarchique des subordonnées¹³⁵⁶.

Aussi, à titre d'illustration, la Haute juridiction administrative a pu qualifier de faute du service public l'explosion d'une grenade déclenchée par un sous-officier dans un immeuble et qui causa la mort de deux habitantes. Le juge administratif releva, en effet, un mauvais fonctionnement du service en raison du défaut de surveillance qui permit « à un militaire de s'approprier et de détenir indûment un engin faisant partie du butin de guerre et appartenant, par suite, à l'État ¹³⁵⁷».

Le Conseil d'État adopta le même raisonnement du défaut de surveillance s'agissant d'un militaire dont la troupe était cantonnée dans un immeuble et qui, après s'être fortement enivré, tua d'un coup de feu un habitant de l'immeuble¹³⁵⁸.

Sans expressément relever le défaut de surveillance, le Conseil d'État a pu également relever un dysfonctionnement dans le fonctionnement du service qui aurait eu pour conséquence de permettre à un militaire en service dans un poste de garde de blesser un passant alors qu'il tirait sur des chats¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ Partie I -Titre 2 -Chapitre 1 -Section 2 -§ 1 -La soumission traditionnellement exigée excluant toute insubordination.

¹³⁵⁷ Conseil d'État, 15 mars 1918, *Baudelet* : req. n° 63425 ; Recueil Lebon p.259.

¹³⁵⁸ Conseil d'État, 14 novembre 1919, *Époux Lhuillier* : req. n°65605 ; Recueil Lebon p.819.

¹³⁵⁹ Conseil d'État, 19 mai 1948, *Souchon* : req. n°90228 ; Recueil Lebon p.221.

Le Conseil d'État caractérisa aussi un dysfonctionnement du service lorsque la faute personnelle commise par un militaire en dehors du service n'en était tout de même pas dénuée de tout lien. Cette interprétation extensive de la notion de faute de service a été consacrée dans la jurisprudence du Conseil d'État *Mimeur*¹³⁶⁰. En l'espèce, il s'agissait d'un militaire qui renversa une passante avec un véhicule de service alors qu'il s'était écarté de l'itinéraire prévu pour des raisons personnelles.

Pour autant, favoriser l'indemnisation de la victime par l'administration ne signifie pas que le militaire soit dispensé de toute participation pécuniaire. En effet, revenant sur sa jurisprudence *Poursines*¹³⁶¹ prévoyant une irresponsabilité pécuniaire des agents publics, le Conseil d'État a jugé dans sa jurisprudence *Laruelle*¹³⁶² que l'administration pouvait engager une action récursoire lorsqu'une faute personnelle avait concouru au dommage. En l'espèce, tout comme la jurisprudence *Mimeur*, il s'agissait d'un sous-officier qui renversa une passante avec un véhicule de service qu'il utilisait à des fins personnelles. Le ministre des Armées prit alors un arrêté mettant à la charge du sous-officier une dette envers le Trésor correspondant à la somme versée par l'État à la victime de l'accident. Contestant l'arrêté, le sous-officier porta l'affaire devant le Conseil d'État qui admit, comme il le reconnut lors de la jurisprudence *Lemonnier*¹³⁶³, le droit de la puissance publique à exercer une action récursoire contre son agent.

B - Les caractéristiques de la faute se détachant du service « convenable »

Se référant à la jurisprudence du Tribunal des conflits *Pelletier*⁷³⁶, Édouard LAFERRIÈRE établissait la différence entre faute de service et faute personnelle en précisant que « *si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur ... plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut*

¹³⁶⁰ Conseil d'État, 18 novembre 1949, *Mimeur* : req. n°91864 ; op. cit..

¹³⁶¹ Conseil d'État, 28 mars 1924, *Poursines* : req. n°71243 ; Recueil Lebon, p.357.

¹³⁶² Conseil d'État, 28 juillet 1951, *Laruelle* : req. n°01074 ; op. cit..

¹³⁶³ Conseil d'État, 26 juill. 1918, *Époux Lemonnier* : req. n° 49595 ; op. cit..

être déféré aux tribunaux¹³⁶⁴». La faute personnelle est donc celle qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences.

Pour la caractériser, la jurisprudence se base, d'une part, sur le caractère détachable de la faute (a) et, d'autre part, sur sa gravité (b). Il convient alors de s'interroger sur le caractère fautif de l'infraction pénale (c).

a - Une faute excédant les limites de la mission

Cette faute est délicate à déterminer lorsque les faits reprochés ont été commis à l'occasion du service. Néanmoins, le juge administratif a pu la distinguer lorsque les agissements fautifs outrepassaient les limites de la mission. Tel fut le cas du militaire blessant involontairement une personne en lui confiant une arme afin qu'il assure sa propre sécurité¹³⁶⁵. En l'espèce, le Conseil d'État devait se prononcer sur la décision de refus du ministre de la Défense d'accorder la protection fonctionnelle d'un Capitaine de l'Armée de Terre en mission en Côte d'Ivoire renvoyé devant le Tribunal des armées de Paris pour blessures involontaires. La Haute juridiction administrative releva qu'en dépit des conditions dans lesquelles le requérant exerçait ses fonctions¹³⁶⁶, des limites de sa mission de protection et du fait que le ressortissant français avait lui-même demandé à pouvoir se procurer une arme pour lui permettre d'assurer sa propre défense, le pourvoi devait être rejeté puisque la faute personnelle commise se détachait de la mission confiée et donc du service.

Mais, *a contrario*, une toute autre lecture a été faite par la Haute juridiction administrative dans un arrêt du 3 novembre 2003¹³⁶⁷, s'agissant d'une faute, pourtant caractérisée, commise par un médecin militaire. En l'espèce, le requérant contestait la légalité du titre de perception émis à son

¹³⁶⁴ « *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* », LAFERRIÈRE Édouard, 2ème éd., t.1, p.648.

¹³⁶⁵ Conseil d'État, 24 novembre 2006, *Philippe A.* : req. n°280874 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁶⁶ En l'occurrence, la crise politico-militaire en Côte d'Ivoire en 2004 qui déboucha le bombardement par un avion de l'Armée ivoirienne du camp de la force Licorne à Bouaké et qui entraîna la mort de 9 soldats français et d'un civil américain : « *Attaque de la force Licorne en 2004 : silence dans les rangs* », HOFNUG Thomas, 5 novembre 2014, www.liberation.fr.

¹³⁶⁷ Conseil d'Etat, 3 novembre 2003, *Docteur Gilbert* : req. n°224300 ; « *L'erreur de diagnostic d'un médecin militaire n'est pas détachable du service* », Recueil Lebon 2003.

encontre et l'enjoignant de rembourser les indemnités que l'administration avait dû verser aux ayants-droit en raison d'une faute médicale commise par le requérant alors qu'il exerçait les fonctions de médecin en chef de la circonscription médico-sociale de Canala. Le Conseil d'État annula le titre exécutoire litigieux au motif qu'en dépit du fait que la faute fut à l'origine du décès de la patiente et qu'elle fut qualifiée de délit de non-assistance de personne en péril par la juridiction répressive, elle n'avait pu être commise que dans le cadre des fonctions du requérant et, qu'en ce sens, elle ne s'en détachait pas.

Par ailleurs, le juge administratif a caractérisé une faute personnelle lorsque l'objet de la mission est détourné par le militaire à des fins personnelles ; la faute se détache alors intellectuellement ou psychologiquement de l'exercice des fonctions. Tel a été notamment le cas du sous-officier couvrant un détournement de fond par des écritures comptables faussées¹³⁶⁸ ou du gendarme ayant reçu pour mission de transporter du courrier avec un véhicule de service et qui prend à bord de ce dernier un appelé afin de lui permettre, en modifiant son trajet, de se rendre à un guichet bancaire automatique¹³⁶⁹. Ou même, les violences physiques exercées par un commandant de Gendarmerie à l'encontre d'un subordonné durant le service et au sein des locaux suite à une altercation concernant l'organisation du service¹³⁷⁰.

b - Une faute d'une particulière gravité

Le juge administratif a également « décorellé » du service la faute commise à l'occasion des fonctions mais qui témoigne d'un manquement professionnel grossier, voire inexcusable.

La faute peut être inexcusable et inadmissible sans pour autant avoir été commise avec une intention malveillante, une finalité personnelle ou - tout du moins - étrangère au service. Tel a été notamment le cas dans la jurisprudence du Tribunal des conflits *Thépaz*¹³⁷¹. En l'espèce, il s'agissait d'un accident de la circulation causé par un militaire conduisant un camion au sein d'un convoi. Le camion le précédent ayant ralenti, il s'écarta brusquement de sa trajectoire pour éviter

¹³⁶⁸ Conseil d'État, 15 mai 1981, *Kessler* : req. n°14175 ; « *Les cercles d'officiers, de sous-officiers et de soldats ayant le caractère de personnes morales de droit public chargées de la gestion d'un service public administratif* », Recueil Lebon 1981.

¹³⁶⁹ Conseil d'État, 6 août 2008, *Mazière* : req. n°297044 ; « *Transaction sur la faute personnelle d'un agent* », AJDA 2008 p.1565 .

¹³⁷⁰ Tribunal administratif de Bastia, 8 juillet 1999, *Cocu* : req. n°9801385. Sur le caractère détachable du service des violences physiques infligées, voir : Conseil d'État, 25 juillet 1919, *Squeren* : req. n°65629 ; Recueil Lebon p.690.

¹³⁷¹ Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz* : req. n°00820 ; S. 1935. 3. 17.

la collision, mais renversa et blessa un cycliste par cette manœuvre d'évitement. Le Tribunal des conflits considéra, malgré la condamnation du conducteur par la juridiction répressive, que la faute commise n'était pas détachable du service.

Ce qui caractérisera la gravité de la faute n'est pas tant ses conséquences mais bien sa cause. La faute commise est-elle tolérable compte tenu de ce que l'on pourrait légitimement attendre d'un militaire moyennement diligent ? Appréciation *in abstracto* qui renvoie à l'incontournable notion du « bon père de famille ».

Ainsi, la faute se détachera du service lorsque les manquements et défaillances commis par le militaire sont tels que ses pairs n'auraient pas eu la faiblesse d'y procéder également. Tel a été le cas d'un officier qui blesse mortellement un appelé au cours d'un tir à balles réelles en dehors de tout exercice organisé par l'autorité supérieure¹³⁷². Même solution lorsqu'un officier de la Marine Nationale manque à ses obligations de sécurité et de prudence en organisant un exercice de tir dans un bâtiment qui n'était pas destiné à accueillir ce genre d'activité et avec des militaires qui ne possédaient pas les qualifications requises pour y participer¹³⁷³. Ou encore, la faute commise par un marin-pompier qui cause des dommages corporels à un de ses collègues en vaporisant dans un véhicule de secours à victime un désodorisant avant d'allumer son briquet à proximité de son camarade. Le tribunal administratif considère dans ce dernier cas qu'en dépit du fait que son auteur était en service, la faute commise est personnelle et détachable du service en raison de sa gravité au regard des obligations professionnelles incombant à un marin-pompier¹³⁷⁴.

La particulière gravité ne signifie pas pour autant que l'agent public se soit simplement mal acquitté de ses fonctions. La juridiction administrative précisa que la circonstance selon laquelle « *l'intéressé ne s'acquittait pas de ses fonctions d'une façon pleinement satisfaisante (...) ne justifie*

¹³⁷² Conseil d'État, 17 décembre 1999, *Moine* : req. n°199598 ; « *Responsabilité envers l'Etat d'un fonctionnaire qui commet une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions* », Recueil Lebon 1999.

¹³⁷³ Conseil d'État, 6 novembre 2009, *M.A* : req. n°311892 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁷⁴ Tribunal administratif de Marseille, 1^{er} juillet 2008, *Gualino* : req. n° 0707823 ; AJFP 2009 p.40.

pas le refus de l'autorité administrative de lui accorder cette protection à l'octroi de laquelle aucun motif d'intérêt général ne s'opposait ¹³⁷⁵».

Enfin, le Conseil d'État a pu retenir la qualification de faute personnelle détachable du service s'agissant des infractions commises par un officier lors de passation de marchés publics en ce qu'elles étaient organisées, répétées et d'ampleurs suffisantes se détachant ainsi nécessairement du service¹³⁷⁶.

c - Une infraction pénale ?

La question de la faute détachable du service lorsque le militaire est poursuivi pénalement à raison d'une infraction pénale est souvent une préoccupation pour l'administration. *A fortiori* si la matérialité de l'acte litigieux est avérée. Par principe, la « sphère pénale » et la « sphère administrative » sont hermétiques de sorte que l'Administration peut se fonder sur la matérialité des faits pour caractériser la faute personnelle de l'agent sans méconnaître le principe de la présomption d'innocence. Ainsi, le Conseil d'État a pu confirmer l'octroi d'une protection fonctionnelle à un agent public mis en examen pour recel de corruption passive, trafic d'influence et favoritisme. Il précise également que « *l'autorité administrative peut, sous le contrôle du juge, exciper du caractère personnel de la ou des fautes qui ont conduit à l'engagement de la procédure pénale, sans attendre l'issue de cette dernière ou de la procédure disciplinaire ; (...) elle se prononce au vu des éléments dont elle dispose à la date de sa décision en se fondant, le cas échéant, sur ceux recueillis dans le cadre de la procédure pénale*¹³⁷⁷ ».

Néanmoins la décision d'octroyer ou non la protection fonctionnelle lorsqu'un militaire fait l'objet de poursuite pénale reste « épineuse » pour l'administration puisque d'un côté toute infraction pénale n'emporte pas systématiquement faute personnelle détachable du service¹³⁷⁸ et le secret autour de l'enquête pénale rendra délicate la qualification de la faute commise. D'un autre côté, la décision

¹³⁷⁵ Tribunal administratif de Grenoble, 25 septembre 2009, *M.B* : req. n° 05-05-881 ; AJFP 2010 p.85.

¹³⁷⁶ Conseil d'État, 23 décembre 2009, *Genin* : req. n°30160 ; AJDA 2010 p.6.

¹³⁷⁷ Conseil d'État, 12 février 2003, *Chevalier* : req. n° 238969 ; inédit au Recueil Lebon.

¹³⁷⁸ Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz* : req. n°00820 ; op. cit..

d'octroyer la protection fonctionnelle à un militaire constitue un acte créateur de droit qui, *de facto*, ne peut être retiré librement par l'administration.

L'article L242-1 du Code des relations entre public et administration dispose, à cet égard, que « *l'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision*¹³⁷⁹ ». Ainsi, par un arrêt de 2008, le Conseil d'État a rendu inopérante la mention insérée dans la décision d'octroi d'une protection fonctionnelle précisant : « *l'État serait fondé à (...) demander [à l'officier] le remboursement des sommes engagées par l'administration pour sa défense si, par une décision devenue définitive, une juridiction pénale venait à établir une faute personnelle dans les faits qui ont motivé sa mise en examen*¹³⁸⁰ ».

En l'espèce, le ministre de la Défense avait autorisé, sous réserve précédemment citée, un officier à bénéficier de la protection juridique suite à sa mise en examen pour prêt illégal de main d'œuvre, escroquerie et corruption en rapport avec des marchés d'approvisionnement de la direction des constructions navales. Plus d'un an plus tard, le prévenu est condamné par la juridiction répressive pour des faits de corruption passive. Le ministre lui retira alors le bénéfice de la protection fonctionnelle et le sommait de rembourser les sommes déjà perçues. Le Conseil d'État annula la décision du ministre en rappelant sa jurisprudence en matière de retrait des actes créateurs de droit.

Dès lors, en cas de doute sur les faits commis il pourrait être délicat pour l'administration d'accorder la protection fonctionnelle aux prémices d'une procédure pénale qui n'aura d'issue que des années plus tard. Mais, il serait à la fois immoral et juridiquement contestable de refuser la prise en charge des frais engagés par l'agent public pour assurer sa défense sous prétexte qu'une éventuelle faute personnelle pourrait être relevée. Une telle décision sera très certainement contestée devant la

¹³⁷⁹ Par cet article, le législateur consacre le principe affirmé par la jurisprudence Ternon : Conseil d'État, 26 octobre 2001, *Ternon* : req. n° 197018 ; GAJA (16^{ème} édition), n°111.

¹³⁸⁰ Conseil d'État, 14 mars 2008, *M.A.* : req. n° 283943 ; JCP administrations et collectivités territoriales, 2008, n° 21, p. 37.

juridiction administrative en référé puisque le Conseil d'État a précisé « *que le refus par l'administration d'accorder à un militaire la protection [fonctionnelle] est susceptible de créer une situation d'urgence lorsque le coût de la procédure exposerait l'intéressé à des dépenses auxquelles il ne serait pas en mesure de faire face et compromettrait ainsi la possibilité pour lui d'assurer sa défense dans des conditions satisfaisantes*¹³⁸¹ ».

§ 2 - Cas exceptionnel : le motif d'intérêt général

Dans un arrêt de 1975 *Teitgen*, le Conseil d'État a jugé qu'il ne pouvait être dérogé à l'obligation de protection fonctionnelle de l'administration envers son agent que pour des motifs d'intérêt général et sous contrôle du juge. Il s'agissait, en l'espèce, du refus d'une protection fonctionnelle demandée par un fonctionnaire suite à la publication d'un livre contenant des allégations et appréciations sur son comportement dans l'exercice de ses fonctions.

Les refus de protection fonctionnelle pour cause d'intérêt général sont rarissimes et délicats à mettre en œuvre en ce qu'ils préjudicient gravement aux intérêts de l'agent public. En l'occurrence, il ne s'agira pas de lui refuser la protection sous prétexte d'un exercice « inconvenable », mais plutôt des conséquences que génèrerait son octroi. Ainsi, l'administration pourrait refuser une protection fonctionnelle même en l'absence de faute personnelle détachable du service.

La jurisprudence du Conseil d'État du 20 avril 2011¹³⁸² illustre parfaitement cette hypothèse. En l'espèce, il s'agissait de la demande d'une protection fonctionnelle de Monsieur Yves BERTRAND, ancien directeur central des renseignements généraux, suite à la publication dans un hebdomadaire¹³⁸³ de son cahier à spirale sur lequel il consignait ses notes¹³⁸⁴ concernant des personnalités politiques. En premier lieu, pour motiver son refus, l'administration s'était notamment

¹³⁸¹ Conseil d'État, ordonnance de référé, 18 septembre 2003, *M. Yves V.* : req. n° 259772 ; AJDA 2003 p.2098.

¹³⁸² Conseil d'État, 20 avril 2011, *Bertrand II* : req. n° 332255 ; « *Des conditions dans lesquelles la protection fonctionnelle peut être refusée à un fonctionnaire* », Recueil Lebon 2011.

¹³⁸³ En l'occurrence, il s'agissait d'articles publiés dans *Le Point* des 9 et 16 octobre 2008. Voir également « *Les embarrassants cahiers Bertrand* », 9 novembre 2008 : www.lejdd.fr.

¹³⁸⁴ Dans le jargon du renseignement : ses « notes blanches ».

fondée sur l'absence de lien avec le service, prétextant que les carnets litigieux étaient tenus à titre privé et sous la seule responsabilité de l'intéressé.

Saisi de ce premier refus, le Conseil d'État releva qu' « *outre quelques indications ayant trait à la vie privée de leur auteur, des informations recueillies par M. A à raison de sa qualité de directeur central des renseignements généraux, [avaient été] obtenues grâce aux moyens du service et utilisées dans l'exercice de ses fonctions* » ; de sorte que les attaques dont il s'estimait victime « *[devaient] être regardées comme étant en relation avec les fonctions qu'il a exercées* ¹³⁸⁵ ».

Monsieur Yves BERTRAND réitéra ainsi sa demande à son administration, laquelle lui opposa, pour la seconde fois, un refus. Elle l'argumenta cette fois-ci, d'une part, en se fondant sur la faute personnelle de l'agent ayant conservé à son domicile les carnets litigieux ; d'autre part, en relevant que les annotations étaient susceptibles de jeter le discrédit sur des personnalités publiques et que l'intérêt général justifiait de déroger à l'obligation de protection statutaire.

Saisi une seconde fois, le Conseil d'État invalida le refus de protection fondé sur la faute personnelle de l'agent en rappelant que les informations avaient la vocation d'être utilisées pour le service. En outre, si le fait d'avoir conservé les carnets litigieux à son domicile constituait une faute, elle ne pouvait se détacher du service vu que l'intéressé n'avait pas entendu s'en servir à des fins personnelles.

Cependant, la Haute juridiction administrative valida le motif d'intérêt général en précisant que « *l'État ne saurait couvrir de son autorité les agissements d'un directeur central des renseignements généraux ayant recueilli sur des personnalités publiques, dont certaines investies de responsabilités nationales ou de mandats électifs, des informations sans lien avec les missions de service public dont il avait la responsabilité, et gravement attentatoires à l'intimité de la vie privée de ces personnes*¹³⁸⁶ ».

¹³⁸⁵ Conseil d'État, 19 juin 2009, *M. Bertrand* : req. n° 323745 ; « *Les carnets de l'ancien directeur des renseignements généraux sont en relation avec ses fonctions* », AJDA 2009 p.1734.

¹³⁸⁶ Conseil d'État, 20 avril 2011, *Bertrand II* : req. n° 332255 ; op. cit..

Cette décision du Conseil d'État nous semble toutefois bien opportune. En effet, il est pour le moins étonnant que, dans un premier temps, le juge administratif valide les informations recueillies¹³⁸⁷ « dont la vocation était d'être utilisées pour le service ». Et, dans un second temps, qu'il précise que les informations¹³⁸⁸ étaient « sans lien avec les missions de service public dont le requérant avait la responsabilité » et « gravement attentatoires à l'intimité de la vie privée », sans pour autant relever une faute personnelle détachable du service.

Cette décision nous semble contestable en ce qu'elle refuse la protection fonctionnelle en cas de « fuites d'informations » aux agents des directions de renseignement ; lesquelles sont souvent amenés à recueillir des données de manière clandestine.

Conclusion du chapitre 2

L'octroi de la protection de l'État nécessite que le militaire qui en sollicite le bénéfice ait exécuté convenablement son service. Cela implique que les faits à l'origine de la demande aient un lien avec le service et que le militaire n'ait pas commis une faute personnelle. Cependant, s'agissant du lien avec le service, le législateur a prévu des mécanismes permettant dans certaines hypothèses d'alléger la charge de la preuve. Et s'agissant de la faute commise, la juridiction administrative admet facilement la responsabilité de l'État pour favoriser l'indemnisation de la victime, notamment en entendant de manière extensive la notion de faute de service. Néanmoins, cette indemnisation n'empêche pas l'administration de se retourner contre son agent ayant commis une faute personnelle. Par ailleurs, de manière exceptionnelle, l'État peut déroger à garantir son agent lorsque l'intérêt général le commande.

Conclusion du titre 3

Qu'il soit à l'origine ou victime d'un dommage, d'origine infractionnelle ou non, le militaire doit pouvoir bénéficier, à l'instar de tout agent de l'État, d'une protection de l'administration du fait de l'exercice du service. Cette protection peut consister en l'assistance du militaire dans ses démarches juridiques, la prise en charge de ses frais et l'indemnisation de son préjudice. Elle peut

¹³⁸⁷ Sans pour autant distinguer entre les informations et les annotations.

¹³⁸⁸ Certainement parlant des annotations.

consister également en la substitution de l'Administration au militaire lorsque ce dernier est mis en cause. Néanmoins, en toute hypothèse, les faits faisant l'objet de la sollicitation d'une protection doivent présenter un lien avec le service et être exempts d'une faute personnelle du militaire. La juridiction administrative s'est tout de même montrée conciliante en favorisant l'indemnisation des victimes par l'administration, quitte éventuellement à cette dernière d'exercer une action récursoire à l'encontre de l'auteur des dommages.

Conclusion de la partie II

L'objectif des législateurs de 1972 et de 2005 étant clairement de rapprocher, autant que possible, les statuts généraux des militaires et des fonctionnaires, il est évident que des similitudes se retrouvent dans les deux statuts. Ce rapprochement est d'autant plus établi que le législateur, mais également le pouvoir réglementaire, adoptent des dispositions communes venant s'imposer aussi bien aux fonctionnaires civils qu'aux militaires. C'est notamment le cas de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*. Néanmoins, du fait des principes directeurs caractérisant l'état militaire, les obligations sont exigées de manière plus stricte aux militaires qu'aux autres agents publics.

Aussi, la « Grande Muette » astreint ses soldats au silence pour préserver le secret et à la retenue pour assurer la discipline. En outre, le dialogue social est axé exclusivement sur la consultation et la concertation, excluant fondamentalement tout autre type de dialogue organisant un rapport de force avec le commandement.

Pour autant, force est de constater que la parole des militaires se libère progressivement de sorte que, d'une part, sous réserve de la préservation des intérêts légitimes de la Nation, de l'administration, des militaires et des administrés, l'expression est possible. D'autre part, la retenue imposée pour assurer la discipline n'étouffe pas complètement les propos des militaires, fussent-ils critiques, dès lors qu'ils sont formulés « en bonne intelligence ».

Par ailleurs, aussi cruciales que soient l'obéissance et la discipline au sein de l'institution militaire, il n'est plus admis que des ordres abusifs soient ordonnés par le commandement. Aussi, face à de tels abus, les subordonnés se doivent de désobéir et d'alerter les autorités supérieures. À défaut, ils s'exposeraient à des sanctions aussi bien disciplinaires que pénales.

De la même manière, il n'est plus concevable que des décisions soient prises par le commandement de manière purement arbitraire, de sorte que toute décision peut désormais faire l'objet d'un recours. Ce recours peut être administratif ; il est même obligatoire préalablement au recours juridictionnel s'agissant de toute décision hors des domaines disciplinaire et du recrutement. Le recours peut également être contentieux, y compris en matière disciplinaire, le juge administratif s'estimant compétent pour connaître des recours disciplinaires formés par des militaires et exercer un contrôle normal de la décision litigieuse.

Enfin, les militaires bénéficient *a minima* des mêmes garanties et protections que celles octroyées à tout agent de la fonction publique. Encore faut-il que le bénéfice de ces garanties et protections soit

sollicité pour des faits liés au service et que l'exercice de ce dernier soit accompli de manière convenable. Et bien que l'État ne saurait être tenu pour responsable des fautes personnelles commises par des militaires, nous relevons que le juge administratif s'est montré bienveillant à l'égard des victimes en condamnant l'État pour des fautes personnelles n'étant pas totalement dépourvues de tout lien avec le service ou en adoptant une conception relativement large de la notion de faute de service. Mais, de manière paradoxale, indépendamment de toute considération sur la manière de servir, la juridiction administrative a également admis que l'octroi de la protection fonctionnelle puisse être refusé à un agent de l'État pour des motifs d'intérêt général. Certes, cette hypothèse est exceptionnelle et, compte tenu du préjudice considérable qu'elle porte aux intérêts des agents publics, il serait judicieux qu'elle reste rare.

Conclusion générale

En dépit des réformes successives intervenues depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le militaire reste un soldat avant tout. En ce sens, il exerce des missions qui exigent nécessairement un engagement très spécifique, justifiant les sujétions affirmées par l'article L4111-1 du Code de la défense et constituant les « *principes fondamentaux de l'état militaire*¹³⁸⁹ » : le sacrifice, la discipline, le loyalisme et la neutralité. Le législateur, l'administration militaire ainsi que les juridictions, aussi bien nationales qu'internationales, n'ont jamais eu l'intention de remettre en cause ces principes fondamentaux en ce qu'ils sont nécessaires pour l'accomplissement des missions. Aussi, les spécificités militaires se retrouvent à de nombreux égards. Notamment dans le format des armées qui se caractérise par un impératif de jeunesse ; ensuite dans l'engagement des militaires qui nécessite une préparation rigoureuse et une disponibilité permanente ; enfin dans la faculté d'utiliser la force légitime, y compris en dehors du territoire national et d'être jugé, le cas échéant, par une justice pénale spéciale. Ces spécificités fondent aussi bien les sujétions particulières des militaires que les garanties et protections, toutes aussi particulières, dont ils bénéficient en contrepartie.

Néanmoins, les spécificités nécessaires aux missions ne doivent pas non plus aboutir à marginaliser les militaires. Dès lors, les statuts généraux institués en 1972 et en 2005 ont eu pour objectif de « réhabiliter » les militaires au sein de la société civile ainsi que de rapprocher la situation juridique des militaires sur celle des fonctionnaires à mesure du possible. Notons qu'à l'inverse, la fonction publique militaire a pu également être « précurseuse » sur certaines dispositions, notamment celles relatives au recours administratif préalable obligatoire ou à la médiation. Cependant, si le rapprochement des régimes juridiques s'est accru depuis le statut général de 2005, au point que la loi de 2016¹³⁹⁰ relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires modifie aussi bien les dispositions de la loi dite Le Pors que la partie 4 du Code de la défense ; force est de constater que les obligations des militaires sont exigées de manière globalement plus sévère que celles exigées aux agents de la fonction publique civile. En

¹³⁸⁹ « *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires* », Monsieur Renaud DENOIX de SAINT MARC, 29 octobre 2003, p.6.

¹³⁹⁰ Loi n°2016-433 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*.

atteste notamment les exigences liées à la retenue dans leur expression dans l'exercice du service et en dehors de ce dernier.

Pour autant, les évolutions juridiques intervenues sur la condition militaire ont progressivement permis de libéraliser l'exercice des droits fondamentaux des militaires aussi bien en tant que citoyen qu'en tant qu'agent public. Dès lors, le *capitis diminutio* qui caractérisait le régime juridique des militaires et plaçait ces derniers, au moins jusqu'à la moitié du XX^{ème} siècle, dans une situation analogue à celle des détenus, a essentiellement disparu.

Désormais, le militaire jouit, par principe, de l'ensemble des droits fondamentaux reconnus aux citoyens. Pouvant prendre part aux élections publiques, s'y présenter et, à l'avenir, pouvoir même exercer un mandat de conseiller municipal en conservant son état militaire. Il pourra également s'engager dans des manifestations, globalement quels que soient leur objet ou leur nature (notamment associative), sans que sa hiérarchie en soit nécessairement informée et l'y autorise. Il pourra, en outre, librement établir un lien conjugal, quel que soit le genre du conjoint, et bénéficier d'une prise en compte de sa composition familiale par l'administration militaire. Également, bien que le militaire soit contraint à une retenue renforcée dans son expression, force est de constater que sa parole tend progressivement à se libérer, notamment au travers des « blogues » et réseaux sociaux. Néanmoins, l'interdiction absolue pour les militaires d'adhérer à un parti politique ne nous apparaît plus légitime et sera très certainement remise en cause si elle faisait l'objet d'un litige. Aussi, la neutralité politique des militaires devrait être assurée par leur seule obligation de retenue, laquelle consiste en s'abstenir d'affirmer leur état militaire lors de manifestations politiques.

Le militaire jouit également de droits fondamentaux reconnus aux agents publics. Bien que le silence soit encore très prégnant au sein de l'Armée, restreignant fortement l'expression professionnelle des militaires, force est de constater que ces derniers ne sont pas (ou plus) pour autant « baillonnés ». La parole peut être ainsi exprimée, même de manière critique, sous réserve que, d'une part, elle ne contrevienne pas aux intérêts de la Nation, de l'administration, des autres militaires et des administrés en révélant des informations confidentielles en dehors des cas où la révélation est permise, voire exigée. D'autre part, qu'elle soit formulée de manière irréprochable sur la forme et incontestable sur le fond.

En outre, l'expression des militaires est largement sollicitée dans le cadre du dialogue social sur les problématiques liées à la condition militaire. La consultation de représentants, élus ou tirés au sort, est régulièrement organisée dans le cadre de la concertation, aussi bien à l'échelon local que national. Néanmoins, le système selon lequel il appartient seul au « chef » de veiller aux intérêts de ses subordonnées a démontré ses limites ; principalement suite aux dysfonctionnements de

logiciel de traitement de la solde « LOUVOIS » et la gestion chaotique qui s'en est suivie. Face à l'impuissance des instances de concertation et, surtout, à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme du fait, d'une part, de l'interdiction absolue faite au militaire de créer ou d'adhérer à un groupement professionnel et, d'autre part, à l'interdiction d'ester en justice aux groupements dont l'objet statutaire porterait sur la défense des intérêts professionnels et collectifs des militaires ; le législateur de 2015 réforma le statut général des militaires pour y prévoir notamment un rôle des associations professionnelles nationales militaires (APNM) dans le processus de concertation. Il a ainsi préciser les conditions et garanties que devaient remplir ces APNM pour pouvoir être représentatives et être considérées comme des « syndicats » spécifiques aux militaires. Par ailleurs, la faculté qui est désormais accordée aux groupements professionnels de pouvoir ester en justice pour représenter les intérêts professionnels des militaires va probablement constituer une alternative à la concertation.

De même, malgré l'omniprésence de la discipline militaire, le soldat n'est plus soumis à l'arbitraire de ses chefs. Dès lors, tenu à une obligation d'obéissance, il devra également désobéir dans l'hypothèse d'avoir reçu un ordre abusif. Également, il pourra contester les décisions lui faisant griefs relevant du domaine statutaire, y compris disciplinaire, ou indemnitaire.

Enfin, le militaire bénéficiera, à l'instar de tout agent public, de garanties et d'une protection de l'État destinées à le préserver, voire à l'indemniser, des désagréments, blessures et maladies imputables au service.

Par conséquent, le militaire est bien un agent public atypique car d'une part, il partage un régime juridique commun avec les autres agents publics, mais dont les obligations semblent exigées de manière plus sévère. Et, d'autre part, il est soumis à un régime juridique « exorbitant du droit commun de la fonction publique », lequel aménage aussi bien des obligations que des garanties spécifiques.

Bibliographie sélective

Par ordre chronologique

Ouvrages

Généraux

- « *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* », Édouard LAFERRIÈRE, 2^{ème} édition, tome I. Paris : Berger-Levrault et Cie, 1887.
- « *Précis de droit constitutionnel* », Maurice HAURIOU, 2^{ème} édition, Sirey, 1929, p.114.
- « *Droit administratif* », Jean WALINE, Précis Dalloz, 25^{ème} édition, 2014.

Spéciaux

Juridique

- « La Révolution dans l'armée française, élection des sous-officiers en 1849 », Jean-Baptiste BOICHOT, 1865, Bruxelles : impr. de A. Mertens et fils.
- « La défaite des généraux », S. COHEN, Fayard, 1994.
- « Contre-espionnage et protection du secret : histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France », Bertrand WARUSFEL, Panazol : Lavauzelle, 2000.
- « *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ? Enjeux et perspectives* », Clara BACCHETTA, Institut des hautes études de défense nationale, 2004. Paris : Economica.
- « *Droit de la défense* », Florent BAUDE, Fabien VALLÉ, éditeur Ellipses Marketing, 23 octobre 2012, collection Université.
- *Manuel de droit des conflits armés*, Direction des affaires juridiques/sous-direction du droit international et du droit européen/ bureau du droit des conflits armés, édition 2012.
- « La fonction publique- Le droit applicable aux trois fonctions publiques (État – Territoriale- Hospitalière) », Emmanuel AUBIN, 6^{ème} édition, 2012, Galino, Lextenso éditions.
- « *Droit de la fonction publique (État. Collectivités locales. Hôpitaux)* », Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE, Antony TAILLEFAIT, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2012.
- « La judiciarisation des opérations militaires : Thémis et Athéna », Christophe BARTHÉLEMY, Édition l'Harmattan, janvier 2013.

Autres disciplines

- « La Société militaire dans la France contemporaine, 1815-1939 », Raoul GIRARDET, Paris, Plon, 1953.
- « *Le savant et le politique* », Max Weber, juillet 1919 : Plon, 1963.
- « La crise militaire française 1945-1962. Aspects sociologiques et idéologiques », Raoul GIRARDET, Paul M. BOUJU, Jean-Pierre H. THOMAS, Paris, A. Colin, 1964

- « *Surveiller et punir. Naissance de la prison* », Michel FOUCAULT, 1975, Collection Bibliothèque des Histoires, Gallimard.
- « *Les guerres asymétriques : Conflits d'hier et d'aujourd'hui, terrorisme et nouvelles menaces* », Barthélémy COURMONT et Darko F. RIBNIKAR, 2009, Broché.
- « *Contre les élections* », David Van REYBROUCK, 2014. Arles : actes Sud.
- « *Tout ce qu'il ne faut pas dire* », Bertrand SOUBELET, janvier 2017, J'ai lu.
- « *PLUTARQUE, vies parallèles* », François HARTOG, Anne-Marie OZANAM, 30 novembre 2001, Quarto, Gallimard.

Encyclopédies

- « *Dictionnaire de l'Armée de Terre ou recherches historiques sur l'art et les usages militaires des anciens et des modernes* », Général BARDIN, sous la direction du Général OUDINOT DE REGGIO, volume 6, Paris : J. CORRÉARD, 1851.
- « *Le militaire-citoyen, ou le droit de vote des militaires pendant la Révolution française* », Melvin EDELSTEIN, Annales historiques de la Révolution française, 1997, volume 310, numéro 1.
- « *Garanties professionnelles, droit à la formation, protection contre les menaces et attaques* », Jean BÉNOIT, septembre 2003, Chapitre 3 (folio n°12053), Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz.
- « *Droits et obligations des magistrats judiciaires* », Jurisclasseur. Fonctions publiques, Fasc. 790, 20 mars 2005.
- « *Statut général des militaires* », Béatrice THOMAS-TUAL : Jurisclasseur Fonction publique, fasc. 740, 1^{er} février 2007.
- « *Liberté d'expression des agents publics* », Laurent PECH : Jurisclasseur Fonctions publiques, fasc. 115, 1^{er} juin 2012.
- « *Infractions contre l'honneur et le devoir* », Philippe SALVAGE et Philippe CONTE : Jurisclasseur Lois pénales spéciales – Armée, fasc. 30, 5 août 2013.
- « *Organisation et missions de la Défense* », Ramu de BELLESCIZE : Jurisclasseur Administratif, fasc. 250, 21 octobre 2013.
- « *Faute des agents et responsabilité administrative* », Jean-Pierre DUBOIS, avril 2014, répertoire de la responsabilité de la personne publique, Dalloz.
- « *Infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires* », Philippe SALVAGE et Philippe CONTE : Jurisclasseur Lois pénales spéciales - Armée, fasc. 20, 23 juin 2014.
- « *La révélation d'une information à caractère secret – Condition d'existence de l'infraction-Pénalités* », V. PELTIER, Jurisclasseurs code pénal, Fascicule 20, 28 mai 2015.
- « *Obligations des agents publics* », Antony TAILLEFAIT : Jurisclasseur Administratif, fasc. 183, 7 novembre 2015.
- « *Ordre de la loi* », Michel DANTI-JUAN, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juillet 2015.

Thèses et mémoires

- « *Le droit de vote politique dans l'armée française* », Charles GARRIGUES, thèse soutenue à la faculté de droit de l'Université de Paris, 1898. La Rochelle : imprim. Girault et Masson.

- « *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées* », Michel SÉNÉCHAL, thèse soutenue à la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Lille, 1962. S.I. : S.N.
- « *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale* », Bernard CHANTEBOUT, thèse soutenue à la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Paris, 1966. SI : S.N.
- « Un devoir essentiel de l'officier : Nourrir et exprimer sa réflexion », Dominique de LORGERIL, IEP de Toulouse 1996 (mémoire).
- « *La liberté d'expression professionnelle des militaires* », Clara BACCHETTA, thèse soutenue sous la direction de Roseline LETTERON, 2000, S.I. : S.N.

Conférences

- *Cycle de conférences du Conseil d'État 2013-2015 : Où va l'État ? Sixième conférence : « l'État et les monopoles régaliens : défense, diplomatie, justice, police, fiscalité »*. Mercredi 9 juillet 2014 : document de synthèse des conférences. <http://www.conseil-etat.fr>
- « *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme* », actes du colloque, École militaire, Paris, 2 et 3 décembre 1998, sous la direction de Roseline LETTERON, Paris : ECONOMICA 2000.
- « *Militaires en République 1870-1962, les officiers, le pouvoir et la vie publique en France* », actes du colloque international tenu au Palais du Luxembourg et à la Sorbonne les 4, 5 et 6 avril 1996 / sous la direction de Olivier FORCADE, Éric DUHAMEL, Philippe VIAL. Paris : publication de la Sorbonne, 1999.

Rapports

Parlement

- « *Rapport sur les objets constitutionnels de l'armée* », 1^{er} février 1790, archives parlementaires, 11, 411.
- *Procès-verbaux de l'Assemblée nationale* mis par ordre des matières ou collection des motions, rapports, décrets, etc. présentés dans leur ordre naturel, Assemblée constituante, 1790, 3^{ème} tome.
- Rapport n°337 sur le projet de loi instituant une commission consultative du secret de la Défense nationale annexe 2, 1997/1998, Sénat.
- *Proposition de loi relatives aux sectes, rapport n°131 (1999-2000)* de Monsieur Nicolas ABOUT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 décembre 1999.
- Rapport n° 210 (1999-2000) de M. René GARREC, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, déposé le 9 février 2000, Sénat, p.17.
- *Audition de M. Renaud DENOIX DE SAINT MARC*, Commission de la Défense nationale et des Forces armées de l'Assemblée nationale, séance du mercredi 11 février 2000, compte rendu n° 20.
- *Rapport n° 2302* de M. François COLCOMBET, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, déposé le 29 mars 2000, Sénat, p.16.

- *La justice militaire*, les documents de travail du Sénat, série législations comparées, LC n° 83, décembre 2000.
- Rapport d'information par la commission de la défense nationale et des forces armées n°2490 sur les actions destinées à renforcer le lien entre la Nation et son Armée, messieurs Bernard GRASSET et Charles COVA, 22 juin 2000, p. 88 et 89.
- « *Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires* », mai 2002, les documents de travail du sénat Série législation comparée, Sénat
- *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires*, Monsieur Renaud DENOIX DE SAINT MARC, 29 octobre 2003, Assemblée nationale.
- *Rapport 1969* sur le projet de loi n° 1741 portant *statut général des militaires*, Guy TEISSIER, fait au nom de la Commission de la Défense Nationale et de Forces Armées 1er décembre 2004
- *Rapport n° 154 (2004-2005)* de M. André DULAIT, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 26 janvier 2005.
- *Rapport n° 317 (2007-2008)* de M. André DULAIT, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 7 mai 2008.
- *Réponse ministérielle n° 1709* : JO Sénat Q 17 avr. 2008, p. 776.
- *Compte rendu n°31 de l'audition des aumôniers en chef des armées (cultes israélite, catholique, protestant et musulman)*, 30 mars 2011 ; commission de la défense nationale et des forces armées, sous la présidence de Monsieur Guy TEISSIER, Assemblée Nationale.
- *Question écrite n° 22312* de Monsieur le sénateur Jean Louis Masson, réponse du Ministère de la Défense publiée dans le JO Sénat du 17/05/2012.
- *Question écrite n° 06410* de Mme Joëlle GARRIAUD-MAYLAM, publiée dans le JO Sénat du 16/05/2013 - page 1521.
- Rapport n°1551 relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, Mesdames Patricia ADAM et Geneviève GOSSELIN-FLEURY, du 14 novembre 2013, Tome 1, Assemblée Nationale.
- *Rapport d'information n°4069*, Gilbert LE BRIS et Étienne MOURRUT, la commission de la défense nationale et des forces armées sur *le dialogue social dans les armées*, 13 décembre 2011. Assemblée nationale.
- Rapport n°50 sur le 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, Monsieur Jean-Louis CARRÈRE, Sénat, 8 octobre 2013.
- *Compte-rendu n°31*, séance du 20 janvier 2015, Patricia ADAM, commission de la défense nationale et des forces armées : www.assemblee-nationale.fr.
- Rapport n°547 (2014-2015) de M. Jean-Pierre RAFFARIN relatif au projet de loi actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense, 24 juin 2015.
- *Rapport n°3099* sur le projet de loi (n° 1278 et 2880) *relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, Madame Françoise DESCAMPS-CROSNIER, 1er octobre 2015, Assemblée Nationale
- *Compte-rendu intégral de la 2ème séance du mercredi 2 mars 2016*, discussion des articles : article 19. Assemblée nationale XIVe législature, session ordinaire de 2015-2016.
- *Rapport de la mission relative au cadre légal de l'usage des armes par les forces de sécurité* présidée par Mme Hélène CAZAUX-CHARLES, Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, novembre 2016.

- *Rapport d'information n°4552 sur la protection sociale des militaires*, Charles de La VERPILLIÈRE et Geneviève GOSSELIN-FLEURY, 22 février 2017, Assemblée Nationale.
- « *La fonction militaire dans la société française* », Haut Comité d'Évaluation de la Condition des Militaires, 11^{ème} rapport, septembre 2017.

Ministère de la Défense

-
- *Rapports du Haut comité d'évaluation de la condition des militaires*. Site internet <http://www.defense.gouv.fr/>. Thèmes abordés :
- 2016 : « La condition des militaires engagés dans les missions de protection du territoire national et de la population ».
- 2015 : « Perspectives de la condition militaire 2015-2025 ».
- 2014 : « L'administration des militaires ».
- 2013 : « Les femmes dans les forces armées françaises ».
- 2012 : « La condition des militaires du rang ».
- 2011 : « La condition des militaires en service hors métropole ».
- 2010 : « Les pensions militaires de retraite ».
- 2009 : « La reconversion ».
- 2008 : « La mobilité fonctionnelle et géographique ».
- 2007 : « L'attractivité de la condition militaire – les rémunérations ».
- « *Bilan social* », Direction des ressources humaines du ministère de la Défense, service politique générale et du pilotage des ressources humaines militaires et civils, sous-direction de la politique générale des études et de la prospective. Site internet <http://www.defense.gouv.fr/>. Des années 1990 à 2016.
- « *Bilan reconversion* », DRH-MD/Défense mobilité. Site internet <http://www.defense-mobilite.fr/>. Années 2006 à 2016.
- « *Les chiffres clés de la Défense 2016* », DICOd. Site internet <http://www.defense.gouv.fr/>
- « *Rapport annuel d'activité* », commission des recours des militaires, ministère de la Défense. Pour l'année 2014, rapport du 15 juillet 2015 ; pour l'année 2015, rapport du 18 juillet 2016.
- « *Rapport annuel des médiateurs militaires* », collège des inspecteurs des armées, 2015, ministère de la Défense.
-

Présidence de la République

- Rapport de Monsieur Bernard PÉCHEUR à Monsieur le président de la République sur le droit d'association professionnelle des militaires, 19 décembre 2014.
- « *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale 2013* », Présidence de la République. Site internet <http://www.livreblancdefenseetsecurite.gouv.fr/>. Les archives sont également consultables sur le site (Livre blanc 1972, 1994 et 2008).
-

Juridictions

- « *Les droits de la partie civile dans le procès pénal* », Madame Frédérique AGOSTINI, rapport 2000, deuxième partie : étude et documents, Cour de cassation.

- « *Un siècle de laïcité* », rapport public du Conseil d'État, 2004, Conseil d'État.
- « *Les recours administratifs préalables obligatoires* », les études du Conseil d'État, 2008 : La documentation française.
- « *Le droit de savoir* », rapport 2010, troisième partie, Cour de cassation.
-

Autres institutions

- « *Les méthodes de travail de la commission* », rapport de la CCSD 1998-2004 : <http://ladocumentationfrancaise.fr>
- « *L'Islam dans la République* », rapport du Haut conseil à l'intégration (HCI), 2000
- « *Les pensions de retraite des militaires* », Cour des comptes, rapport public, 2003.
- « *Étude sur les droits de l'Homme dans la prison* », 11 mars 2004, Commission nationale consultative des droits de l'Homme : <http://ladocumentationfrancaise.fr>
- « *Le travail diplomatique. Un métier et un art* », Marc LORIOU, Françoise PIOTET, David DELFOLIE, rapport de recherche pour le ministère des Affaires étrangères et européennes, décembre 2008.
- *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale, 2010-2012* : <http://ladocumentationfrancaise.fr>
- « *La participation des militaires à la vie de la cité* », Bruno MARESCA, Nathalie MONTOYA, avec la collaboration de Jérôme HUGUET, août 2004, Département « Evaluation des Politiques Publiques », CREDoC : <http://www.credoc.fr>
-

Articles

Revue juridiques

- « *Le secret professionnel des fonctionnaires* », R. TUNK : RA 1953.519.
- « *La liberté politique des Fonctionnaires* », M. WALINE : Rev. adm. 1958, n° 61, p. 5.
- « *Sur l'obligation de réserve* », J. RIVERO : AJDA 1977, p.583.
- « *Les sanctions infligées à un détenu et un militaire sont des décisions faisant griefs susceptibles de recours* », François BERNARD et Michel LASCOMBE : JCP éd. générale, n° 19, 10 Mai 1995, II 2242.
- « *Le recours administratif préalable à l'encontre des décisions ministérielles relatives à la situation personnelle des militaires* », Olivier GOHIN : Droit et défense, 2001/2, p.32.
- « *Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées* », Xavier LATOUR : RFDA 2005, p.770.
- « *L'incertaine liberté d'expression du militaire* », Jean-Hugues MATELLY, AJDA 2005 p 2156.
- « *Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires* », Jean-Luc PISSALOUX : AJDA 2005, p.1042.
- « *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* », BOSSIS Gaëlle, RFDA 2005, p.778
- « *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes* », Valérie Goesel-Le Bihan : Revue française de droit constitutionnel 2007/2 (n° 70).

- « *Une mesure complexe : la mutation d'office dans l'intérêt du service* », Guillaume GLÉNARD : Revue de droit administratif n°7, juillet 2008, étude 15.
- « La protection fonctionnelle des agents publics : certitudes et aléas », Katarzyna GRABARCZYK : AJDA 2008, p.1472.
- « Michel DEBRÉ et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », Damien SALLES, cahiers du Conseil constitutionnel n°26, août 2009.
- « *Feu l'arrêt Lebon ?* », Marguerite CANADO-PARIS, AJDA 2010, p.921.
- « *Constitution et fonction publique* », Antony TAILLEFAIT, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°37, octobre 2012.
- « Embuscade d'Uzbin : saisine du juge d'instruction par les parties civiles », Jacques Baillet et Ghislain Poissonnier, Recueil Dalloz 2012.
- « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », Jean-Marc SAUVÉ : AJDA 2014, p. 2249.
- « Recours administratifs préalables obligatoires (RAPO) et autres procédures de recours internes obligatoires. - Ou l'autonomisation de sous-ordres juridiques », Mathilde KERNÉIS-CARDINET : JCP- Administrations et collectivités territoriales, n°14, 7 avril 2014.

Revue pluridisciplinaires

- « Pouvoir politique et liberté d'expression des militaires », P. BAYLE, le Casoar, octobre 1994, p.53.
- « *La liberté d'association professionnelle dans les armées* », Clara BACCHETTA, Les Champs de Mars n° 9, premier semestre 2001.
- « *Les horaires et l'organisation du temps de travail* », Alain CHENU, ÉCONOMIE ET STATISTIQUE N° 352-353, 2002.
- « *Les militaires français issus de l'immigration* », WIHTOL DE WENDEN, (C.), BERTOSSI (C.), les Documents du C2SD, n°78, 2005.
- « *Vous avez dit "guerre dissymétrique" !* », Colonel Jean-Louis DUFOUR, l'Économiste, n°2693 du 16/01/2008.
- « L'attractivité des armées auprès des minorités ethniques en Europe : une comparaison Allemagne, France, Grande-Bretagne », SHOLTZ Carina, fiche de l'IRSEM n° 2, mai 2010.
- « *Dynamiques sociodémographiques des effectifs militaires* », Mathieu BAUDRY : ECODEF, n°71 avril 2015, le bulletin de l'observatoire économique de la Défense (SGA/DAF/OED).

Articles de presse

- « Une militaire transgenre doit prouver son changement de sexe "irréversible" », Libération, 11 octobre 2010
- « Une perm' en plus pour l'Aïd à l'armée : ce n'est pas un hoax », 21 juillet 2013, Nouvel Observateur.
- « Génocide rwandais : trois ONG demandent à la justice d'interroger Paul Barril », 2 avril 2014, Le Parisien.
- « Attaque de la force Licorne en 2004 : silence dans les rangs », Thomas HOFNUG, 5 novembre 2014, www.liberation.fr.
- « La précarité s'installe dans la fonction publique », Marie THÉOBALD, Le figaro, 17 avril 2015.
- « *Vous avez tort, Monsieur Juppé !* », Vincent DESPORTE, Le Monde, 4 mars 2016.

Documents Internet

- *Audition devant la mission d'information sur la lutte contre l'insécurité du Général Philippe MAZY*, mardi 21 janvier 2014, Portail vidéo de l'Assemblée nationale : <http://videos.assemblee-nationale.fr>
- « *Temps d'activité des Gendarmes et soldats, le gouvernement en infraction* », GendXXI, 3 février 2015, Association professionnelle nationale des militaires GENDXXI : <https://www.gendxxi.org>
- *Association de défense des droits des militaires (ADEFDROMIL)* : <http://adefdromil.org>
- *Blog du journaliste Jean-Dominique MERCHET « Secret Défense »* : <http://www.defense.gouv.fr/>
- « *Servitude et grandeur militaires : le régime juridique des arrêts* », Roseline LETTERON, mars 2015, <http://www.contrepoints.org>

Tables des jurisprudences

Juridictions internationales

Cour de justice de l'Union européenne

- **Cour de justice des communautés européennes, 5 mai 1966 et 15 mars 1967, *Max Gutmann contre Commission de la CEEA* :**

N° C-18/65 ; Recueil de la jurisprudence de la CJCE, p.00149.

Cour européenne des droits de l'Homme

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* :**

Affaire n° 5100/71, Série A 22, p. 4.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, [plénière], 4 décembre 1979, *Affaire Albert et Le Compte contre Belgique* :**

Affaires n°7299/75; 7496/76.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 19 décembre 1994, *Vereinigung demokratischer soldaten österreichs et Gubi c. Autriche* :**

Affaire n°15153/89 ; Série A, n°302.

- **Cour européenne des droits de l'homme, 25 février 1997, *Z. contre Finland* :**

Affaire n°22009/93 ; cité dans « Convention européenne des droits de l'Homme », MARGUÉNAUD, 2014 (actualisation 2016), n°23.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce* :**

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* :**

Affaires n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie* :**

Req. n° 34503/97 ; HERVIEU Nicolas, Revue de droit du travail, 2009, p.288.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 2 octobre 2014, *MATELLY contre France* :**

Affaire n°10609/10, JurisData numéro 2014-022214.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 2 octobre 2014, *ADEFDROMIL contre France* :**

Affaire n°32191/09, JurisData numéro 2014-022215.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 3^e section, 21 avril 2015, *affaire Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna c. Espagne* :**

Requête n°45892/09 ; Droit social 2016, p.697, MARGUÉNAUD et MOULY.

- **Cour européenne des droits de l'Homme, 26 novembre 2015, *Ebrahimian contre France* :**

Affaire n°64846/11 ; Dalloz Actualité, 1er décembre 2015.

Juridictions nationales

Conseil constitutionnel

- **Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association :**

N°71-44 DC du 16 juillet 1971, Recueil du Conseil constitutionnel, p.29.

- **Conseil constitutionnel, décision du 25 juillet 1979, relative à la loi sur la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail :**

N°79-105 DC, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, p.3.

- **Conseil constitutionnel, 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière :**

N°2013-679 DC, Constitutions 2014. 68, chron. BARILARI.

- **Conseil constitutionnel, 27 février 2015, Sanctions disciplinaires des militaires - Arrêts simples :**

Décision n° 2014-450 QPC, VIDELIN Jean-Christophe, AJFP 2015 p.244.

Tribunal des conflits

- **Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Pelletier :**

« Les décisions les plus importantes du Conseil d'État », www.conseil-état.fr; GAJA (16ème édition), n°2.

- **Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, Thépez :**

Req. n°00820 ; S. 1935. 3. 17.

Ordre administratif

Tribunal administratif

- **Tribunal administratif de Dijon, 14 octobre 1997, M. Segaud :**

Req. n°953280 ; AJFP 1998, p.33.

- **Tribunal administratif de Marseille, 1^{er} juillet 2008, Gualino :**

Req. n° 0707823 ; AJFP 2009, p.40.

- **Tribunal administratif de Grenoble, 25 septembre 2009, M.B :**

Req. n° 05-05-881 ; AJFP 2010, p.85.

- **Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 30 septembre 2015 :**

Req. n° 1411141 ; AJDA 2015 p.2394.

Cours administratives d'appel :

- **Cour administrative d'appel de Lyon, 27 novembre 2003, Mlle Najat Ben Abdallah :**

N° 03LY01392 ; KOLBERT Éric, RFDA 2004 p.588.

- **Cour administrative d'appel de Rennes, 14 janvier 2010, Schmitt :**

N°08/02209 : AJDA 2010, p.252.

- **Cour administrative d'appel de Douai, 3 mars 2011 :**

N°09DA00486, Actualité Juridique des collectivités territoriales 2011, p.522.

- **Cour administrative d'appel de Marseille, 20 mars 2015, Mme B :**

Req. n°14MA04518 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Cour administrative d'appel de Marseille, 23 février 2016, M. C :**

Req. n°14MA00154, inédit au Recueil Lebon.

Conseil d'État

- **Conseil d'État, 21 juin 1895, *Cames* :**

Req. n° 82490 ; Recueil Lebon p. 509, GAJA (16ème édition) n°6.

- **Conseil d'État, 12 janvier 1906, *Paillotin* :**

Recueil Lebon p. 36, D. 1906, III, p.81.

- **Conseil d'État, 3 février 1911, *Anguet* :**

Recueil Lebon p.146 ; GAJA (16ème édition) n°23.

- **Conseil d'État, 10 mai 1912, *B.* :**

Recueil Lebon, p. 553.

- **Conseil d'État, 15 mars 1918, *Baudelet* :**

Req. n° 63425 ; Recueil Lebon p.259.

- **Conseil d'État, 26 juillet 1918, *époux Lemonnier* :**

« Les décisions les plus importantes du Conseil d'État », www.conseil-etat.fr. GAJA (16ème édition), n°33.

- **Conseil d'État, 31 janvier 1919, *Terrisse* :**

Recueil Lebon, p.108.

- **Conseil d'État, 25 juillet 1919, *Squeren* :**

Req. n°65629 ; Recueil Lebon p.690.

- **Conseil d'État, 14 novembre 1919, *Époux Lhuillier* :**

Req. n°65605 ; Recueil Lebon p.819.

- **Conseil d'État, 16 juillet 1920, *Chirac* :**

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, p.537, note JÈZE.

- **Conseil d'État, 8 févr. 1924, *Raimond* :**

Req. n°65132 ; AJDA 2014 p.1470, CHOPPLET.

- **Conseil d'État, 28 mars 1924, *Poursines* :**

Req. n°71243 ; Recueil Lebon, p.357.

- **Conseil d'État, 13 juin 1928, *Charton* :**

Recueil Lebon, p.735.

- **Conseil d'État, 11 janvier 1935 :**

Recueil Lebon, p. 44.

- **Conseil d'État du 21 mars 1947, *Aubry* :**

Req. n° 80338, GAJA (16ème édition) n°61.

- **Conseil d'État, 19 mai 1948, *Souchon* :**

Req. n°90228 ; Recueil Lebon p.221.

- **Conseil d'État, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur* :**

Req. n°91864. Recueil Lebon p.492.

- **Conseil d'État, Assemblée, 7 juillet 1950, *Dehaene* :**

Req. n°01645, recueil LEBON ; « les décisions les plus importantes du Conseil d'État » in www.conseil-etat.fr. GAJA (16ème édition), n°65.

- **Conseil d'État, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle* :**

Req. n° 01074 ; GAJA (16ème édition), n°69.

Table des jurisprudences

- **Conseil d'État, ass., 28 mai 1954 :**
Recueil Lebon, p. 308.
- **Conseil d'État, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang* :**
Recueil Lebon, p.317.
- **Conseil d'État, 27 octobre 1961, *Caisse primaire de sécurité sociale de Mulhouse et Kormann* :**
Req. n°48371 ; Recueil Lebon p.602 ; AJDA 2009 p.2170 LIÉBER et BOTTEGHI.
- **Conseil d'État, 24 novembre 1961, *Létisserand* :**
Req. n°48841 ; GAJA (16ème édition) n°81.
- **Conseil d'État, 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon* :**
Recueil Lebon p.243, conclusions CHARDEAU.
- **Conseil d'État, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics* :**
Recueil Lebon p. 30.
- **Conseil d'État, 31 janvier 1964, *Demoiselle Bruchet* :**
AJDA 1964. 576, note MOREAU.
- **Conseil d'État, 9 juillet 1965, *P.* :**
Recueil Lebon, p.421.
- **Conseil d'État, Ass., 6 novembre 1968, *Benejam* :**
Req. n°70282 ; Recueil Lebon 1968.
- **Conseil d'État, 10 janv. 1969, *M.* :**
Recueil Lebon, p. 24.
- **Conseil d'État, 16 octobre 1970, *Martin* :**
Req. n°71536 ; Recueil Lebon 1970.
- **Conseil d'État, 19 mars 1971, *Mergui* :**
Req. n°79962 ; Revue de droit public 1972, p.234, note WALINE.
- **Conseil d'État, 14 février 1975, *Teitgen* :**
Req. n°87730 ; Recueil Lebon 1975.
- **Conseil d'État, 15 mai 1981, *Kessler* :**
Req. n°14175 ; Recueil Lebon 1981.
- **Conseil d'État, 21 mars 1983, *UAP* :**
Req. n°02256 : Rec. p. 537 ; AJDA 1983, p. 356, concl. LABETOULLE ; D. 1984, jurispr. p. 33, note AUBY et HUBRECHT ; Rev. adm. 1983, p. 368, note PACTEAU.
- **Conseil d'État, 21 octobre 1983, *Poinçon* :**
Req. n°39921 ; Recueil Lebon 1983.
- **Conseil d'État, 29 mars 1985, *Testa* :**
Req. n° 42612 ; Recueil Lebon tables p. 93 et 500.
- **Conseil d'État, 11 février 1987, *Ville d'Hyères* :**
Req. n° 72574, JurisData n° 1987-042020.
- **Conseil d'État, 25 septembre 1987, *Lagraula* :**
Req. n°44149, inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, Avis, 24 mars 1988 :**
Avis du Conseil de l'État, assemblée générale, séance du 24 mars 1988, n°343.614, www.conseil-etat.fr.
- **Conseil d'État, 31 mai 1989, *Pierron* :**
Req. n° 92077, RDSS 1990. 49, 15 mars 1990, note DUBOUIS.
- **Conseil d'État, 19 janvier 1990, *Beau* :**
Req. n° 78782 ; Lebon tables p. 584.

Table des jurisprudences

- **Conseil d'État, 3e et 5e sous-sections réunies, 6 décembre 1993, Bavoil :**
Req. n°117940 ; inédit au recueil Lebon. Cité dans RFDA 2005 p.778.
- **Conseil d'État, Assemblée, du 17 février 1995, Hardouin :**
Req. n° 107766, GAJA (16ème édition) n°99.
- **Conseil d'État, 29 mars 1993, H. :**
Jurisdata n°1993-043337.
- **Conseil d'État, 8 février 1995, Torreblanca :**
Req. n°152933 ; Inédit au Recueil Lebon
- **Conseil d'État, 14 avril 1995, Koen et Consistoire central des israélites de France :**
Req. n° N° 157653 ; AJDA 1995, p.501, STAHL et CHAUVAUX.
- **Conseil d'État, 17 mai 1995, Kalfon :**
Req. n° 141635 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, 17 janvier 1997, Meunier :**
Req. n°168603 ; inédit au Recueil Lebon ; cité dans AJDA 2005 p.2156, MATELLY.
- **Conseil d'État, 26 mai 1999, Riche :**
Req. n° 190554 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, 17 décembre 1999, Moine :**
Req. n°199598 ; Recueil Lebon 1999.
- **Conseil d'État, 21 février 2000, Czerwinsky :**
Req. n° 201024 ; Recueil Lebon tables p.840.
- **Conseil d'État, Avis, 3 mai 2000, Mlle MARTEAUX :**
Req. n°217017 ; KOUBI Geneviève, D. 2000, p.747.
- **Conseil d'État, 8 novembre 2000, Kindelberger :**
Req. n°209009, Recueil Lebon 2000.
- **Conseil d'État, Ass., 12 avril 2002, Papon :**
Req. n°238689 ; GAJA (16ème édition) n°113.
- **Conseil d'État, 3 mai 2002, Mme Fabre :**
Req. n°239436 ; AJFP 2002 p.55.
- **Conseil d'État, 25 octobre 2002, Commune d'Orange :**
Cité dans Encyclopédie des collectivités territoriales, Chapitre 4 « Cultes », n°281, 2017, FIALAIRE Jacques.
- **Conseil d'État, 27 novembre 2002, Bourrel et ADEFDROMIL :**
AJDA 2003, p.442, note ROULOT.
- **Conseil d'État, 12 février 2003, Chevalier :**
Req. n° 238969 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, 19 mars 2003, Capitaine Matelly :**
Req. n° 254524 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, Ass., 4 juillet 2003, Moya-Craville :**
Req. n°211106 ; AJFP 2003 p.25, note DELIANCOURT.
- **Conseil d'État, 28 juillet 2003, Villelegier :**
Req. n°258142 ; AJFP 2003 p.54.
- **Conseil d'État, 3 novembre 2003, Union des blessés de la face et de la tête :**
Req. n°244187 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, référé, 18 septembre 2003, M.X :**
Req. n° 259772 ; AJDA 2003, p.2098.
- **Conseil d'État, 3 novembre 2003, Hello :**
Req. n°248606 ; Recueil Lebon 2003.
- **Conseil d'État, 3 novembre 2003, Docteur Gilbert :**

Table des jurisprudences

Req. n°224300 ; Recueil Lebon 2003.

- **Conseil d'État, 10 décembre 2003, Bouley :**

Req. n°235640 ; AJDA 2004 p.942.

- **Conseil d'État, 17 mars 2004, Debraux :**

Req. n°244898 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 19 mai 2004, M. Éric Jouve :**

Req. n° 248175 Recueil Lebon p.234.

- **Conseil d'État, 19 mai 2004, Minjaud :**

Req. n°254480 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 19 mai 2004 Impini :**

Req. n°250826 ; Recueil Lebon 2004.

- **Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. Guy X :**

Req. n°263055, inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 7^e et 2^e sous-sections réunies, 10 novembre 2004, Jean-Hugues M. :**

Req. n°256573 ; AJDA 2005 p.329.

- **Conseil d'État, 10 novembre 2004, Hery :**

Req. n° 262506 ; AJDA 2005 p.108.

- **Conseil d'État, 4 février 2005, Dubois :**

Req. n°258894 ; Recueil Lebon 2005.

- **Conseil d'État, ordonnance, 22 février 2005, Duval :**

Req. n°277790 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 23 février 2005, M. Soyer :**

Req. n° 271748 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 9 mai 2005, Mme X :**

Req. n°260617 ; AJDA 2005 p.1647.

- **Conseil d'État, 8 juin 2005, Chantrel :**

Req. n°259010 ; Recueil Lebon 2005.

- **Conseil d'État, 15 juin 2005, Charles B. :**

Req. n°261691 ; AJDA 2005 p.1689, CASAS.

- **Conseil d'État, 1^{er} juillet 2005, Brugnot :**

Req. n°258208 ; Recueil Lebon 2005.

- **Conseil d'État, 4 novembre 2005, Marquaille :**

Req. n°262845 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 9 janvier 2006, Chantrel II :**

Req. n°275842 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 8 février 2006, Ung :**

Req. n°272564 ; inédit au Recueil Lebon

- **Conseil d'État, 10 mars 2006, Société Leroy Merlin :**

Req. n° 278220, Juris-Data n° 2006-069781.

- **Conseil d'État, 24 novembre 2006, Philippe A :**

Req. n°280874 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 14 mars 2008, M.A. :**

Req. n° 283943 ; JCP administrations et collectivités territoriales, 2008, n° 21, p. 37.

- **Conseil d'État, 28 juin 2006, Gatinois :**

Req. n°263625 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 9 août 2006, Caron :**

Req. n°281972 ; AJDA 2006 p.2196.

- **Conseil d'État, 24 novembre 2006, Guinot :**

Table des jurisprudences

Req. n°275645 ; AJDA 2007 p.325.

- **Conseil d'État, 2 mars 2007, M. B. :**

Req. n°291201 ; Recueil Lebon 2007.

- **Conseil d'État, 21 mars 2007, Garnier :**

Req. n° 284586 ; JurisData n° 2007-071623 ; Rec. CE 2007, p. 128 ; AJDA 2007 p.661.

- **Conseil d'État, 4 mai 2007, Freiermuth :**

Req. n° 283948 ; AJDA 2007, p.1319.

- **Conseil d'État, 20 juin 2007, Puig :**

Req. n°272574 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 26 septembre 2007, Rémy :**

Req n°263747 ; AJDA 2007 p.1846.

- **Conseil d'État, 26 octobre 2007, M.A. :**

Req. n°284683 ; Recueil Lebon 2007.

- **Conseil d'État, 19 mars 2008, Bussiere :**

Req. n°287475 ; AJFP 2008, p.332.

- **Conseil d'État, 6 août 2008, Mazière :**

Req. n°297044 ; AJDA 2008 p.1565.

- **Conseil d'État, 11 décembre 2008, ADEFDROMIL :**

Req. n°306962, n°307403, n° 307405 ; AJDA 2009 p.148.

- **Conseil d'État, 4 mars 2009, Amicale des anciens du Bataillon de marins-pompiers de Marseille :**

Req. n°300545 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 10 avril 2009, Ministère de l'intérieur :**

Req. n° 307871 ; Recueil Lebon 2009.

- **Conseil d'État, 6 mai 2009, Monsieur Mounir A. :**

Req. n°314876 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 19 juin 2009, M. Bertrand :**

Req. n° 323745 ; AJDA 2009 p.1734.

- **Conseil d'État, 2 septembre 2009, Clouet :**

Req. n°312832 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 4 septembre 2009, Fabre :**

Req. n°310078, inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 6 novembre 2009, M.A :**

Req. n°311892 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 4 décembre 2009, Monsieur David A. :**

Req. n° 303687 ; inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 23 décembre 2009, Narcès :**

Req. n°306497 ; AJDA 2010 p.15.

- **Conseil d'État, 23 décembre 2009, Genin :**

Req. n°30160 : AJDA 2010 p.6

- **Conseil d'État, référés, 29 avril 2010, Mattely :**

Req. n°338462, AJFP 2011. 108, étude PIEDNOIR.

- **Conseil d'État, 7 mai 2010, M. Philippot :**

Req. n°304376 ; Recueil Lebon 2010.

- **Conseil d'État, 28 juin 2010, Christophe A :**

Req. n°329201, inédit au Recueil Lebon.

- **Conseil d'État, 12 mars 2010, Commune de Hoenheim :**

Req. n° 308974 ; Recueil Lebon 2010.

Table des jurisprudences

- **Conseil d'État, 19 juillet 2010, Capitaine Montely :**
Req. n°334478 ; AJDA 2010 p.1509.
- **Conseil d'État, 4 octobre 2010, M. Alain A. :**
Req. n° 323049 ; Recueil Lebon 2010.
- **Conseil d'État, 11 janvier 2011, Chef d'escadron Matelly :**
Req. n° 338461 ; AJDA 2011, p.623, AUBIN.
- **Conseil d'État, 25 janvier 2011, M. A. :**
Req. n°391178 ; AJFP 2016 p.235, VIDELIN
- **Conseil d'État, 28 janvier 2011, Latrasse :**
Req. n° 338513 ; AJDA 2011 p.98.
- **Conseil d'État, 20 avril 2011, Bertrand II :**
Req. n° 332255 ; Recueil Lebon 2011.
- **Conseil d'État, 11 juillet 2011, Madame Montaut :**
Req. n°321225 ; Recueil Lebon 2001.
- **Conseil d'État, 3 février 2012, Ministre de la défense :**
Req. n°347717 ; RACLET et MARTIN, AJFP 2012 p.19.
- **Conseil d'État 20 février 2012, essais nucléaires et secret Défense :**
Req. n° 350382 ; « Secret-défense et essais nucléaires », BRIMO Sara, AJDA 2012 p.1072.
- **Conseil d'État, 24 octobre 2012, M.B. :**
Req. n°353903 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, section, 18 janvier 2013, Syndicat de la magistrature :**
Req. n° 354218 ; AJDA 2013 p.142.
- **Conseil d'État, 8 avril 2013, Mme Galy veuve Pinon :**
Req. n°361044 ; AJDA 2013. 1606.
- **Conseil d'État, 29 avril 2013, Le Goascoz, veuve Pitor :**
Req. n°344749 ; Recueil Lebon 2013.
- **Conseil d'État, Assemblée, du 13 novembre 2013 Dahan :**
Req. n° 347704 ; Dr. adm. 2014, 149, note VAUTROT-SCHWARTZ.
- **Conseil d'État, 7 mars 2014, M. B. :**
Req. n°375179, inédit au recueil Lebon.
- **Conseil d'État, 23 juillet 2014, M.A. :**
Req. n°372829 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, 25 février 2015, ministre de la Défense :**
Req. n°383015 ; AJDA 2015 p.1349.
- **Conseil d'État, 9 décembre 2015, M.B. :**
Req. n°375077 ; inédit au Recueil Lebon.
- **Conseil d'État, 25 janvier 2016, M.A :**
Req. n° 387856 ; Recueil Lebon 2016.
- **Conseil d'État, 20 mai 2016, M. B. :**
Req. n°375795, recueil Lebon 2017 ; AJDA 2016. 1044, 30 mai 2016.
- **Conseil d'État, 20 mai 2016, Hôpitaux civils de Colmar :**
Req. n° 387571 ; Recueil Lebon 2016.
- **Conseil d'État, 26 décembre 2012, M.B. :**
Req. n° 353850 ; inédit au Recueil Lebon.

Ordre judiciaire

Cours d'appel

- **Cour d'appel de Paris, chambre d'accusation, 27 mai 1987 :**
D. 1987, somm. 410, note PRADEL.
- **Cour d'appel de Douai, 26 octobre 1951 :**
Gaz. Pal. 1951, 2, p. 425.

Cour de cassation

- **Cour de cassation, 25 janv. 1882 :**
DP 1883, 1, p. 93.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 19 déc. 1885 :**
S. 1886, 1, p. 86.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 4 déc. 1891 :**
DP 1892, 1, p. 139.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mai 1959 :**
Bulletin criminel 1959, n° 253 ; D. 1959, jurispr. p. 312 ; S. 1959, p. 110.
- **Cour de cassation, chambre civile 2e, 21 juin 1973 :**
D. 1974, jurispr. p. 16.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 26 oct. 1995 :**
Bulletin criminel 1995, n° 328.
- **Cour de cassation, chambre criminelle., 29 janvier 1997, Papon :**
D.1997.147, note PRADEL.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mai 2000 :**
Juris-Data n° 2000-002479 ; Bull. crim. 2000, n° 192 ; Dr. pén. 2000, comm. 127.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2004, Bernard B. et autres :**
Pourvoi n°03-81.763 ; Juris-data n°2004-0252.
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 30 septembre 2008 :**
Pourvoi n°07-82.249 ; D. 2008 p.2975, MATSOPOULOU.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 février 2010 :**
Pourvoi n°09-86363.

Index

ADEFDROMIL	125, 126, 241, 246, 247, 249, 250, 251
Affaire DREYFUS	144
Aptitudes physique et mentale	
Évaluations sportives	53
SIGYCOP	50
Auteurs d'infractions/préjudice	
Garantie civile	362
Protection juridique	361
Avancement	26, 27, 28, 35, 99, 107, 140, 141, 212, 292, 325, 326, 328
Activation	26
Fidélisation.....	27, 29
Avis du ministre avant poursuite	79
Capitis deminutio	102, 156
Carrière (militaire de)	20-25, 31, 35, 139, 140, 149, 253, 295, 325
Civilianisation	103, 271
Concertation	
Commissions participatives.....	227, 228, 259
Haut comité d'évaluation de la fonction militaire	20, 235, 236
Les conseils	229-234, 237-243, 259, 260, 266, 267
Président de catégorie	226, 227, 228, 231, 238, 240, 242, 243, 267, 296, 301
Congé	
Accueil de l'enfant ou d'adoption	131
Maternité	131, 132
Paternité	131, 132
Contrat à durée déterminée	19-28, 32, 35- 50, 83, 94, 108, 113, 120, 162, 245, 253, 292, 295, 316, 325
précarité.....	21, 25, 26, 34, 36, 41
renouvellement.....	26, 36, 316, 325
Désobéissance	55, 56, 71, 269, 272, 276, 277, 278, 281, 282, 283, 285, 286, 342
Dignité	69, 290
Discipline . 34, 42, 70, 71, 147, 154, 179, 180, 187, 212, 215, 217, 218, 219, 223, 224, 245, 246, 248, 249, 261, 265, 266, 269, 270, 274, 276, 281, 282, 287, 288, 289, 292, 293, 294, 320, 373, 384	
Discrimination	124, 127, 137, 139, 141, 149, 163, 254, 264, 265, 288, 293, 294
Disponibilité	34, 42, 44, 52, 83, 93, 94, 128, 134, 245, 261, 266
Durée légale de travail	43
Mobilité géographique.....	128, 311
nécessité du service	130, 161
Sanction déguisée.....	312
Droit de manifestation (interdiction)	261, 265

Droit de retrait	45, 270, 271, 272
Droit de vote	4, 85-104, 114, 299
Éligibilité	97, 104, 113
incompatibilité	99, 104-114
inéligibilité.....	99, 104, 105, 107, 110, 113
Engagement	
impératif de jeunesse	19, 20, 27, 28, 34, 41
Précaire	<i>Voir Contrat à durée déterminée:précarité, Voir Contrat à durée déterminée:précarité</i>
Temporaire	<i>Voir Contrat à durée déterminée:précarité</i>
État militaire 29, 34, 42, 50, 70, 77, 82, 85, 86, 93, 106, 111, 114, 126, 132, 136, 138, 144, 149, 158, 165, 166, 167, 181, 225,	
251- 253, 261, 262, 266, 269, 270, 286, 305, 311, 342, 344	
Évènements familiaux	130, 181
Féminisation	131
Grève (interdiction)	243-266, 269
Harcèlement sexuel et moral	80, 143, 212, 349, 350, 351, 362, 367, 370, 371
Impartialité	295, 296, 322, 323
Incitation au départ	34, 35, 36
Indemnité de précarité	36
Indemnité pour charges militaires	123
Infractions	67, 68, 69, 72, 74, 81, 195, 196, 277, 278, 290, 353, 361, 362, 378
Désertion	67, 69
Espionnage.....	72, 73, 191, 196
Intégrité	368
Judiciarisation	65, 75-78, 83
Affaire d’Uzbin	46, 79
Justice pénale militaire	66, 73, 74, 75, 83
Laïcité	135-138, 149
Liberté d’association	151, 152, 153, 154, 157, 161, 162, 163, 246, 265
Groupement professionnel.....	4, 45, 125, 154, 163, 164, 224, 229, 244-266
Interdiction d’adhérer à un parti politique	97, 108, 112, 114, 155 -161, 163, 164
Vote primaires	95, 96, 97, 159, 164, 181
Liberté religieuse	115, 135-161, 254
Logiciel unique à vocation interarmées de la solde (LOUVOIS)	176, 240, 261, 324, 335, 336, 337
Loyalisme	42, 90, 154, 155, 157, 164, 165, 167, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 186, 187, 245
Mariage	116-123, 126, 127, 128, 129, 131
MATELLY (Jean-Hugues)	172, 174, 175, 176, 247
Menaces, attaques et atteintes	
Garantie civile	352
Indemnisation <i>Brugnot</i>	357, 358, 359, 360
Pension militaire d’invalidité	204, 355, 356, 357, 359, 369
Prise en charge médicale	354
Protection juridique	346

Neutralité	42, 90, 97, 104, 136-142, 144, 147, 149, 154-168, 181, 186, 255, 267
Obligation d'obéissance	71, 177, 219, 273, 275-278, 290
Obligation d'obéissance	290
PACS	116, 118-133, 335, 338, 347
Probité	157, 195, 212, 290, 303
Protection fonctionnelle	
Exclusions	
Faute.....	372, 374, 376, 378
Motif d'intérêt général	380
Imputabilité au service.....	205, 345, 355, 365, 366, 367, 368, 370, 371
QPC	81, 109, 164
Ratio contractuels / carrière	20, 21
Reconversion	26-41, 139
Recours à la force	54, 55, 285
Commandement de l'autorité légitime.....	56, 277
État de nécessité.....	56
Légitime défense.....	57, 58
OPEX.....	61, 62, 63
Ordre de la loi	55
Recours administratif préalable obligatoire	312, 318, 325-331, 334, 335, 339, 340, 341, 349, 357
Commission de recours des militaires	321, 322, 323, 324, 326, 328, 332, 335, 337, 339
Réserve (devoir de)	165-182, 219, 220, 222
Réserviste	35, 163, 171, 253, 296, 346
Retraite	20, 32, 33, 36, 37, 107, 292, 325
Sacrifice	42, 45, 47, 52, 77, 83, 270, 271, 272, 287
Sanction disciplinaire	179, 180, 219, 277, 288-299, 311
Droit de défense	289, 298
Être informé (droit d').....	298
Oubli (droit à l').....	302, 303
S'expliquer (droit de).....	299
La consultation préalable du Conseil	295-300, 306
Mesures privatives de liberté.....	71, 288, 305-310
Recours administratif.....	313, 314, 315
Recours contentieux	301, 315- 318, 343
Sanction professionnelle	291, 308
Secret	187
Déclassification	196, 198, 200, 201, 204, 224
Commission consultative	197-204, 215, 224
Lanceur d'alerte	211, 212
Secret Défense	187 -195, 203, 214
Compromission.....	195, 196
Secret professionnel	206, 207, 208, 214

Soumission215, 216, 272-280, 288, 342, 373
Vie privée et familiale115, 130, 206, 311

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE	1
§ 1 - La démarche entreprise et la méthodologie de recherche	10
§ 2 - Problématique et enjeux de l'étude	13
Chapitre préliminaire- Le militaire, un soldat avant tout.....	18
Section 1 - Une physionomie particulière du format des armées	19
§ 1 - Un engagement principalement temporaire	19
A - Un recours majoritairement au contrat à durée déterminée	19
1 - Un ratio titulaires / contractuels inversé par rapport à la fonction publique civile	20
2 - Militaires de carrière, militaires sous contrat : un statut similaire mais non identique	22
a - La nature administrative du contrat d'engagement.....	23
b - Un engagement contractuel nécessairement à durée déterminée	25
B - Un avancement de grade encouragé.....	26
§ 2 - Des mécanismes assurant la reconversion des militaires au terme de leur engagement.....	28
A - L'accès à la fonction publique civile	28
1 - Le militaire lauréat d'un concours de la fonction publique	29
2 - Le militaire accédant aux emplois de la fonction publique.....	30
a - Les emplois « vacants »	30
b - Emplois réservés.....	31
B - Autres dispositifs favorisant la reconversion.....	32
1 - Des dispositions spécifiques de droits à la retraite.....	33
2 - Mesures financières	34
a - L'incitation au départ	34
i - Pécule modulable d'incitation au départ.....	35
ii - Promotion fonctionnelle.....	35
iii - Pension afférente au grade supérieur	36
b - L'indemnité de précarité	36
i - Pour les militaires non-officiers	36
ii - Pour les officiers sous contrat.....	37
3 - Mesures préparant à l'insertion dans un nouvel emploi	38
a - Le congé de reconversion.....	39
b - Le congé pour la création ou reprise d'une entreprise	40
Conclusion de la section 1	41
Section 2 - Un engagement imposant une préparation rigoureuse et une disponibilité constante	42
§ 1 - Une disponibilité en tout lieu, en tout temps jusqu'au sacrifice suprême	42
A - Une disponibilité permanente et non une durée permanente de travail	42

B - Un sacrifice n'exonérant pas le commandement de veiller à la sécurité des soldats	45
§ 2 - Une préparation rigoureuse	49
A - Une formation et un entrainement permanents.....	50
B - La nécessité d'une bonne condition physique et mentale	50
1 - Une évaluation par des examens médicaux récurrents	50
2 - Une évaluation par des épreuves sportives	51
3 - Un comportement compatible avec les exigences physiques et mentales	52
Conclusion de la section 2	52
Section 3 - « La capacité d'utiliser la force légitime »	53
A - Un engagement de la force strictement encadré.....	54
1 - Un usage restreint aux conditions des faits justificatifs.....	54
a - L'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime.....	54
i - L'ordre de la loi	55
ii - Le commandement de l'autorité légitime	56
b - L'état de nécessité et la légitime défense	56
i - L'état de nécessité	56
ii - La légitime défense	57
c - La création de règles d'usage des armes	59
2 - Un usage particulier en opérations extérieures.....	61
a - En dehors des hypothèses d'état de nécessité et de légitime défense.....	61
b - Difficiles conciliations avec les contraintes spécifiques des OPEX	63
B - Une justice pénale spécifique en cas de mise en cause	66
1 - Des infractions spécifiquement militaires.....	67
a - Les infractions d'ordre militaire	67
i - Les infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires	67
ii - Les infractions contre l'honneur ou le devoir	69
iii - Les infractions contre la discipline	70
b - Les atteintes aux intérêts de la Nation en temps de guerre	71
i - La trahison et l'espionnage.....	72
ii - Les autres atteintes à la défense nationale	73
c - Des infractions mixtes.....	73
2 - Des particularités dans la poursuite de militaires mis en cause	75
a - Des tribunaux d'exception vers des juridictions de droit commun statuant en matière militaire	75
b - Une procédure permettant la « judiciarisation éclairée » des opérations militaires.....	76
i - La mise en mouvement de l'action publique pour des infractions commises en opérations à l'extérieur du territoire national.....	76
ii - La consultation du ministre de la défense avant poursuite	79

iii - Des spécificités procédurales conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution	80
Conclusion de la section 3	82
Conclusion du chapitre préliminaire	83
PARTIE I- LE MILITAIRE : UN « CITOYEN SPECIAL » REHABILITE DANS SES DROITS	85
Titre 1 - L'exercice du « droit de cité ».....	85
Chapitre 1 - Le droit de vote des militaires aux élections publiques.....	86
Section 1 - Un droit de vote étroitement lié au contexte politique	86
§ 1 - Un droit de vote tantôt reconnu, voire favorisé	87
§ 2 - Un droit de vote tantôt restreint, voire interdit	89
Conclusion de la section 1	90
Section 2 - Un droit de vote reconnu, un exercice délicat	91
§ 1 - Une reconnaissance devenue indiscutable.....	91
§ 2 - Un droit devant s'adapter à la disponibilité permanente.....	93
§ 3 - Un droit de vote pré-électoral ?	95
Conclusion de la section 2	96
Conclusion du chapitre 1er	97
Chapitre 2 - Une éligibilité des militaires aux élections publiques.....	97
Section 1 - Une éligibilité tantôt reconnue, tantôt interdite.....	97
§ 1 - De la Révolution française au Second empire, une éligibilité possible.....	98
A - Des restrictions ou incompatibilités par méfiance de l'influence des officiers	98
B - La protection de la carrière des militaires élus.....	99
§ 2 - La troisième République, l'exclusion des militaires des mandats électifs	100
A - Les élections de 1849, un contexte politique désastreux au sein de l'Armée.....	100
B - Un processus visant à écarter les militaires des hautes fonctions de l'État	101
1 - Une exclusion progressive des élections publiques	102
2 - Une exclusion des hautes fonctions étatiques.....	102
Conclusion section 1.....	103
Section 2 - Une éligibilité réaffirmée mais dont l'exercice reste délicat.	104
§ 1 - Une inéligibilité locale pour les militaires occupant de hautes responsabilités	105
§ 2 - Une incompatibilité générale pour les militaires en activité	105
A - Une incompatibilité générale entre état militaire et fonction publique élective	106
B - Les conséquences du choix entre l'état militaire et la fonction publique élective.....	107
C - Une incompatibilité pourtant inconstitutionnelle pour le mandant de conseiller municipal	109
1 - L'inconstitutionnalité relevée à l'occasion d'une QPC.....	109
2 - Des obstacles persistants à l'accessibilité aux fonctions publiques électives	111

Conclusion section 2	112
Conclusion du chapitre 2	113
Conclusion du titre 1^{er}	114
Titre 2 - Un droit au respect de la vie privée	115
Chapitre 1 - Le droit à la vie familiale	116
Section 1 - L'établissement d'un lien conjugal	116
§ 1 - La disparition par principe du régime de l'autorisation préalable.....	117
§ 2 - Une autorisation préalable par exception pour les militaires servant à titre étranger	119
§ 3 - L'émergence d'un nouveau lien conjugal : le Pacte Civil de Solidarité.....	121
Conclusion de la section 1	122
Section 2 - La prise en compte professionnel du lien « familial »	122
§ 1 - Au niveau de la rémunération	123
§ 2 - Au niveau du déroulement de la carrière	128
A - Des limites à la mobilité géographique	128
B - Des aménagements en cas d'événements familiaux.....	130
1 - La naissance ou l'adoption.	131
a - Concernant la mère	132
b - Concernant le père	132
2 - La maladie ou du décès	133
a - L'enfant malade, accidenté ou handicapé.....	133
b - Le décès d'un parent ou du conjoint.....	133
Conclusion de la section 2	133
Conclusion du chapitre 1 ^{er}	134
Chapitre 2 - La liberté d'exercer sa croyance religieuse.....	135
Section 1 - Les croyances religieuses et la laïcité : des notions imprécises.....	136
§ 1 - Un principe « nébuleux » de laïcité qui découle de l'obligation de neutralité	136
§ 2 - Une définition incertaine des croyances religieuses et de leur pratique	137
Conclusion de la section 1	138
Section 2 - L'ambivalence de l'état militaire, entre restriction et exercice facilité d'une croyance religieuse	138
§ 1 - Une obligation de neutralité de principe.....	139
A - L'absence de discrimination professionnelle liée à la confession	139
1 - L'accès à la fonction publique militaire	139
2 - Dans le déroulement de la carrière.....	140
B - L'absence de manifestation de sa croyance religieuse.....	142
§ 2 - Une pratique favorisée des croyances religieuses par exception.....	144
A - La présence de ministres du culte	144

B - L'édiction de mesures particulières	147
1 - La participation à des cérémonies religieuses.....	147
2 - Les aménagements du service pour le rendre compatible avec la pratique d'une religion ..	148
Conclusion de la section 2	149
Conclusion du chapitre 2	149
Chapitre 3 - Une liberté d'exprimer ses opinions personnelles en dehors du service	150
Section 1 - La liberté de se réunir et de s'associer	151
§ 1 - Une liberté d'association reconnue	151
A - Un engagement culturel, sportif ou ludique	151
B - Un engagement caritatif et humanitaire	153
§ 2 - Une liberté d'association restreinte	154
A - L'interdiction d'adhérer à un parti politique, entre neutralité et loyalisme	154
1 - Une restriction fondée sur la « morale militaire »	155
2 - De la neutralité politique au loyalisme	157
B - Une restriction encore légitime ?	157
1 - Une interdiction souffrant d'exception et limite	158
a - L'adhésion à un parti politique pendant la durée de la campagne électorale et du mandat	158
b - Le vote lors des primaires d'un parti politique.....	159
2 - Un « nouveau visage » de l'institution militaire ne pouvant plus justifier une telle interdiction	161
3 - Une interdiction disproportionnée au but recherché	161
Conclusion de la section 1	164
Section 2 - Une expression retenue : entre la réserve et le loyalisme	165
§ 1 - Restriction quant au fond et à la forme : la retenue	165
A - L'expression encadrée sur des questions ayant attrait à la défense	165
1 - La fin du régime d'autorisation préalable pour s'exprimer.....	166
2 - Une expression de plus en plus sollicitée, une responsabilité de plus en plus engagée	167
B - La retenue, une notion protéiforme	168
1 - La naissance et l'extinction de l'obligation de réserve.....	169
2 - Les contours de l'obligation de réserve : « qui s'exprime, comment il s'exprime et qu'exprime-t-il »	169
a - Le militaire qui s'exprime	170
b - La manière dont il s'exprime	172
c - L'opinion exprimée par l'expression.....	174
§ 2 - Une retenue plus contraignante à l'égard des militaires ?.....	177
A - Une circonspection « traditionnelle »	177
B - Une circonspection imposée par les textes	177

1 - Au niveau national	178
a - Une obligation de réserve expressément prévue dans le statut général	178
b - Un esprit de loyalisme au-delà de la seule loyauté	178
2 - Sur le plan international	179
Conclusion section 2	180
Conclusion du chapitre 3	181
Conclusion du Titre 2.....	181
CONCLUSION DE LA PARTIE I	183
PARTIE II- LE MILITAIRE : UN AGENT PUBLIC « ATYPIQUE »	186
Titre 1 - Une expression professionnelle circonscrite mais se libérant progressivement	186
Chapitre 1 - Une expression individuelle « étouffée » pour préserver le secret et la discipline.....	186
Section 1 - Un « mutisme » nécessaire à la préservation du secret	187
§ 1 - La protection des intérêts de la Nation : Le secret de la Défense.	187
A - Une procédure contraignante pour connaître le secret	188
1 - Une confidentialité garantie par une classification graduelle de l’information et l’habilitation limitée des personnes pouvant y accéder	189
a - Les niveaux de classification et la conservation des informations	189
b - La qualification des personnes	192
i - L’habilitation du personnel	192
ii - Le besoin de connaître l’information classifiée	193
2 - Des sanctions administratives et pénales en cas de révélation abusive	194
B - L’institution d’une procédure de « déclassification »	195
1 - Création d’une commission consultative du secret de la Défense nationale	196
2 - Une procédure de « déclassification » digne du « parcours du combattant »	197
a - Une déclassification après avis de la commission consultative du secret de la défense nationale.....	198
b - La fixation d’un délai pour inciter à ne pas maintenir inutilement une classification	199
3 - Un secret rendant l’action des juridictions délicate.....	200
a - La manifestation de la vérité par les juridictions répressives.....	201
b - L’examen des recours soumis aux juridictions administratives	202
i - S’agissant de la communication de documents administratifs portant en partie sur des informations classifiées	202
ii - S’agissant de l’octroi d’une pension militaire d’invalidité fondée sur des circonstances « couvertes » par le secret de la Défense nationale.....	203

§ 2 - La protection des intérêts des agents et administrés : le secret professionnel	204
A - Un secret professionnel garantissant la confidentialité des informations	205
1 - L'absence de secret professionnel par nature	205
2 - Une confidentialité inhérente à la fonction du dépositaire	206
3 - Une révélation lourdement sanctionnée	207
B - La révélation du secret dans certaines hypothèses	208
1 - Une révélation d'intérêt général	208
a - Le dispositif d'alerte	209
b - L'ordre de la loi en matière d'investigation de l'autorité publique	212
2 - Une révélation dans un intérêt particulier	212
a - La révélation pour assurer sa défense	212
b - Le secret partagé	213
Conclusion de la section 1	213
Section 2 - Une « retenue » nécessaire pour préserver la discipline	214
§ 1 - Une expression contenue entre militaires	214
A - Une soumission qui baillonnait l'expression des militaires	214
B - « Silence dans les rangs » : l'obéissance n'étouffant pas toute expression	216
1 - Un droit à la critique	216
2 - ... formulée avec déférence	218
C - Une expression « numérique » exposant plus aisément leur auteur	219
§ 2 - L'expression dirigée : les éléments de langage	219
A - Une communication favorisant une expression « à l'unisson »	220
B - Une inobservation non sujette à sanction	221
Conclusion section 2	222
Conclusion chapitre 1 ^{er}	222
Chapitre 2 - Une expression collective institutionalisée au sein du dialogue social	223
Section 1 - Un dialogue social suivant un schéma propre aux militaires	224
§ 1 - Des consultations et des concertations à tous les niveaux hiérarchiques	224
A - Au niveau local	224
1 - Les présidents de catégorie, un rôle clé dans la concertation	225
a - Vis-à-vis du commandant de la formation	225
i - Vecteur ascendant des informations	225
ii - Vecteur descendant de l'information	226
b - Vis-à-vis de leurs pairs	226
i - Des guides	226
ii - Des animateurs	226
2 - Les commissions participatives	227
B - Au niveau national	228

1 - Les Conseils	228
a - Le Conseil supérieur de la fonction militaire	228
i - Composition	229
ii - Rôle	230
b - Les conseils de la fonction militaire	232
i - Composition	232
ii - Rôle	233
2 - Les évaluations sur la condition militaire	234
a - Le haut comité d'évaluation de la condition militaire	234
b - Les rapports sur le moral	235
§ 2 - Une concertation dans les armées sujette à vive critique	236
A - Une représentativité satisfaisante	236
1 - Mode de désignation	237
2 - Reconnaissance au sein des armées et formations rattachées	238
B - Des compétences dispensées a minima mais suffisantes	240
1 - Un socle de connaissances minimales dispensé à la désignation des membres	240
2 - Une multiplicité salvatrice de compétences au service de la concertation	241
3 - Un long processus de concertation permettant aux membres des instances une maîtrise des textes et questions soumises à concertation	241
Conclusion section 1	242
Section 2 - Un nouveau mode de dialogue social initié par la liberté « syndicale »	243
§ 1 - Une liberté syndicale longtemps proscrite « dans les rangs »	243
A - Une interdiction consacrée par le législateur	243
B - L'existence de groupements professionnels au sein des armées malgré leur interdiction légale	245
§ 2 - Une liberté syndicale des militaires reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme .	246
A - Liberté de constituer un groupement professionnel et d'y adhérer	247
B - Liberté d'ester en justice	248
§ 3 - Un nouveau droit d'association professionnelle des militaires légalement reconnu et encadré	249
A - Une reconnaissance statutaire du droit d'association professionnelle des militaires	250
1 - Un droit d'association professionnelle inséré dans le statut général des militaires	250
2 - Un droit d'association professionnelle toutefois adapté à l'état militaire	251
a - Les syndicats toujours exclus des rangs	251
b - Des garanties imposées par le législateur pour la constitution d'associations professionnelles nationales de militaires	252
i - Une légitimité vis-à-vis des militaires	252
ii - Une véritable indépendance	253
iii - Une activité circonscrite à la condition militaire	254

B - Des prérogatives renforcées pour les associations professionnelles représentatives	256
1 - Une représentativité reconnue sous condition.....	256
a - Une moralité financière.....	256
b - Une influence significative	257
2 - Une participation des APNM à la concertation	258
a - De nouveaux acteurs dans le processus de concertation	258
b - Le droit d’être entendu	258
Conclusion de la section 2	259
Section 3 - Des modes de dialogue social toujours proscrits	260
§ 1 - Un droit de grève antonymique avec l’état militaire	260
A - Une incompatibilité historiquement entérinée.....	261
B - Une incompatibilité commune aux agents exerçant des missions éminemment régaliennes...	262
C - Une incompatibilité également consacrée dans la législation des États étrangers.....	263
§ 2 - Le droit de manifestation.....	264
Conclusion de la section 3	265
Conclusion du chapitre 2.....	266
Conclusion du titre 1^{er}	266
Titre 2 - Une obligation d’obéir encadrée	268
Chapitre 1 - Des limites à une obligation d’obéissance excessive : la désobéissance.....	268
Section 1 - Un droit de retrait exceptionnellement accordé.....	269
§ 1 - Un retrait pour une catégorie de militaires bien spécifique.....	269
§ 2 - Un droit de retrait pouvant être exercé dans des conditions bien spécifiques	270
Section 2 - Une désobéissance exigée vis-à-vis d’un ordre illicite.....	271
§ 1 - La soumission traditionnellement exigée excluant toute insubordination	272
A - Une soumission antérieurement justifiée	272
1 - Des conflits et des stratégies nécessitant une soumission	272
2 - Une soumission nécessaire pour instruire le « patriotisme »	273
B - Une insoumission lourdement sanctionnée	274
1 - Des sanctions à la fois disciplinaires et pénales	274
a - Sur le plan disciplinaire.....	274
b - Sur le plan pénal.....	276
2 - Des sanctions pouvant toutefois aboutir à une situation juridique contradictoire	276
§ 2 - Une obéissance dorénavant exigée, incluant exceptionnellement une désobéissance.....	277
A - Une soumission devenue inadaptée tant à l’évolution des conflits qu’à celle de la société.....	278
B - L’abandon de la soumission au profit de l’obligation d’obéissance	279
C - Une désobéissance à l’illégalité manifeste	280
1 - L’objection hiérarchique	280

2 - De l'objection hiérarchique à la désobéissance	281
a - L'illégalité manifeste.....	281
b - La théorie des baïonnettes intelligentes	283
Conclusion du chapitre 1er	285
Chapitre 2 - Une contestation possible des décisions du commandement	286
Section 1 - Décisions relevant du domaine disciplinaire	286
§ 1 - Des mesures disciplinaires préservant les droits du militaire.....	287
A - Un arbitraire du commandement progressivement encadré.....	287
B - Un régime disciplinaire simplifié et égalitaire	288
1 - La gravité de la sanction déterminée par l'autorité militaire.....	288
2 - Une homogénéisation des sanctions disciplinaires.....	290
3 - Une sanction disciplinaire déterminée indépendamment du grade	291
C - Des garanties reconnues au militaire « en instance de sanction ».....	293
1 - Une procédure contraignante en fonction de la sanction envisagée	294
a - La représentativité des membres du conseil :.....	294
b - Une impartialité	295
c - Collégialité du conseil	295
d - Secret de la procédure	296
2 - Droits de défense	297
a - Droit d'être informé	297
b - Droit de s'expliquer	298
c - Droit d'être conseillé ou assisté.....	299
3 - Motivation de la décision de sanction	300
4 - Droit à l'oubli.....	301
a - Un effacement d'office ou sur demande.....	301
b - Les conséquences de l'effacement.....	303
D - Des sanctions spécifiques à l'état militaire : les mesures privatives de liberté.....	304
1 - Une privation de circuler librement	304
a - Les consignes	304
b - Les arrêts	304
c - Les mesures à titre conservatoire.....	305
2 - Une privation non dépourvue de garantie.....	305
3 - Une privation prise en compte dans l'hypothèse de condamnations pénales	307
4 - Une mesure disciplinaire conforme à la Constitution	307
E - Des mesures prises dans l'intérêt du service mais ayant les mêmes effets qu'une sanction disciplinaire : le cas de la mutation.....	310
1 - Une mobilité géographique inhérente à l'état militaire	310
2 - Une mesure n'étant pas exclusivement fondée sur l'intérêt du service.....	311

§ 2 - Un recours possible par le militaire sanctionné.....	312
A - Un recours administratif.....	312
1 - Devant l'autorité militaire.....	313
2 - Devant le chef d'état-major.....	313
3 - Devant le ministre de la Défense.....	314
B - Un recours contentieux.....	314
1 - Une compétence du juge administratif pour connaître des sanctions disciplinaires.....	314
2 - Un contrôle juridictionnel progressivement étendu.....	316
Section 2 - Les décisions relevant des autres domaines statutaires et indemnitaires.....	317
§ 1 - Le recours administratif à l'encontre des actes relatifs à la situation personnelle du militaire ...	317
A - Un système antérieur complexe et favorisant le dévoiement de certaines procédures.....	318
1 - Une pluralité de recours en fonction de la décision litigieuse.....	318
2 - Le dévoiement de la procédure définie à « l'article 13 ».....	319
B - L'instauration d'un organe administratif auprès du ministre pour connaître des recours administratifs.....	320
1 - Un organe principalement composé de militaires.....	320
a - La représentativité.....	321
b - Les formations spécifiques des membres.....	321
c - L'indépendance et l'impartialité.....	322
2 - Une compétence matérielle vaste.....	323
a - Une compétence de principe pour les actes individuels.....	323
b - Une incompétence par exception pour certaines décisions.....	324
C - Une renonciation implicite de tout recours contentieux en l'absence de RAPO.....	325
§ 2 - Une procédure formaliste.....	326
A - Qualités du requérant.....	326
1 - Un requérant nécessairement militaire.....	326
2 - Un requérant présentant un intérêt à agir.....	328
B - Délais pour contester la décision litigieuse.....	328
1 - Pour une décision explicite ayant été notifiée.....	329
2 - Pour une décision explicite ayant été publiée.....	329
3 - Pour une décision implicite.....	329
C - Une procédure quasi-calquée sur une procédure administrative contentieuse.....	329
1 - La saisine de la commission des recours des militaires.....	330
2 - L'instruction de la demande.....	331
3 - L'examen de la demande.....	332
4 - L'avis de la commission des recours des militaires.....	333
§ 3 - Un recours fortement utilisé par les militaires.....	333
A - Des décisions satisfaisant globalement les requérants.....	334

1 - Des recours en constante progression	334
2 - Des mécanismes mis en place parallèlement à la procédure du RAPO	334
3 - Des décisions du ministre dans le sens des avis de la CRM	336
B - Des décisions faisant moins l'objet de recours contentieux.....	337
§ 4 - Une décision du ministre se substituant à la décision d'origine.....	337
A - Le retrait de la décision originale	337
B - Une nouvelle décision n'apportant pas « régularisation » de la procédure irrégulière de l'acte retiré	338
Conclusion du chapitre 2.....	339
Conclusion du titre 2	341
Titre 3 - Des protections juridique, sociale et médicale	343
Chapitre 1 - Une protection face aux désagréments liés à l'activité des militaires	343
Section 1 - Dans l'hypothèse où les militaires sont victimes d'infractions et/ou de préjudices	344
§ 1 - Une protection face aux menaces, attaques et atteintes à l'encontre du militaire dans l'exercice de ses fonctions	344
A - La protection juridique	344
1 - Bénéficiaires.....	345
a - Les militaires.....	345
b - Les ayants-droit	345
2 - Mise en œuvre	346
3 - Cas particulier : les militaires victimes du fait de l'administration	348
B - La garantie civile	351
§ 2 - Les soins et l'indemnisation des dommages.....	352
A - Frais médicaux en cas d'affection imputable au service	353
B - La réparation du préjudice.....	353
1 - L'octroi d'une pension militaire d'invalidité.....	354
2 - La réparation des préjudices non indemnisés par la pension forfaitaire	356
Section 2 - Dans l'hypothèse où les militaires seraient auteurs d'infraction et/ou de préjudices.....	360
§ 1 - Protection juridique.....	360
§ 2 - La garantie civile	361
Conclusion du chapitre 1er	364
Chapitre 2 - Une protection nécessitant l'exercice « convenable » du service.....	364
Section 1 - Une nécessaire imputabilité au service	364
§ 1 - Le lien avec le service.....	365
A - Les protection juridique et garantie civile	365
B - La couverture médico-sociale	367
§ 2 - Une imputabilité pouvant être supposée.....	369

A - Une présomption d'imputabilité au service pour les accident et maladie professionnels déclarés en opération extérieure	369
B - La charge de la preuve facilitée en cas de harcèlement moral.....	370
Section 2 - Un refus de protection en cas d'exercice « inconvenable » ou d'intérêt général	370
§ 1 - Une faute personnelle réduisant, voire écartant la responsabilité de l'État	371
A - Une faute souvent qualifiée de service pour favoriser l'indemnisation de la victime	372
B - Les caractéristiques de la faute se détachant du service « convenable »	373
a - Une faute excédant les limites de la mission	374
b - Une faute d'une particulière gravité	375
c - Une infraction pénale ?	377
§ 2 - Cas exceptionnel : le motif d'intérêt général.....	379
Conclusion du chapitre 2	381
Conclusion du titre 3	381
CONCLUSION DE LA PARTIE II	383
CONCLUSION GENERALE	386
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	390
Ouvrages	390
Généraux	390
Spéciaux.....	390
Juridique	390
Autres disciplines.....	390
Encyclopédies.....	391
Thèses.....	391
Conférences	392
Rapports	392
Parlement	392
Ministère de la Défense.....	394
Présidence de la République	394
Juridictions.....	394
Autres institutions	395
Articles.....	395
Revue juridiques	395
Revue pluridisciplinaires	396
Articles de presse	396

Documents Internet	397
TABLES DES JURISPRUDENCES.....	398
TABLE DES MATIERES	407
INDEX.....	407

La situation juridique des militaires français s'est toujours inscrite dans la spécificité. Les législateurs de 1972 et de 2005 ont progressivement mis un terme au *capitis deminutio* qui les privait de l'exercice de leurs droits et libertés les plus fondamentaux. A cette fin, le régime juridique des militaires s'est rapproché de celui des fonctionnaires, tout en préservant des principes spécifiques constituant le fondement même de l'état militaire. De ce fait, ayant recouvré l'essentiel de l'exercice des droits et libertés reconnus aux citoyens, les militaires se situent juridiquement entre le citoyen, l'agent public et le soldat.

The legal situation of the French military has always been specific. The legislators of 1972 and 2005 have progressively put an end to the *capitis deminutio* which prevent the soldiers to exercise their rights and liberties. For this purpose, the legal framework of the military has been progressively approached to the legal framework of the official, while preserving specific principles forming the very basis of the military state. The military have recovered the substance part of their the rights and liberties acknowledged to the citizens, and consequently, they are legally between the citizen, the official and the soldier.