

Chronique de droit des militaires

2021/1

Sous la direction de D. Mainguy, Professeur à la faculté de droit et science politique de Montpellier (CDCM UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit ») avec l'équipe « droit des militaires » de la Clinique juridique de Montpellier



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



**TEUTATES [tœtatēs]. var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »)*

Chronique de droit des militaires

2021/1

Sous la direction de D. Mainguy, Professeur à la faculté de droit et science politique de Montpellier (CDCM UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit ») avec l'équipe « droit des militaires » de la Clinique juridique de Montpellier¹

Le « droit militaire » est principalement associé au « droit de la guerre » ou des « conflits armés » (comp. D. Cumin, *Manuel de droit de la guerre*, Bruylant, 2^{ème} éd. 2020) c'est-à-dire à des questions de droit international public. Pourtant cet aspect, essentiel, masque une autre réalité, celle du droit des militaires, tel qu'envisagé dans le Code de la défense, mais également dans toute une série de dispositions, légales, jurisprudentielles ou simplement coutumières, sur la manière dont le droit, public ou privé, traite de la « question » militaire, du militaire, le statut du militaire, ses droits et obligations, mais également l'ensemble des questions, grandes ou petites, qui font la conditions du militaire². Autrefois par exemple, le mariage d'un militaire est une question traitée de manière exceptionnelle tandis que, saisie du point des usages des mariages d'un militaire, la question mérite encore attention. De la même manière, la place des militaires dans la société française contemporaine est unique. Le militaire n'est pas un fonctionnaire, mais un militaire, disposant d'un statut particulier lié à la contrepartie de l'engagement, donner éventuellement sa vie pour la sauvegarde des intérêts majeurs de la Nation³, dont le Code d'honneur, récemment reformulé, donne tout sa densité particulière : engagement, discipline, disponibilité, dignité, réserve, loyauté, bienveillance, entraînement, excellence, mission sacrée, initiative, humanité, respect. Mort. Blessure. Voilà des valeurs, et des perspectives, qui font du soldat un citoyen tout à fait particulier au sein de la Nation. Ses concitoyens l'observent avec attention chaque fois que leurs attention est portée sur la mort d'un soldat au combat ou à l'entraînement, et aux cérémonies dont la figure et l'ampleur, dans ce qu'elles ont de grandiose et de stupéfiant, sont à la mesure de cette spécificité. Partie d'un corps dont il est un élément insécable, le militaire est aussi un citoyen, soumis aux lois, mais dont la particularité de leur application mérite une attention dont souhaite rendre compte cette chronique de droit des militaires. Il s'agit d'illustrer l'existence d'un « droit » des militaires, et non des « droits des militaires » de manière revendicatrice, mesquine ou revancharde à l'instar de la publicité pratiquée par certains avocats dits « de militaires ». La première livraison de cette chronique s'inscrit alors dans une dimension particulière dans la mesure où elle s'élargit à des considérations qui relèvent parfois du « droit militaire » ou du « droit de la guerre » mais dans l'idée d'éclairer la consistance de ce droit des militaires, qu'il s'agisse de l'application du statut proprement dit mais également d'un droit civil du militaire ou de la dimension pénale encadrant son action.

Daniel Mainguy

I. Généralités

1. Vision stratégique de l'armée française et de l'armée de terre
2. Le rôle de l'industrie de défense dans la politique de relance : Commentaire du rapport parlementaire « flash », B. Griveaux et J.-L. Thiériot
3. Loi de programmation militaire 2019-2025 et Budget des armées 2021
4. La mort des « drones tueurs » ? (rapport de Ganay et Gouttefarde sur les systèmes d'armes létaux)
5. Les limites de la collecte de métadonnées par les agences de renseignement : CJUE 6 oct. 2020 (2 arrêts, aff. Jointes C-511/18, C-512/18, C-520/18 et Aff/ C-623/17)

II. Droits et obligations des militaires

A. Droit civils et politiques des militaires

6. Le devoir de réserve prime sur la liberté d'expression (CE, 29 déc. 2020, n°44056)
7. Iron Man ou Spider man ? Le « soldat augmenté » à après l'avis du Comité d'éthique de la défense du 18 septembre 2020
8. « La barbe ! » Cass. soc. 8 juill. 2020, n°18-23.743, CE, Ch. réun., 12 févr. 2020, n°418299.
9. Une « ETAP » de plus ? Accident de saut militaire en parachute : (non-)responsabilité pénale des formateurs et obligation de réitérer les vérifications de sécurité d'un sauteur après « mise en chapelle » (Cass. crim 8 sept. 2020, n°19-85.103) ?
10. Spécificités et usages du mariage (ou du PACS) des militaires.

B. Obligations et responsabilités des militaires

11. De la dignité et de la discipline des militaires (Cass. crim. 9 mai 2019).

C Rémunération, garantie et protections des militaires

12. Réparation des préjudices des militaires blessés, Jurisprudence Brugnot et choix de compétence (CAA Marseille, 17 nov. 2020, CE 18 nov. 2020, n°427325, Cass. civ. 1 9 sept. 2020, n° 19-16.680).
13. Cumul d'une pension militaire d'invalidité et d'une allocation temporaire d'invalidité (CE 20 nov. 2020, n°431508)

III. Droit pénal militaire

A. Le militaire victime

14. Confirmation de la condamnation d'Abdelkader Merah. Cass. Crim. 22 avril 2020, n° 19-83.475.
15. L'affaire des rétro-commissions dans « Affaire Karachi », le commencement de la fin ou « tout ça pour ça » ? Ass. plén. 13 mars 2020, n° 19-86609, 18-80162, 18-80164, 18-80165), Cour de justice de la République, affaire Karachi

B. Le militaire mis en cause

16. Trahisons envers la Chine et la Russie.



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



*TEUTATES [tœtatès]. var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit »)

¹ Ont contribué à cette chronique les membres de l'équipe « droit des militaires » de la Clinique juridique de Montpellier : Alexandra Bruno, étudiante Master 1 Droit privé de l'économie, Alice Caldumbide, Doctorante, Faculté de droit et science politique de Montpellier, Eloi Clément, Maître de conférences à la faculté de droit de science politique de Montpellier, Thiphaine Collot, Etudiante, Master 2 Droit privé de l'économie, Charlotte Houllard, faculté de droit de science politique de Montpellier, Charlotte Houllard, Etudiant, Master 2 Droit privé de l'économie, Maxime Khalaf, Etudiant, Master 2 Droit privé de l'économie, Léa Larrieu, Etudiante, Master 2 Droit privé de l'économie, Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de science politique de Montpellier, Delphine Maniller, Etudiante, Master 2 Droit privé de l'économie, Bruno Siau, Maître de conférences à la faculté de droit de science politique de Montpellier, Alain Terral, Pharmacien, Docteur en droit, avocat au barreau de Béziers.

² V. aussi fiches in <https://www.info-reglementation.terre.defense.gouv.fr/index.php/fr/appui-a-la-personne/le-mariage-le-concubinage-le-pacs#>.

³ Cf. J. Lanxade, Réflexion sur la fonction militaire dans la France d'aujourd'hui », in « Les spécificités militaires », *Les Cahiers de Mars* n° 202, décembre 2009, p. 48, cité par E.-M. Peton, « Droit et spécificité militaire », *Inflexions*, 2011/3, « Partir », p. 203.

I. Généralités

1. Vision stratégique de l'armée française et de l'armée de terre. Le chef d'état-major des armées (CEMA), le général François Lecointre et le chef d'état-major de l'armée de terre (CEMAT), le général Thierry Burkhard, ont été auditionnés les 22 avril et 17 juin 2020, huis clos, par la commission de la défense nationale et des forces armées⁴. Le premier était invité à présenter « l'équilibre entre les exigences de la préparation opérationnelle, la soutenabilité du modèle d'armée et la préparation de l'avenir » et le second, « la nouvelle vision stratégique de l'armée de terre », dans le droit fil de la revue stratégique et de défense de 2017⁵.

Le CEMA a présenté les enjeux de la crise sanitaire, à laquelle l'effort budgétaire a répondu. Il a présenté le déploiement de l'opération Résilience qui a montré la pertinence de l'organisation territoriale interarmées de défense (OTIAD). Il a présenté les opérations en cours, en France, dans le cadre des opérations « Sentinelle » de lutte contre le terrorisme ou « Harpie » de lutte contre l'orpaillage illégal, ou à l'étranger, avec les opérations extérieures au Levant, « Chammal » ou au Sahel « Barkhane », sur laquelle pèse d'ailleurs le poids d'annonces à venir, et les succès, largement renouvelés depuis dans la région du Liptako. Il a enfin souligné l'importance du maintien de l'activité et de la continuité de la préparation opérationnelle, afin de ne pas altérer la sécurité des engagements opérationnels. L'ensemble mérite attention, surtout à l'aune de l'aggravation, voire d'une certaine pérennisation de la crise sanitaire, dont le général Lecointre considérait récemment⁶ qu'elle impliquait un renforcement de la discipline, mais aussi la garantie de stock de munitions, objectif validé par la révision de la revue stratégique le 21 janvier 2021⁷ : la crise permet de prendre conscience qu'elle est substituable à une autre, qui pourrait être énergétique, numérique ou autre, y compris militaire, de telle manière qu'il n'est pas question qu'une crise des masques se retrouve à l'identique pour des munitions ou des pièces détachées fabriquées à l'étranger. Le souverainisme de la souveraineté, en quelque sorte, il est temps.

Le CEMAT avait la charge de présenter la nouvelle vision stratégique de l'armée de terre, dans une logique de « durcissement » de celle-ci, en vue d'un conflit asymétrique de haute intensité, mis en scène d'ailleurs ensuite de manière éclatante au cours de la « présentation des capacités de l'armée de terre 2020 »⁸. Le changement de cap est radical : le retour des rapports de force entre États et l'évolution très rapide de la conflictualité doit « nous amener à durcir l'armée de Terre pour qu'elle soit capable de faire face à des conflits encore plus difficiles que nos engagements actuels, déjà bien éprouvants ». Aux frontières mêmes de l'Europe, des conflits pourraient se présenter, de grande ampleur et de forme nouvelle. La force est assumée par des acteurs qui n'hésitent plus à se déployer militairement, à tester et à intimider, des pays agissent juste en dessous du seuil du conflit ouvert par des actions non revendiquées, d'autres comme la Libye, sont le champ d'affrontements de milices armées dans laquelle tous les éléments de conflictualité sont utilisés : internationalisation du conflit, y compris via des mercenaires revendiqués et surarmés, embargo maritime, blindés, frappes en boucle courte, utilisation de drones et d'avions de combat, menace anti-aérienne, actions cyber, guerre informationnelle, etc. Une véritable rupture

s'observe dans le champ informationnel, véritable espace d'influence et d'affrontements. « Nous arrivons peut-être à la fin d'un cycle de la conflictualité qui a duré 20 ans et où l'effort de nos armées s'est essentiellement concentré sur le combat contre le terrorisme militarisé ». Les risques nouveaux impliquent donc de sortir du cycle qui s'achève, qui a installé une « sorte de une sorte de confort opérationnel : pas de menace aérienne, pas de menace de missiles longue portée, pas de brouillage, etc. ». L'ambition est donc de « réapprendre la grammaire de la guerre de haute intensité » car le risque d'escalade militaire est élevé et le moindre incident peut facilement dégénérer.

Il faut donc une « armée de terre durcie », prête au combat immédiatement, dans son ensemble, ou en tout cas un volume significatif, puissant et entraîné, et « résiliente », c'est-à-dire d'une organisation territoriale robuste, de soutiens communs adaptés aux forces opérationnelles, de moyens redondants et de stocks. Dans cet esprit ; le CEMAT a expliqué « sa manœuvre » pour rehausser le niveau de préparation opérationnelle de son armée. Il a présenté ses quatre grands axes stratégiques – les hommes, les capacités, l'entraînement et la simplification du fonctionnement – et certains de ses 12 grands projets. Les hommes et les femmes doivent ainsi être préparés à des engagements difficiles, le Code d'honneur du soldat a été réécrit dans cet esprit, la formation sera revue, via une Ecole Technique, mais aussi une réserve opérationnelle plus opérationnelle, l'encadrement des blessés. S'agissant des capacités, la préparation suppose des matériels modernes, renouvelés et disponibles, des munitions, notamment via la montée en puissance accélérée du programme Scorpion, afin de conserver une supériorité opérationnelle.

La vision stratégique est un plan d'opération ambitieux dont la réalisation demandera du temps. Conscient que l'armée de Terre n'agit jamais seule, qu'elle ne dispose pas de tous les leviers et qu'elle a aussi besoin des autres pour se transformer, il sait pouvoir compter sur la solidité de la chaîne de commandement comme sur l'appui de la représentation nationale. L'entraînement sera orienté vers l'hypothèse d'engagements majeurs, face à des adversaires puissants, et sans préavis, supposant de nouveaux programmes, adaptés, y compris en mode dégradé. La simplification, enfin, des procédures pour un changement d'état d'esprit, celui d'une armée prête au combat et non de temps de paix durable. Un exercice de niveau divisionnaire est programmé pour 2023, ainsi que la projection d'un GTIA Scorpion pour 2021. A suivre donc.

Daniel Mainguy

2. Le rôle de l'industrie de défense dans la politique de relance : Commentaire du rapport parlementaire « flash », B. Griveaux et J.-L. Thiériot. Ce rapport flash, présenté le 21 juillet 2020 devant l'Assemblée nationale a pour objectif de définir l'état, à un moment très précis, de la base industrielle et technologique de défense en France. La « base industrielle et technologique de défense » (BITD) est l'ensemble des entreprises qui participent à la fourniture de biens et services essentiels aux activités de la défense française, particulièrement liée à la souveraineté de l'État, lequel souhaite une autonomie forte de la BITD. Ce document dont l'une des vocations est la brièveté (d'où le terme de mission « flash »), vise à donner une image précise de l'état de ce secteur de l'industrie afin de proposer des orientations pour le futur, ce en pleine crise

⁴ Cf. Compte-rendu Comm. Def. Nat. Général F. Lecointre, 22 avr. 2020, n°43, et CR Comm. Déf. Nat. Général Thierry Burkhard, 17 juin 2020, n°61. V. aussi CR Comm. Déf. Nat. 16 juill. 2020, n°70, « l'analyse des conséquences stratégiques et militaires de la crise Covid, vision des perspectives qu'elle dessine ».

⁵ Revue stratégique de défense et de sécurité nationale, La documentation française, 2017.

⁶ www.defensenews.com/outlook/2021/01/11/french-defense-staff-chief-france-is-marking-moves-to-guarantee-its-survival-in-the-face-of-existential-threats/

⁷ « Actualisation stratégique 2021, Ministère de la défense, sp. p. 26 s.

⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=6q7Food9Ln4>.

sanitaire, qui a provoqué un arrêt inédit dans la production industrielle française. Le rapport n'a pas pour but de réaliser une description exhaustive du marché, mais un état des lieux de ce qu'a endommagé la crise et de proposer des pistes pour résoudre les nouvelles difficultés qui pourraient se présenter, l'impact que l'État peut avoir sur la situation de la BITD et une adaptation éventuelle de la loi de programmation militaire 2019-2025 en cours (LPM).

Trois enjeux sont identifiés : l'arrêt de la production lors du premier confinement, la crise de l'aéronautique, les incertitudes sur les exportations. Il souligne aussi à travers quelques chiffres l'importance de ce secteur pour l'économie française en termes d'emplois ou de chiffre d'affaires (4000 entreprises, 200 000 emplois, 30 milliards de chiffre d'affaires). Le risque principal présenté par le rapport est celui d'une crise décalée dans le temps et qui fragiliserait la BITD de façon durable.

Le rapport présente les spécificités de ce marché. Celles-ci s'observent en raison de sa fonction : l'armement, outil fondamental de la souveraineté française de sorte que la BITD doit être autonome et où se mêlent considérations politiques et géopolitiques. L'État y est omniprésent. Il est acheteur sur les principaux contrats, et actionnaire dans nombre d'entreprises pour garder un certain contrôle sur cette économie. Enfin, la production et la vente d'armement sont soumises à des contrôles particulièrement importants par l'État que ceux-ci soient imposés par des instances internationales ou par des nationales. Ainsi, l'État est présent même lorsqu'il n'est pas partie au contrat en tant qu'intermédiaire. Il a un impact très important sur la façon dont va être structuré le marché puisqu'il autorise les entreprises de produire des armes, de passer des contrats, d'exporter, et intervient à tous les stades de passation d'actes. Ce marché repose sur beaucoup sur des marchés publics : 36 millions d'euros ont été investis dans la mission « défense » en 2019. Ce marché repose sur de « gros » contrats, qualifiés de « majeurs » à l'exportation lorsqu'ils dépassent la somme de 200 millions d'euros. En 2015, 11 contrats majeurs ont été conclus, pour un montant de 12,9 milliards d'euros, contre un total de 4 milliards d'euros pour les contrats d'un montant inférieur selon le rapport sur l'exportation des armements de 2016⁹, passés par un très petit nombre d'acteurs de sorte que ce marché a une structure à tendance monopolistique ou oligopolistique. Les entreprises qui font partie du marché de l'armement ont, comme beaucoup d'autres, une tendance à la diversification, surtout avec le développement des biens dits « à double usage », susceptibles d'avoir une utilisation tant civile que militaire¹⁰. Les actifs nécessaires à la production d'armement ne sont cependant pas, pour une grande part, redéployables vers d'autres activités sans coût. Ces actifs spécifiques (propriété intellectuelle, machines-outils, bancs de test, chaîne d'assemblage...) contribuent à renforcer la dépendance bilatérale entre l'État et les industriels¹¹ et la contrainte des « cycles longs », au gré des LPM nécessite une organisation particulière.

Difficultés liées à la crise sanitaire. L'arrêt de production début 2020 suppose une anticipation en raison du

fonctionnement du marché par cycles longs. A court terme, l'arrêt de l'activité impose un financement de soutien par l'État ; à long terme, des défauts de commandes risquent d'apparaître d'ici 5 ans environ, à anticiper, ce d'autant que les « grosses entreprises » contractant directement avec l'État sont peu nombreuses (Airbus, Thales, Naval group, Dassault, KNDS et Safran) et que la grande majorité est composée d'entreprises plus petites moins résistantes à une crise, ce sans compter le nombre d'acteurs indirects, dont les très nombreux sous-traitants, classés selon leur rapport avec l'État. Or cette crise s'inscrit dans un marché mondial, dominé par des « super entreprises » et qui voit l'apparition de nouveaux acteurs, dont des entreprises chinoises. **Actions envisagées.** Deux axes dans les propositions de dégageant. Il s'agirait de renouveler l'offre mais également la demande, à travers les marchés à l'exportation, avec les incertitudes liées aux contraintes de ces marchés, et les marchés publics français, notamment par le renouvellement des matériels anciens (qui permet en outre des économies en termes de MCO, l'augmentation des stocks de munitions et de pièces de rechange, l'investissement dans la recherche notamment dans les domaines du spatial et de l'aéronautique, ou le contrôle potentiel de l'Assemblée nationale sur les contrats de vente d'armes).

Le rapport envisage également, rapidement, la question des procédures de contrôle, qui a une influence sur le paiement de commandes, mais aussi les contrats de partenariat intergouvernementaux, dont le contrat CaMO¹², premier contrat de partenariat intergouvernemental franco-belge. Il souligne également la question des « clauses d'offset » constituées de contrats accessoires à un contrat d'armement qui peuvent porter sur des transferts de technologie, des contrats avec des fournisseurs locaux, des participations industrielles, des engagements d'achat, etc. Elles peuvent être directes lorsque leur objet est directement lié au contenu du contrat d'armement et indirecte lorsqu'elles n'y sont pas directement liées. Celles-ci sont en principe interdites par le droit européen en ce que la CJUE considère qu'elles contreviennent à la transparence requise pour la passation de contrats. Les clauses d'offsets sont assimilées à des mesures de compensations, interdites, car ayant donné lieu à des affaires de corruption en rendues possibles par ce manque de transparence. Les États ont dans un premier temps considéré que ces clauses étaient autorisées si elles respectaient le code de bonne conduite de l'Union européenne jusqu'à ce que la CJCE ne rende un avis inverse¹³. Ces clauses ne sont autorisées que par exception en vertu de l'article 346 du TFUE pour les contrats conclus pour la défense nationale. La politique en termes de clauses d'offset se fait donc au cas par cas, de manière exceptionnelle, alors même que de nombreux États contournent ces dispositions et que leur absence emporte des pertes de marché préjudiciables pour les entreprises françaises¹⁴.

Charlotte Houllard

⁹ Rapport au Parlement de 2016 sur les exportations d'armement : <https://www.defense.gouv.fr/content/download/473688/7580682/file/RAP-2016.pdf>.

¹⁰ Règl. CE n° 428/2009, art. 2.

¹¹ Cf. R. Bellais, M. Foucault J. Oudot « Politiques d'acquisition des systèmes d'armes », in R. Bellais, Économie de la défense, Paris, La Découverte, 2014, p. 39 s. (5) <https://people.defensenews.com/top-100/>

¹² Partenariat stratégique franco-belge CaMo : entrée en vigueur de l'accord intergouvernemental et notification du contrat d'acquisition des véhicules blindés, <https://www.defense.gouv.fr/dga/actualite/partenariat-strategique-franco-belge-camo-entree-en-vigueur-de-l-accord-intergouvernemental-et-notification-du-contrat-d-acquisition-des-vehicules-blindes>.

¹³ Comm. Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un secteur de la défense et de la sécurité plus compétitif et plus efficace*, COM(2013) 542 final, 23 juill. 2013 : « Les

exigences de compensations économiques, quelle que soit l'appellation qui leur est donnée, sont contraires aux principes du traité UE et aux méthodes de passation de marchés efficaces. La Commission œuvre à la cessation rapide de cette pratique et encourage d'autres mesures non discriminatoires afin de faciliter l'accès transfrontalier aux marchés pour les PME. »

¹⁴ M. Chettab, J. Gakosso, et al. « Comment la France peut-elle rester compétitive sur le marché mondial dans le domaine des offsets? In *L'Europe et la position de Bruxelles*, AEGE, 2011 : http://bdc.aege.fr/public/Comment_la_France_peut_elle_rester_competitive_sur_le_marche_mondial_dans_le_domaine_des_offsets.pdf ; S. Coissard, P. Croyère, et al. « L'approche offsets des grands groupes industriels britanniques, Un modèle pour la France? », AEGE, 2011, http://bdc.aege.fr/public/L_approche_offsets_des_grands_groupes_industriels_britanniques.pdf. Adde F. Coulomb, *Industries de la défense dans le monde*, PUG, 2017.

3. Loi de programmation militaire 2019-2025 et Budget des armées 2021. L'année 2020, marquée par la crise sanitaire, justifie une réorganisation de l'ensemble du budget de l'État. Ainsi, la loi de programmation militaire (LPM) adoptée le 13 juillet 2018 fixait une trajectoire précise de la détermination du montant et de l'affectation des crédits de l'État en matière de dépenses militaires pour les six années à venir. Toutefois, cette planification financière concentrée majoritairement sur la menace terroriste doit aussi répondre à la crise sanitaire. Afin de s'adapter à cette crise d'ampleur, le projet de loi de finances pour 2021 s'est constitué comme la deuxième marche de la programmation militaire 2019-2025. Bien qu'ayant constitué un défi pour le ministère des armées, la crise sanitaire ne devrait cependant pas avoir d'effet majeur sur l'exécution de la loi de finance des armées 2020.

Loi de programmation militaire (LPM 2019-2025) – Une loi de programmation militaire a pour objet de déterminer, pour une durée de quatre à six ans, le montant et l'affectation des crédits de l'État en matière de dépenses militaires. Elle constitue un instrument essentiel pour préciser et adapter la stratégie de défense de la Nation. Préparée par la ministre des Armées sous l'autorité du Premier ministre, elle est présentée en conseil de défense et en Conseil des ministres, pour enfin être examinée et votée par le Parlement, avant sa promulgation au Journal officiel. La LPM 2019-2025 a été promulguée le 14 juillet 2018 et fixe l'objectif de porter l'effort national de défense à hauteur de 2 % du produit intérieur brut au terme de la période, en 2025¹⁵. La LPM prévoit des ressources à hauteur de 198 milliards d'euros sur la période 2019-2023, soit 39,6 milliards d'euros par an en moyenne sur la période. Cela représente une hausse de 1,7 milliard d'euros par an jusqu'en 2022, puis de 3 milliards d'euros en 2023¹⁶.

Cette LPM se décline en quatre volets complémentaires. Premièrement, elle s'attèle à améliorer les conditions d'exercice du métier des armes. En assurant, notamment, le financement des formations, des entraînements, disposer des équipements collectifs (véhicules) et individuels (tenue, protection). A cet effet, le programme SCORPION¹⁷ renouvelle les capacités du combat de contact autour des deux véhicules blindés GRIFFON et JAGUAR et d'un unique système d'information et de communication (SICS) qui permet la mise en réseau de tous les acteurs du combat terrestre.

Deuxièmement, elle cherche à améliorer le quotidien du soldat. Concernant les conditions de vie et de travail du personnel militaire et civil dans les régiments, dans les ports et sur les bases ainsi que les soutiens associés qui les accompagnent eux et leurs familles. A cet effet, la loi prévoit un « *Plan Famille* » avec une enveloppe financière de 530 millions d'euros pour faire face aux contraintes de l'engagement, notamment les absences ou la mobilité du conjoint militaire. Ce plan prévoit notamment, d'améliorer les conditions de logement familial et d'hébergement du personnel militaire ; Un soutien renforcé, dans la durée, des militaires blessés ou malades en service et des familles des militaires morts au combat ; Mais aussi une modernisation et une simplification de la procédure d'indemnisation des préjudices ; Enfin, un accès facilité aux emplois réservés pour les militaires devenus inaptes à la suite de blessures ou de dommages subis en service.

Troisièmement, elle cherche à adapter les ressources humaines aux missions, en créant plus de 6 000 nouveaux postes. Ces effectifs nouveaux sont recensés dans le domaine du renseignement et de la cyberdéfense y compris pour le développement de compétences dans les technologies innovantes (intelligence artificielle ou traitement massif de données).

Quatrièmement, elle a pour ambition de renforcer le lien armées-Nation en favorisant dès la jeunesse, le développement d'un solide esprit de défense en pérennisant le Service militaire volontaire (SMV) créer en 2015 au-delà du 31 décembre 2018, date de la fin d'expérimentation fixée par la loi. Il s'agit d'un dispositif militaire d'insertion socioprofessionnelle pour les jeunes Français ultramarins âgés de 18 à 25 ans sur la base du volontariat. Il favorise l'accès à l'emploi de plus de 1 000 volontaires par an. Sa pérennisation vient compléter les dispositifs existants, tels que la Journée défense et citoyenneté (JDC) et le Plan égalité des chances (PEC).

Pendant la période de la LPM, des ajustements des moyens des armées sont possibles en fonction d'une évolution majeure de la menace, sans remettre en cause les grands principes de la stratégie de défense et de sécurité nationale.

Projet de loi de finance des armées. Le projet de loi de finances pour 2020 constitue la deuxième marche de la programmation militaire 2019-2025 et il est parfaitement conforme à la trajectoire fixée par la loi du 13 juillet 2018. En effet, il projette, entre autres, la construction d'une armée de terre de haute technologie ; la consolidation de l'effectif terrestre à 77 000, mais favorise aussi l'engagement de réservistes opérationnels en complément des armées professionnelles ; tout en renforçant le lien armée-Nation en accordant des moyens conséquents au service national universel (SNU).

Toutefois, ces prévisions font face à un impératif d'un nouvel ordre. L'État d'urgence sanitaire de la COVID-19 qui touche le territoire national depuis mars 2020 nécessite un ajustement de la loi de programmation militaire, en cours de mandat. Tout l'enjeu repose sur le projet de loi de finance des armées pour 2021. L'adoption définitive du budget 2021 est prévue pour fin décembre. Au cœur de ce projet, l'opération RESILIENCE¹⁸ prévoit un effort spécifique en faveur du Service de santé des armées (SSA) en 2021 à hauteur de +27 %. Près de 900 missions réalisées ; 2 140 militaires sont engagés en moyenne par jour pour appuyer les autorités civiles face à la situation de crise épidémique, en métropole et en outre-mer. Ils permettent notamment de soulager le système de soins local avec l'aide d'hôpitaux d'instruction des armées (HIA), mais aussi l'évacuation de patients¹⁹. L'opération s'investit aussi dans la recherche avec la participation des HIA à 46 projets de recherche clinique COVID-19.

Des conséquences budgétaires limitées - Selon le Rapport général n° 138 (2020-2021) de M. Dominique de Legge, fait au nom de la commission des finances, déposé le 19 novembre 2020 « *sur le plan budgétaire, l'épidémie de Covid-19 a entraîné une modification des dépenses effectuées par rapport à celles prévues en loi de finances* ».

S'agissant des dépenses de personnel, un effort spécifique a été fourni pour augmenter le budget du service de santé des armées (SSA) fortement sollicité par la crise sanitaire de la Covid 19, dépense de 40 millions d'euros, compensée par le versement de

¹⁵ Article 2 et 3 de la loi n°2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense. V. aussi Déclaration de Monsieur Emmanuel Macron, Président de la République, sur la loi de programmation militaire 2019-2025 lors de ses vœux aux armées le 19 janvier 2018

¹⁶ Par rapport à la période 2014-2018, cela représente un effort financier de +23 %, soit +7,4 milliards d'euros par an en moyenne.

¹⁷ Programme SCORPION : (Synergie du contact renforcée par la polyvalence et l'info valorisation) annoncé le 5 décembre 2014, il a pour objectif la modernisation des capacités de combat médianes du groupement tactique interarmes.

¹⁸ Opération RESILIENCE : Est une opération militaire menée par l'Armée française sur son territoire national depuis le 25 mars 2020, dans le contexte de la pandémie de Covid-19 en France.

¹⁹ En chiffre : 11 065 patients ont été pris en charge au sein des hôpitaux d'instruction des armées (HIA) et l'évacuation de 143 patients au total par voie aérienne, maritime, ou terrestre)

la « prime Covid » (à hauteur de 43 millions d'euros) et l'octroi de nouvelles ressources pour le SSA service de santé des armées (à hauteur de 8 millions d'euros).

S'agissant des dépenses d'investissement et de fonctionnement, les surcoûts liés à l'épidémie sont évalués à 300 millions d'euros (équipements face à la crise), et sont compensés par la réduction de l'activité opérationnelle.

Sur le plan des ressources humaines, le schéma d'emplois prévoyait une augmentation de 349 emplois. La crise sanitaire a limité les recrutements et devrait entraîner un retard d'environ 200 emplois.

Delphine Maniller

4. La mort des « drones tueurs » ? (rapport de Ganay et Gouttefarde sur les systèmes d'armes létaux autonomes)

Le Rapport La notion de « Systèmes d'Armes Létaux Autonomes » (SALA) se présente sur la scène internationale depuis le début du XXI^{ème} siècle, et a fait, en France l'objet d'un rapport d'information à l'Assemblée Nationale²⁰. Elle a été définie en 2012 par le Département de la Défense américain comme « *des systèmes d'armes qui, une fois activés, peuvent sélectionner et attaquer des cibles sans autre intervention d'un opérateur humain* ». Si une telle définition a été donnée, elle ne fait pas l'unanimité sur la scène internationale et l'enjeu d'une définition est encore majeur. Les domaines de l'intelligence artificielle, de la robotique et de l'autonomie ont profités de progrès technologiques majeurs. Concernant les systèmes d'armes létaux autonomes, il existe trois types d'autonomie. On distingue les systèmes totalement autonomes (« humain hors la boucle »), ceux avec humain « sur la boucle » et ceux avec humain « dans la boucle ». Les armes totalement autonomes sont des systèmes dotés d'un haut niveau d'intelligence artificielle et capables de choisir leur propre plan d'action pour atteindre un but final désiré. Aucune action humaine n'est alors nécessaire. Les armes avec humain « sur la boucle » sont des armes dans lequel l'humain joue un rôle passif en ce qu'il est capable d'intervenir à tout moment, pour corriger ou stopper une action. Enfin, celles avec humain « dans la boucle » sont des armes où l'humain joue un rôle actif puisqu'il prend lui-même les décisions. Elles restent autonomes jusqu'au moment du déclenchement du tir. Nombreuses sont ceux, cependant, qui considèrent ces trois niveaux d'autonomies sont trop réducteurs pour une notion aussi complexe. Ainsi, Thierry Berthier, du centre de recherche des écoles de Saint-Cyr (CREC) a défini six niveaux d'autonomisation pour les systèmes d'armes allant de L0 à L5 d'autonomie croissante, le SALA étant le niveau L5²¹, suivant l'idée selon laquelle « *l'autonomie n'est pas un escalier à trois marches, mais un continuum* »²². Le « continuum » est défini comme « *allant de situations où l'homme prend toutes les décisions jusqu'aux situations où un grand nombre de fonctions sont déléguées au robot, l'homme conservant le plus souvent la possibilité d'intervenir* »²³.

Comme en matière de robots ou d'IA, le traitement cinématographique des « robots-tueurs », donc fictionnel, constitue « *l'une des principales difficultés dans le débat sur les SALA tient au défi terminologique que représente leur définition* »²⁴, ce d'autant qu'un niveau d'autonomisation

maximale ne semble pas encore permis par la technologie actuelle. Pourtant, il ne fait pas de doute que cette autonomie est proche, ce qui pose une difficulté militaire et éthique. Militaire parce qu'aucun chef militaire n'accepterait d'avoir dans ses rangs une machine qu'il ne peut pas contrôler. Éthique, parce que confier la décision de vie ou de mort d'un être humain à une machine totalement autonome semble contraire à toute pensée acceptable. D'un point de vue juridique, l'application du Droit international humanitaire (DIH) nécessite le rattachement d'une arme à une responsabilité humaine. En l'espèce, un système d'arme totalement autonome ne serait donc pas, par nature, rattaché à un humain et, dès 2013, des discussions ont été engagées dans le cadre de la Convention sur certaines armes classiques (CCAC) afin d'encadrer ces nouvelles armes. La course à l'autonomisation induit déjà un changement de paradigme de l'art de la guerre, même si les SALA n'existent pas actuellement et qu'ils ne font pas l'objet d'une définition universellement admise. Cette course peut être mise en parallèle avec la course à l'armement observée au sortir de la Seconde Guerre mondiale concernant les armes nucléaires. En effet, si au milieu du XX^{ème} siècle la bombe atomique a redistribué les cartes de l'équilibre stratégique, il pourrait en être de même avec l'essor de l'IA de défense. L'Homme est irremplaçable pour un grand nombre de raisons mais nier que la machine se veut plus précise et plus rapide ne serait pas raisonnable.

Position de la France dans la course à l'autonomisation.

La France a affirmé qu'elle ne développerait pas de SALA²⁵ et agi depuis de nombreuses années. C'est la France qui a lancé en 2013 les discussions sur le sujet dans l'enceinte de la Convention sur Certaines Armes Classiques (CCAC) aux fins d'adopter un ensemble de principes permettant de régir l'usage des SALA, à travers trois grands principes : le respect du droit international, la responsabilité du commandement dans l'emploi des armes, le maintien d'un contrôle humain suffisant. En 2019, onze principes directeurs ont été approuvés lors de la réunion des Etats parties à la CCAC. Il ressort de ces principes que l'emploi de ces systèmes d'armes doit toujours dépendre d'une responsabilité humaine. Également, ces principes affirment que le DIH s'applique à ces systèmes et que les Etats doivent examiner, au stade de leur conception, la licéité des armes nouvelles qu'ils développent ou acquièrent. Au 20 septembre 2019, environ 80 Etats ont donné leur consentement aux onze principes²⁶.

SALA et protection des données personnelles. Si des drones sont utilisés, sur des théâtres étrangers par l'Armée française, mais aussi par la Gendarmerie, les pompiers ou la Police sur le sol national, dotés notamment de caméras qui permettent la collection de données diverses, la CNIL a récemment interdit leur usage en France²⁷, enjoignant l'Etat de de « *cesser, sans délai, toute utilisation de drone jusqu'à ce qu'un cadre normatif autorise un tel traitement de données personnelles ou jusqu'à ce qu'un système technique empêchant toute identification des personnes soit mis en œuvre* », après que le Conseil d'Etat aient interdit l'usage de drones hors d'un cadre légal et formulant le même type d'injonction²⁸, règles légales objet d'ailleurs du projet de loi sur la sécurité globale²⁹. Anticipant l'adoption de ces règles, le contrat-cadre signé entre la Direction générale de l'armement (DGA) et Parrot a été rendu

²⁰ Cl. de Ganay et F. Gouttefarde, Rapport d'information sur les systèmes d'armes létaux autonomes, n°3248, 22 juill. 2020.

²¹ Cl. de Ganay et F. Gouttefarde, Rapport cit., p. 15.

²² J.-B. Jeangène Vilmer, cité in Cl. de Ganay et F. Gouttefarde, Rapport cit., p. 15.
²³ C. Teissier, « Autonomie des robots : enjeux et perspectives », in R. Doaré, D. Danet, G. de Boisboissel (dir.), *Drones et killer robots : faut-il les interdire ?* PU Rennes, 2015, p. 65..

²⁴ J.-B. Jeangène Vilmer, cité in Cl. de Ganay et F. Gouttefarde, Rapport cit., p. 13.

²⁵ Discours de Madame Florence Parly, ministre des Armées, sur l'Intelligence artificielle et défense, Saclay, 5 avril 2019.

²⁶ <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/la-france-et-les-nations-unies/l-alliance-pour-le-multilateralisme/11-principes-sur-les-systemes-d-armes-letaux-autonomes/>

²⁷ Déc.CNIL (FR), SAN 2021-003, 12 janv. 2021.

²⁸ CE 22 déc. 2020, n°446155, sur pourvoi d'une ordonnance de référé du 4 novembre 2020 contre l'autorisation d'utilisation de drones lors de manifestations à Paris ; CE 18 mai 2020, n°440442 et 440445, sur pourvoi contre l'ordonnance de référé du 5 mars 2020 contre l'autorisation de l'utilisation de drones lors du contrôle des mesures sanitaires lors du premier confinement en 2020.

²⁹ Prop. L n°3452, 20 oct. 2020 relative à la sécurité globale, art. 22.

public le 11 janvier 2021. En effet, la société de drones a été désigné pour fournir pendant cinq ans des micro-drones afin d'équiper les trois armées (terre, air et marine) pour leurs missions d'observation ou de reconnaissance. La commande porte sur le modèle Anafi USA ainsi que sur des équipements complémentaires, le tout pour un budget avoisinant les 30 millions d'euros sur cinq ans également. Ces drones, pesant 500 grammes, sont équipés d'une caméra thermique permettant le vol de jour comme de nuit, pendant 32 minutes, ainsi que d'un zoom puissant capable de détecter une cible humaine à deux kilomètres de distance avec une précision de 13 cm. La question de la sécurité des données se pose avec d'autant plus d'acuité que le modèle Anafi est fabriqué sur le sol américain. A ce titre, Parrot promet que « les fonctionnalités de cryptage et de confidentialité des données » afin de se conformer aux dispositions RGPD.

Maxime Khalaf et Daniel Mainguy

5. Les limites de la collecte de métadonnées par les agences de renseignement : CJUE 6 oct. 2020 (2 arrêts, aff. Jointes C-511/18, C-512/18, C-520/18 et Aff/ C-623/17). Les besoins du renseignement, qu'il soit militaire, contre-terroriste, policier ou économique, facilités par les progrès immenses de la technologie, sont susceptibles de heurter des principes de liberté et, plus récemment, de protection des données personnelles, notamment lorsque les outils technologiques et juridiques permettent aux Etats d'imposer aux fournisseurs d'accès une obligation générale de collecte et de conservation des données, de traitement en temps réel de ces données, y compris les données de localisation ou des services fournis. L'idée selon laquelle les citoyens qui n'ont rien à se reprocher n'ont, par conséquent, rien à craindre de cette pratique, ne résiste pas à l'évolution des règles européennes de protection des données personnelles, tandis que l'irénisme généralisé facilite, évidemment toutes sortes d'actes illicites. Entre un système type *precrime* ou de surveillance généralisée approchant la fiction orwellienne ou des injonctions en temps réel chinoises, et un rempart absolu autour des données personnelles, les règles européennes ont vocation à poser un curseur qui ne peut ignorer d'une part, les exigences d'un Etat de droit, autour des logiques de protection des libertés fondamentales et de recours contre les abus, et d'autre part, l'accélération des menaces dont certaines passent, très évidemment, par l'utilisation des fournisseurs d'accès ou de services en ligne. La réponse, en termes policiers ou militaires, suppose une forme d'égalité des armes, notamment pour la lutte contre les menaces les plus importantes, par exemple terroristes,

mais également toutes les expériences, diverses, de cybercriminalité. L'amoncellement des menaces ne doit être ni surestimé ni sous-estimé, ne serait-ce que parce que les auteurs et complices de ces menaces dans la mesure où, à défaut de la possibilité de l'utilisation des outils appropriés, notamment via des obligations faites aux opérateurs, privés le plus souvent, de permettre l'accès aux données qu'ils collectent, y compris la conservation de métadonnées de manière indifférenciée, c'est-à-dire la possibilité d'aspirer des flux de données. Il est évident qu'une telle mesure, parce qu'indifférenciée, est, sans limites, une atteinte aux droits fondamentaux tels qu'ils sont posés dans un Etat démocratique et posés en droit de l'Union européenne. Tout l'intérêt de l'analyse des dispositions nationales, à l'aune des référents et des compétences particulières, par exemple le référent européen face aux mesures législatives prises par les Etats, dont la France, repose précisément sur la question de la place de ce curseur. Loin de l'image donc, d'une surveillance généralisée ou au contraire de la limitation absolue des moyens, l'ensemble de la législation et de la jurisprudence européenne ou nationale cherche à placer le curseur au bon endroit, par exemple entre le contrôle « à la française » limité par les dispositions du Code de la sécurité intérieure (cf. infra) ou « à l'anglaise », générale et indifférenciée, a priori contraire au droit européen ce qui, s'agissant de l'Angleterre et sous la réserve d'une position de la CEDH ou des juges internes, leur est désormais indifférent.

La CJUE a, le 6 octobre 2020³⁰, rendu un arrêt réitérant cette position en réponse à plusieurs questions préjudicielles posées par le Royaume Uni, la France et la Belgique (par le Conseil d'Etat s'agissant de la France), validant, pour l'essentiel, les dispositions françaises. Cette décision fait d'ailleurs suite à l'arrêt *Tele2 Sverige* du 21 décembre 2016. Elle se distingue de la question du transfert de données à une personne privée dans un Etat en dehors de l'Union européenne, assurant un niveau de protection différent comme dans les arrêts « *Schrems* » du 16 juillet 2020 (*Privacy shield*) et du 6 octobre 2015 (*Safe harbor*)³¹. L'arrêt « *Tele2 Sverige* » avait, reprenant la solution de l'arrêt *Schrems* dans le champ de la surveillance étatique des données personnelles, condamné à nouveau le stockage de données à caractère personnel sur la base d'une « obligation façon générale et indifférenciée »³².

L'ensemble repose en outre sur la série de normes de source européenne, dont la directive n°2002/58 « vie privée et communication électronique » ou « *ePrivacy* » (art 15 §1) et la directive n°2000/31 « société de l'information » (art. 12 à 15), mais également le règlement n°2016/679 « RGPD », dont la réserve de son article 23 relatif à la protection de la sécurité nationale ou publique et la défense nationale dans des conditions nécessaires et proportionnées, et la compatibilité de mesures

³⁰ CJUE 6 oct. 2020 (2 arrêts, aff. jtes C-511/18, C-512/18, C-520/18 et Aff/ C-623/17).

³¹ CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-311/18, *Data Protection Commissioner c/ Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems*, AJ Contrat, 2020, p. 436, note Th. Douville, D. act. 22 juill. 2020, obs. C. Crichton, CCE 2020. Comm. 35, obs. N. Metallinos ; RLDI 2020, n° 169, p. 35, obs. R. Perray nvalidant, la décision de la commission 2016/1250 du 12 juillet 2016 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données (dit *Privacy Shield*) UE-Etats-Unis ; CJUE, 6 oct. 2015, *Schrems c/ Data Protection Commissioner*, C-362/14, D. 2016. 111, note B. Haftel, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée, AJ pénal 2015. 601, obs. E. Daoud, Dalloz IP/IT 2016. 26, étude C. Théard-Jallu, J.-M. Job et S. Mintz, RTD eur. 2015. 786, obs. M. Benlolo-Carabot, p. 2017. 361, et p. 365, obs. F. Benoît-Rohmer, CCE 2015. étude 21, note R. Perray et J. Uzan-Naulin. Un autrichien, Schrems, utilisait le réseau social Facebook depuis 2008 et ses données personnelles avaient été transférées de Facebook Ireland vers la société mère se trouvant aux Etats Unis (CJUE, Communiqué de presse n°91/20, 16 juillet 2020). Schrems s'en est plaint auprès de l'autorité de contrôle irlandaise afin que ce transfert soit interdit car les Etats Unis ne proposent pas une protection suffisante des données, plainte rejetée car la Commission (Déc. Comm. n° 2000/520 du 26 juillet 2000 (JOUE, 25 août 2020, L. 215/1), conformément à la directive 95/46/CE du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, modifiée par le règlement (CE) no 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 29

septembre 2003) dans l'une de ses décisions avait constaté que les Etats Unis assuraient un niveau adéquat de protection (thèse du « *Safe Harbor* »). Sur question préjudicielle ensuite posée par la Haute Cour Irlandaise, la CJUE y explicitait l'idée selon laquelle les pays tiers vers lesquels sont transférées des informations doivent bénéficier d'une protection équivalente à celle garantie par l'Union Européenne. Elle en profitait donc pour interdire le stockage de masse de façon généralisée et indifférenciée de données à caractère personnel. La Hight Court a, dans la décision de renvoi, formulé plusieurs questions préjudicielles, alors que, entretemps, la Commission a rendu une nouvelle décision sur la question dite du « *Privacy shield* » et constatant l'adéquation de la protection des données sur ce fondement (Décis. d'exécution de la Commission du 12 juill. 2016 conformément à la directive 95/46/CE relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-Etats-Unis ; C. Castets-Renard, « Adoption du *Privacy Shield* : des raisons de douter de la solidité de cet accord », Dalloz IP/IT 2016. 444). Or les questions préjudicielles portaient sur l'application du droit de l'Union au cas de transfert de données personnelles vers un pays tiers et leur traitement, là, à des fins de sécurité publique : en clair, le droit de l'UE peut-il s'opposer à ce que des agences américaines utilisent les données collectées de ressortissants de l'UE ? Or, La Cour répond, sur le terrain du RGPD en considérant qu'il s'applique aux transferts de données, quel que soit le traitement ensuite opéré que la protection assurée par le *Privacy Shield* est insuffisante, invalidant la décision de 2016

³² CJUE, 21 déc. 2016, *Tele2*, aff. jtes, C-203/15 et C-698-15.

nationales prises, dans les pays visés, dans une logique de prévention de délits ou crimes ou d'enquêtes, notamment dans un contexte de tension terroriste, visant à recueillir des données personnelles, dans les conditions posées, notamment, aux articles L. 811-3 et 4, 821-1 et 851-1³³ et suivants du Code de sécurité intérieure, R. 10-13 du Code des postes et des communications électroniques³⁴, notamment en ce qu'elles auraient pour objet d'imposer aux fournisseurs d'accès à des services de communication au public en ligne et aux fournisseurs de services d'hébergement, une obligation de conservation des données.

L'arrêt est important dans la mesure où il assure la pesée des logiques de protection des données personnelles, telles que diffusées dans divers outils électroniques susceptibles d'être interceptés par des services de renseignement ou de police, et les moyens permis, dont la liste est proposée par l'arrêt s'agissant de la France (aff. 511/18 et 512/18). Une première lecture de l'arrêt pourrait permettre d'insister sur le fait que la CJUE, dans cet arrêt, réitère le principe de la condamnation d'une surveillance de masse, généralisée et indifférenciée, y compris dans un contexte de lutte contre le terrorisme. Une lecture plus approfondie permet d'observer que l'appréciation de la CJUE est plus nuancée. L'apport principal de l'arrêt repose sans doute sur la considération que, dans la mesure où ce traitement serait imposé aux fournisseurs d'accès ou d'hébergement, l'appréciation de ces mesures relève du droit européen, principalement la directive *ePrivacy* et le Règlement RGPD, de telle manière que la Cour devait alors répondre à plusieurs questions précises. Savoir si une obligation de conservation généralisée et indifférenciée imposée aux fournisseurs est ou non, dans un contexte marqué par des menaces graves et persistantes pour la sécurité nationale, une ingérence justifiée. Savoir si des mesures de recueil en temps réel des données relatives au trafic et à la localisation d'individus déterminés sans imposer une obligation spécifique de conservation des données est ou non possible. Savoir si, dans des cas de procédure de recueil des données, les personnes visées doivent, ou non être informées.

Sur la première question, la question de l'obligation de conservation généralisée et indifférenciée, la question de posait de la compatibilité en premier des dispositions françaises avec l'article 15 §1 de la directive *ePrivacy* autorisant des limitations aux obligations des articles 5 (confidentialité), 6 (consentement au traitement des données) et 9 (données de localisation) pour des objectifs de sûreté nationale si elle sont nécessaires, appropriées et proportionnées. Si elle rappelle (point 112) que les objectifs justifiant une exception ne doit pas devenir la règle, de sorte que la conservation des données doit tenir compte de l'importance du droit au respect de la vie privée, du droit à la protection des données à caractère personnel, ainsi que du droit à la liberté d'expression (point 114) et qu'une obligation de conservation des données à caractère personnel doit être justifiée par des critères objectifs établissant un rapport entre les données à conserver et l'objectif poursuivi (point 133). Dès lors, s'agissant de mesures prévoyant la conservation préventive des données relatives au trafic et des données de localisation aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale (points 134 s.), celles-ci sont possibles « dès lors qu'il existe des circonstances suffisamment concrètes permettant de considérer que l'État membre concerné fait face à une menace grave (...)

pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible » et « être temporellement limitée au strict nécessaire », en « un laps de temps prévisible » éventuellement renouvelable.

S'agissant des mesures prévoyant la conservation préventive des données relatives au trafic et des données de localisation aux fins de la lutte contre la criminalité et de la sauvegarde de la sécurité publique (points 140 s.), la Cour ne les admet que s'il existe, eu égard à la gravité de l'atteinte aux droits des personnes, des moyens limités au strict nécessaire, en ce qui concerne les catégories de données à conserver, les moyens de communication visés ou les personnes concernées (point 147, visant l'arrêt *Tele2* de 2016) ou encore leur durée.

S'agissant des mesures prévoyant la conservation préventive des adresses IP et des données relatives à l'identité civile aux fins de la lutte contre la criminalité et de la sauvegarde de la sécurité publique, la Cour impose le même type de réserves (points 152 s.), comme s'agissant des mesures prévoyant la conservation rapide des données relatives au trafic et des données de localisation aux fins de la lutte contre la criminalité grave (points 160 s.).

La réponse conclusive à la question est alors (point 168) que : « l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, s'il s'oppose à des mesures législatives prévoyant une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation, il ne s'oppose pas à des mesures législatives, 1) permettant, aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale, le recours à une injonction faite aux fournisseurs de services de communications électroniques de procéder à une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation, dans des situations où l'État membre concerné fait face à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible, la décision prévoyant cette injonction pouvant faire l'objet d'un contrôle effectif soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante, cette injonction ne pouvant être émise que pour une période temporellement limitée au strict nécessaire, mais renouvelable en cas de persistance de cette menace ; 2) prévoyant une conservation ciblée des données relatives au trafic et des données de localisation qui soit délimitée, sur la base d'éléments objectifs et non discriminatoires, en fonction de catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique, pour une période temporellement limitée au strict nécessaire, mais renouvelable ; 3) prévoyant une conservation généralisée et indifférenciée des adresses IP attribuées à la source d'une connexion, pour une période temporellement limitée au strict nécessaire ; 4) prévoyant une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives à l'identité civile des utilisateurs de moyens de communications électroniques, 5) permettant une injonction faite aux fournisseurs de services de communications électroniques, au moyen d'une décision de l'autorité compétente soumise à un contrôle juridictionnel effectif, de procéder, pour une durée déterminée, à la conservation rapide des données relatives au trafic et des données de localisation, le tout dès lors que ces mesures assurent, par des règles claires et précises, que la conservation des données en cause est subordonnée au respect des conditions matérielles et procédurales y afférentes et que les personnes

³³ CSI, art. L. 851-1 : « Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre, peut être autorisé le recueil, auprès des opérateurs de communications électroniques et des personnes mentionnées à l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques ainsi que des personnes mentionnées aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, des informations ou documents traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques, y compris les données techniques relatives à l'identification des numéros

d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications ».

³⁴ CPCE, art. 10-13 : « En application du III de l'article L. 34-1 les opérateurs de communications électroniques conservent pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales (...) ».

concernées disposent de garanties effectives contre les risques d'abus ».

Sur la deuxième question, celle concernant l'obligation faite aux fournisseurs d'adopter des mesures de traitement automatisé assurant le recueil en temps réel des données, et le recueil en temps réel des données de localisation, la Cour observe que les articles L. 851-1 et suivants du CSI n'imposent une exigence spécifique de conservation de ces données, mais des mesures permettant de détecter, en fonction de critères définis, des connexions susceptibles d'identifier une menace terroriste. La réponse de la Cour, analysant le contenu réel des textes français conclut alors (point 192) que : « l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 ne s'oppose pas à une réglementation imposant aux fournisseurs de services de communications électroniques de recourir, d'une part, à l'analyse automatisée ainsi qu'au recueil en temps réel, notamment, des données relatives au trafic et des données de localisation relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés, lorsque 1) le recours à l'analyse automatisée est limité à des situations dans lesquelles un État membre se trouve confronté à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible, l'ensemble pouvant faire l'objet d'un contrôle effectif ; 2) le recours à un recueil en temps réel des données relatives au trafic et des données de localisation limité aux personnes à l'égard desquelles il existe une raison valable de soupçonner qu'elles sont impliquées d'une manière ou d'une autre dans des activités de terrorisme, soumis à un contrôle préalable, par une juridiction ou une entité administrative indépendante ».

Sur la question de l'obligation faite aux fournisseurs d'accès à des services de communication au public en ligne et aux fournisseurs de services d'hébergement de la conservation généralisée et indifférenciée, notamment, des données à caractère personnel afférentes à ces services, au regard de l'article 6 de la LCEN, la Cour considère que l'ingérence est trop importante de sorte que (point 212) l'article 23, paragraphe 1, du règlement 2016/679, s'oppose à une réglementation nationale imposant aux fournisseurs d'accès à des services de communication au public en ligne et aux fournisseurs de services d'hébergement la conservation généralisée et indifférenciée, notamment, des données à caractère personnel afférentes à ces services, ce dont on peut déduire qu'il ne s'opposerait sans doute à des mesures limitées dans les conditions identifiées dans les réponses aux précédentes questions.

Au final, il en résulte que les dispositions françaises, notamment celles du Code de la sécurité intérieure sont validées, y compris le traitement en temps réel tel que l'envisagent les articles L. 851-1 du CSI mais précisément, incluant le traitement préventif, parce que (ou à condition que) ce traitement s'effectue dans les conditions prévues par la Cour, à savoir un traitement finalisé, temporellement limité et soumis à autorisation, même s'il renvoie désormais au Conseil d'Etat, en retour, d'apprécier concrètement ces règles à l'aune de l'arrêt de la Cour.

Tiphaine Colot et Daniel Mainguy

II. Droits et obligations des militaires

A. Droit civils et politiques des militaires

6. Le devoir de réserve prime sur la liberté d'expression (CE, 29 déc. 2020, n°44056). L'article L. 4121-2 du Code de la défense propose une de ces formules du statut du militaire qui tente une adaptation des règles prévalant pour tout citoyen et les nécessités exorbitantes des obligations militaires : « Les opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques, sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle s'applique à tous les moyens d'expression. Elle ne fait pas obstacle au libre exercice des cultes dans les enceintes militaires et à bord des bâtiments de la flotte. Indépendamment des dispositions du code pénal relatives à la violation du secret de la défense nationale et du secret professionnel, les militaires doivent faire preuve de discrétion pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la loi, les militaires ne peuvent être déliés de cette obligation que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent. L'usage de moyens de communication et d'information, quels qu'ils soient, peut être restreint ou interdit pour assurer la protection des militaires en opération, l'exécution de leur mission ou la sécurité des activités militaires ».

Si le premier alinéa renvoie au droit fondamental à la liberté de *pensée*, le reste du texte formule des exceptions relatives à la liberté d'*expression* : le militaire pense ce qu'il veut, il s'exprime en revanche, et uniquement en dehors du service, avec discrétion : le devoir de réserve est l'essence même du statut des militaires³⁵.

Un officier qui diffuse des propos critiques sur l'institution, en l'espèce sur le 1er Régiment de service militaire volontaire de Metz auquel il avait été affecté, sur un réseau social est-il un manquement au devoir de réserve justifiant une sanction de 30 jours d'arrêts ? Pour le Conseil d'Etat, le 29 décembre 2020, la réponse est positive, la sanction est justifiée et proportionnée : « eu égard, d'une part, au contenu et à la publicité du message de M. B..., qui était de nature à jeter le discrédit sur l'institution militaire, alors même que ce message aurait été diffusé en dehors des heures de service, d'autre part, aux précédentes fautes commises par le requérant ayant donné lieu à des sanctions disciplinaires et, enfin, à son grade et à ses responsabilités, l'autorité militaire n'a pas inexactement apprécié les faits ni, dans les circonstances de l'espèce et au regard de la marge d'appréciation dont elle disposait, pris une sanction disproportionnée au regard de la faute commise, en lui infligeant la sanction de trente jours d'arrêts ». Le grade, les responsabilités, et les précédentes fautes de l'officier participent d'ailleurs de l'appréciation.

La question n'est pas sans rappeler l'affaire *Piquemal*, du nom du général qui avait participé à une manifestation antimigrants, interdite, en 2016 et y avait pris la parole, en faisant état de sa qualité. La sanction avait été immédiate, radiation des cadres pour manquement aux obligations de réserve et de loyauté. Rappelons que, dans cette affaire, la question se posait de l'intensité de l'obligation de réserve pour les généraux placés dans la 2^{ème} section, celle des généraux, atteints par la limite d'âge, susceptibles d'être maintenus ou rappelés dans le cadre de la 1^{ère} section, celle des officiers généraux en activité. Arrêté, le général Piquemal avait ensuite été relaxé sur le plan pénal, mais avait contesté la sanction disciplinaire. Or le Conseil d'Etat avait,

³⁵ Cf. R. Letteron, *La liberté d'expression des militaires en uniforme*, Economica, 2000, E. Aubin, *La déontologie dans la fonction publique*, Lextenso, 2017.

le 22 septembre 2017³⁶, confirmé cette sanction : l'article L. 4121-2 du Code de la défense s'applique sans restriction aux généraux de la 2^{ème} section (C. déf., art. L. 4141-4), comme le barème de sanction de l'article L. 4137-2, qui vise la radiation, le général n'a pas subi une sanction disproportionnée « eu égard à la gravité de ces manquements, et en dépit des états de service de M. Piquemal et du fait qu'il n'a jamais fait l'objet d'une sanction disciplinaire ».

Evidemment, eu égard aux états de service du général Piquemal, passé par le 1^{er} RIE, le 2^{ème} REP, 9^{ème} RCP, chef de corps du 3^{ème} REI, ancien commandant de la Légion Etrangère, finissant sa carrière comme général de corps d'armée, la lourdeur de la sanction est regrettable.

Cela étant, le devoir de réserve est une condition essentielle du statut militaire et tend à croître d'ailleurs avec le degré de responsabilité. Contrairement à des propos souvent mal informés sur la chose militaire ou simplement revendicatifs, il n'en résulte pas que les militaires soient, du fait de l'article L. 4121-2 et de la sévérité de la jurisprudence, des citoyens de seconde catégorie. C'est même exactement le contraire, citoyens de premier ordre, pèsent sur eux des exigences et des sujétions exceptionnelles, et seul le retour à la vie civile (exclu pour les généraux) leur permet de redescendre à la catégorie de « non militaire » et de jouir, ce faisant, d'une pleine liberté d'expression.

Daniel Mainguy

7. Iron Man ou Spider man ? Le « soldat augmenté » à après l'avis du Comité d'éthique de la défense du 18 septembre 2020. D'accord pour un soldat type « Iron man », non à « Spiderman », s'exprimait Florence Parly, ministre de la défense, à l'occasion de la réception de ce premier avis du Comité d'éthique de la Défense, installé début 2020, du 18 septembre 2020 relatif au « soldat augmenté »³⁷. Le « soldat augmenté » est une constante dans l'univers militaire, opposant les progrès de l'opposition du glaive et de la cuirasse, mais aussi de l'emploi de substances améliorant des capacités physiques, cognitives, perceptives ou psychologiques du soldat, ou encore communicationnelles. La littérature ou la fiction en la matière ne manque d'illustrations de ce que pourrait être le « super soldat » de demain, ou, d'ailleurs, de ce qu'il a été, par exemple à travers l'emploi de la « pervitine », une méthamphétamine largement utilisée pendant la seconde guerre mondiale, notamment dans les armées allemandes afin de vaincre fatigue, émotions, douleurs et peur. On est loin donc de la promotion de l'idéal de la « rusticité » en vogue dans l'armée de terre française. De la même manière, la figure de « l'homme augmenté » est tout aussi banale³⁸ : paires de lunettes, prothèses dentaires, béquilles voire prothèses remplaçant un membre perdu, sont désormais de l'ordre de l'état acquis de la science médicale, tout comme un certain nombre de médicaments visant à lutter contre le sommeil, à accroître la concentration, etc., particulièrement prisés des étudiants en période d'examen, sans compter la panoplie de remèdes neurologiques. Le perfectionnement des capacités humaines est d'ailleurs consubstantielle des efforts de l'être pour se projeter dans un présent hostile, soit pour améliorer ses propres capacités, soit pour se faire aider par des outils divers, dont le robot, où la question de l'intelligence artificielle joue un rôle nouveau, dans les deux cas³⁹.

Les évolutions techniques et technologiques rendent toujours plus stupéfiantes, ou effrayantes, les propositions d'augmentation, de la pose d'implants communicationnels à des puces permettant le mouvement de personnes dont la moelle épinière aurait été rompue. Acceptable dans une logique thérapeutique, elle l'est beaucoup moins dans une seule perspective de confort, au risque de brouiller bien des certitudes et tabous.

Pour autant, il serait vain d'ignorer les contraintes de la guerre moderne et les capacités technologiques et médicales existantes ou susceptibles d'être mises en œuvre, notamment par d'éventuels adversaires. Si les règles du droit civil peuvent créer des barrières juridiques entre l'ici où ces tabous seraient préservés contre des monstruosité et l'ailleurs où ce serait possible, la question est évidemment bien moins nette dans des situations militaires où l'ailleurs pourrait bien dramatiquement devenir l'ici. Les capacités de défense supposent, en effet, de disposer d'une forme sinon de supériorité opérationnelle en la matière, du moins d'égalité.

Les possibilités en matière militaire sont, hypothétiquement, immenses y compris pour franchir la barrière corporelle par des techniques invasives par des modifications corporelles ou des implants électroniques (vision nocturne, tolérance à la douleur, performances cognitives, communicationnelles, etc.), outre des pratiques pharmacologiques plus traditionnelles.

Le contexte juridique dans lequel une telle augmentation pourrait être envisagée, en France, repose sur les dispositions du Code de la défense dont un certain nombre de paradoxe pourraient être soulignés. A s'en tenir à l'article L. 4111-1 qui dispose que « l'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité », on pourrait penser qu'aucun obstacle technique n'existe pour assurer l'efficacité de cette exigence, tandis que l'article L. 4121-1 rappelle que « les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens » même si « l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint (...) », de telle manière que les dispositions des articles 16-1 et suivants du Code civil, en termes de bioéthique, leur sont applicables, mais aussi le respect, par les chefs, des lois françaises et des règles du droit des conflits armés. Si donc, la mission des armées est d'assurer la défense d'objectifs déterminés par l'autorité politique, *par tous les moyens légaux possibles*, la question de la mesure des limites, physiques et juridiques, de ces moyens se posent, par exemple en termes d'armements autorisés ou de capacités physiques, éventuellement augmentées, du soldat. Par ailleurs, la question mérite d'être envisagée globalement : le militaire a une vie avant et pendant son engagement qui peut le conduire à des pratiques, par exemple en termes d'acuité visuelle, ou des comportements médicaux qui peuvent, ou non, être saisis, notamment par les logiques du service de santé des armées. L'avis, par ailleurs, n'envisage pas les équipements du soldat, les systèmes d'armes ou de visée par exemple, ni les accessoires, comme les exosquelettes, mais les pratiques actuelles, comme l'utilisation de substances modifiant la vigilance encadrée par une instruction du 4 mai 2015, les traitements divers contre diverses maladies, et les évolutions susceptibles de se développer sur une dizaine d'années (soit deux lois de programmation militaire), ceci, tout en recommandant « de ne pas inhiber la recherche sur le soldat augmenté (...) afin d'éviter tout risque de décrochage capacitaire de nos armées » (principe n°8).

³⁶ CE 22 sept. 2017, n°404921, AJDA, 2017, p. 1977, note E. Aubin, AJDA, 2018, p. 229, note J. Charruau, . Adde : CE 12 janv. 2011, n° 338461, *Matelly*, AJDA 2011. 623, note E. Aubin (militaire critiquant la réforme de la gendarmerie par N. Sarkozy).

³⁷ Cf. G. Loiseau, « Le soldat augmenté », JCP 2021, 65.

³⁸ G. Loiseau, *Le droit des personnes* : Ellipses, 2e éd., 2020, n° 448 s.

³⁹ Cf. H. Barbier, « Intelligence artificielle et éthique » in *Droit de l'intelligence artificielle*, A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), LGDJ, 2019, p. 9, D. Mainguy, « La personnalité juridique des robots, le nouvel âge de la machine », in C. Vial (dir.) *Droit des êtres humains et droit des autres entités, une nouvelle frontière*, Montpellier, 16-17 mai 2019, à paraître 2021.

Tout procédé invasif via des implants par exemple, est, pour l'instant, exclu, ne serait-ce que parce que ce type de transformation est sinon définitif du moins pas permanent, de telle manière que, durant ses loisirs ou revenu à la vie civile il resterait augmenté, voire une arme, outre le fait que des augmentations, par exemples électroniques, peuvent constituer potentiellement autant de vulnérabilités par une cyberattaque par exemple. Il demeure que les risques d'emplois de substances diverses peuvent emporter un certain nombre de risque, d'addiction en premier lieu mais encore de déséquilibres physiologiques, voire de difficultés sociales, par création de différences entre les soldats augmentés et les autres, ces derniers pouvant être considérés comme susceptible de créer des freins voire des dangers pour les premiers. Aussi « tout militaire, quelles que soient sa formation et sa spécialité, a vocation à combattre et peut, dans certains cas, être concerné par une augmentation des capacités » (Recomm. n°3) : pas de hiérarchie parallèle donc entre les soldats augmentables et les autres.

Le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine s'oppose donc en principe à des transformations emportant une déshumanisation, pour lui-même, ou pour les tiers, par exemple par l'absorption de substances augmentant l'agressivité ou diminuant la faculté de compassion ou de discernement considérées comme autant de « lignes rouges » (Recomm. n°12, 13 et 14).

La méthode préconisée est principalement hiérarchique, sous la responsabilité du chef d'état-major des armées (Cf. C. déf., art. R. 3121-2), sur la base d'une appréciation en termes de bilans couts/avantages face aux alternatives possibles, pour des utilisations limitées et sur la base d'une doctrine d'emploi, sans se substituer aux formats usuels d'entraînement et de formation, et sous couvert d'une étude de licéité, au regard des règles du droit des conflits armés⁴⁰. Sont ainsi envisagées des techniques de maîtrise du stress, de la fatigue, de la vigilance, de la douleur, de la faim, les vaccins et médicaments, à l'exclusion de substances diminuant la compassion, les opérations sur oreilles, les implants électroniques divers, à l'exception de ceux permettant de donner accès à une infrastructure par exemple.

L'avis propose donc que la recherche sur le soldat français augmenté se réalise dans les conditions existantes, à l'exclusion de la création de soldats cyborgs, tout en précisant que l'observation des activités des adversaires potentiels pourrait permettre de modifier ce point de vue : ne pas être en retard d'une guerre, par retard technologique. C'est, là, reposer la question déjà connue de l'acquisition, ou non, de l'arme atomique.

Daniel Mainguy

8. « La barbe ! » Cass. soc. 8 juill. 2020, n°18-23.743, CE, Ch. réun., 12 févr. 2020, n°418299. Le port de la barbe et de la moustache ont été strictement réglementés pour le militaire en France, pendant plus d'un siècle et jusqu'à récemment. Successivement rendues obligatoires et interdites au XIXe siècle, elles ont été régies de façon variable selon les armées et les régiments. Le décret du 1^{er} octobre 1966, repris dans le règlement de discipline générale des armées en 1971, limitait finalement le port de la barbe en raison des « exigences de l'hygiène, de la sécurité et du port des effets et équipements spéciaux. »

Aujourd'hui, ces dispositions sont quelque peu assouplies. L'article 16 de l'instruction militaire n° 201710/DEF/SGA/DFP/FM/1 du 4 novembre 2005, prise en

application du décret n° 2005-796 du 15 juillet 2005 relatif à la discipline générale militaire (et abrogé le 10 mai 2017 dans sa version originale), est spécifiquement consacré à la tenue et l'apparence du militaire, sous le titre « Port de l'uniforme militaire ».

Il rappelle que : « de l'état de militaire découle l'obligation pour le personnel de faire preuve quotidiennement d'une rigueur formelle adaptée. » S'agissant en particulier du port de la barbe « (...) peu compatible avec l'emploi de certains équipements, [il] peut être interdit par le commandant de formation administrative (...). La barbe doit être de coupe correcte. »

Cette difficulté est loin d'être futile, et ce même au-delà des contraintes techniques, ou des règles d'hygiène et sécurité, inhérentes à la fonction et aux missions militaires. En effet le développement des fondamentalismes religieux, notamment du radicalisme islamique en France comme dans le monde, apporte sur ce point un enjeu nouveau.

La barbe, en Islam, constitue ainsi un symbole distinguant un vrai croyant du mécréant. Le prophète aurait même ordonné aux fidèles de teindre leur barbe dans des tons rouges ou orangés, de façon à se distinguer des juifs et des chrétiens. Or la couleur noire a été par la suite adoptée par les guerriers s'engageant dans le Jihad : la couleur de la barbe annonce donc, pour le musulman, clairement ses intentions.

Le terrorisme islamiste communique largement par la diffusion des images. Les combattants comme les dirigeants de ces forces, apparaissent systématiquement barbus, la barbe non-colorée. Alors que le port de la barbe résulte de hadits, soit d'une simple recommandation non-obligatoire théologiquement, des groupes terroristes comme les talibans en Afghanistan le rendent obligatoire, sous peine de punition, voire de mort.

C'est la raison pour laquelle certains états du Moyen-Orient recommandent, voire imposent, aux fonctionnaires masculins de ne pas porter la barbe. Il s'agit là encore de se distinguer, moins sur un plan religieux que sur un plan politique.

Or au XXIe siècle cette distinction ne tend plus à présenter au monde un visage occidentalisé, comme ça a longtemps été le cas en Turquie ou au Liban. Il s'agit bien, précisément dans les pays où cette interdiction expresse ou tacite est en vigueur, de s'opposer au terrorisme islamiste opéré par des forces telles que Daesh ou Al Qaïda.

Toutefois les Etats musulmans ne sont pas les seuls à réglementer le port de la barbe, pour des raisons politiques relatives au fondamentalisme religieux. L'armée israélienne a ainsi interdit en 2015 la barbe aux soldats conscrits, excepté pour les religieux produisant un certificat établi par Tsahal.

Les orthodoxes et les politiciens proches de ces fondamentalistes, ont contesté avec éclat cette mesure de discipline militaire, allant jusqu'à la comparer à une humiliation nazie. Or l'objectif réel poursuivi par l'administration israélienne, au-delà des classiques justifications d'hygiène et de sécurité, est justement d'éviter les ségrégations religieuses parmi les soldats.

La France peut quant à elle sembler éloignée de ces considérations : le principe de laïcité en vigueur depuis plus d'un siècle, prohibe en effet toute distinction en fonction des opinions religieuses. Mais une idée n'épargne pas des fracas du monde.

Les frictions géopolitiques aux Proche et Moyen-Orient, voire aux portes de l'Europe au regard de la crise turque, impactent la France de plein fouet. Par ailleurs la crise identitaire ou les replis communautaires liés à l'immigration des cinquante dernières années, agitent les Français eux-mêmes : le fondamentalisme musulman constitue donc un problème actuel et éminent, qui doit être résolu.

⁴⁰ Cf. Conv. Genève 12 août 1949 sur la protection des victimes des conflits armés, 1^{er} Protocole add. 8 juin 1977, art. 36, sur la mise en œuvre de « nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre ».

L'une des illustrations emblématiques de ce problème est le port du voile dit islamique ; après la loi, les jurisprudences judiciaire et administrative semblent établies de façon stable et compréhensible. Désormais c'est un attribut masculin qui perturbe notre société : le port de la barbe génère des litiges que le juge est appelé à trancher.

Nul n'est aveugle sur ces tensions. Il s'agit pour certains de ceux qui arborent ces attributs, d'afficher leurs convictions religieuses. Or le juge, dans le cadre des valeurs défendues par la France, doit discerner entre le respect de la liberté d'opinion et d'expression, et la prohibition du prosélytisme, du communautarisme, de la discrimination abusive etc. soit le mépris de ces valeurs. Les deux affaires ici commentées, et publiées à quelques mois d'intervalle, illustrent cette jurisprudence encore en construction, et qui dépasse les seuls enjeux juridiques traditionnels.

Au-delà en effet des règles du Code du travail ou du statut de la fonction publique, le port de la barbe ou d'un foulard aujourd'hui en France ou en Europe, fait l'objet d'un décryptage social systématique. Seuls les naïfs ou les complices le nieraient.

Il est ainsi certain qu'au-delà d'une coquetterie vestimentaire, ces attributs précis peuvent avoir une signification autre qu'esthétique. La distinction entre l'affichage innocent d'une foi religieuse, que protègent le principe de laïcité, et l'affirmation de valeurs contraires à celles d'une démocratie occidentale, est des plus délicates.

Opérer cette distinction, et fournir une méthode objective pour ce faire, c'est ce qui est demandé à l'institution judiciaire. Il faut espérer que cette dernière prendra en compte les enjeux réels de ces problématiques.

1. Les affaires jugées. La Cour de cassation a été saisie d'un litige portant sur la légitimité du licenciement d'un salarié ayant refusé de tailler sa barbe conformément aux exigences de l'employeur, que ce dernier expliquait résulter du contexte géopolitique de la mission confiée à l'intéressé. Le conseil d'État quant à lui a statué sur la contestation par un stagiaire de la rupture de cette convention de stage par l'administration hospitalière, motivée par le refus de tailler sa barbe interprétée comme un signe d'appartenance religieuse.

Les deux arrêts condamnent la décision de l'employeur. Il convient de revenir sur chacune de ces affaires.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 2020. Les faits sont précisément rappelés par la Chambre sociale : un salarié est recruté comme consultant sûreté, au statut cadre, par une société réalisant dans le monde entier des prestations de sécurité et de défense pour les gouvernements, ONG ou entreprises privées. Le salarié s'est présenté comme spécialiste du Proche et Moyen-Orient.

La mission pour laquelle l'intéressé a été embauché, devait être exécutée au Yémen, où il a dû prendre ses fonctions. Le contrat de travail précise qu'il doit notamment obéir aux lois et règlements des pays dans lesquels il est amené à travailler, ainsi qu'au règlement intérieur des différentes structures des clients, et qu'il doit respecter les us et coutumes des pays dans lesquels il se rend.

Après presque deux ans de collaboration, l'employeur semble recevoir un signalement de la part de ses clients yéménites, selon lequel la barbe que porte le salarié a une connotation religieuse contraire à ce qui est acceptable pour l'entreprise et dans ce pays. Il est alors demandé à l'intéressé de tailler sa barbe différemment, et ce pour sa propre sécurité et celle des personnes auprès desquelles il est affecté.

Le licenciement du salarié a été décidé en raison du refus réitéré par le salarié de tailler sa barbe, dont il ne nie pas la connotation religieuse. Ce licenciement a ensuite été annulé par le juge du fond, solution que confirme la Cour de cassation : la décision de l'employeur repose en effet selon l'arrêt, sur une discrimination

abusive portant sur les convictions politiques et religieuses du salarié.

La Cour de cassation a ainsi rappelé le régime prétorien élaboré quant au fait religieux dans les relations de travail. Ainsi en principe, l'employeur est tenu de respecter et faire respecter les libertés d'opinion et d'expression religieuses (mais aussi politiques, philosophiques, syndicales etc.) dans l'entreprise.

À défaut il commet lui-même le délit de discrimination abusive, régie par les articles L. 1131-1 et suivants du Code du travail. En revanche il peut exceptionnellement limiter l'exercice de ces libertés fondamentales, s'il justifie d'un motif légitime (qu'il doit démontrer objectivement), et que la restriction soit proportionnée au but recherché : ce mécanisme est rappelé à l'article L. 1121-1 du Code du travail.

L'employeur peut aussi décider d'imposer un principe de neutralité au sein de l'entreprise, prohibant ainsi l'expression des opinions religieuses, politiques ou autres (à l'exception des opinions syndicales). Mais ce principe de neutralité devra alors avoir été préalablement inscrit de façon expresse dans le règlement intérieur (article L. 1321-2-1 du Code du travail) ; à l'époque des faits, antérieurs à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 réformant notamment cette mesure, le principe de neutralité n'était de plus possible que pour les salariés en contact avec la clientèle.

Par ailleurs, à défaut d'avoir imposé un principe de neutralité, l'employeur peut encore s'opposer à l'expression dans l'entreprise d'une opinion religieuse, en premier lieu si le salarié porte atteinte à une disposition d'ordre public : c'est le cas notamment pour le voile islamique intégral, qui dissimule la totalité du visage (loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010).

En outre il peut en second lieu restreindre cette liberté d'expression, si cette mesure répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, interprétant l'article 4-§1 de la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000, la notion d'« *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause, et non des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particulier du client (CJUE 14 mars 2017, aff. C-188/15). Or l'arrêt du 8 juillet 2020 relève que l'employeur ne rapporte pas la preuve objective de ce que la façon dont le salarié taillait sa barbe, présentait un danger pour lui-même ou autrui. Par conséquent, et puisqu'il était incontestable que le salarié donnait à sa barbe une connotation religieuse, le licenciement était présumé reposer sur un critère illicite de discrimination. Il devait donc être annulé, le salarié réintégré sur son poste de travail et indemnisé des préjudices subis.

L'arrêt du Conseil d'État, Chambres Réunies, du 12 février 2020. En l'espèce un ressortissant égyptien est accueilli en tant que chirurgien au sein du Centre Hospitalier Général (CHG) de Seine-Saint-Denis sous statut de praticien stagiaire associé, conformément aux articles L. 6134-1 du Code de la santé publique. Dès l'arrivée de l'intéressé, le directeur du CHG constate qu'il porte une barbe dont il ne cache pas la connotation musulmane.

Il est demandé au stagiaire, pour respecter le principe de laïcité, de tailler sa barbe pour en supprimer toute connotation religieuse. Devant son refus, outre une insuffisante maîtrise de la langue française, le directeur du CHG résilie la convention de stage.

Le juge administratif devant lequel le stagiaire conteste cette résiliation, retient que la barbe en cause, malgré sa taille, ne peut pas être regardée objectivement comme un signe d'appartenance religieuse. Toutefois puisque l'intéressé ne niait pas que son apparence physique pouvait être perçue comme un signe

d'appartenance religieuse, son refus de tailler sa barbe légitimait la décision du CHG.

Le Conseil d'État casse cette décision, et renvoie devant une nouvelle cour administrative d'appel, pour être statué au fond. Son raisonnement est certes différent de celui de la Cour de cassation, mais il s'en rapproche et conduit à une solution identique.

L'arrêt du 12 février 2020 rappelle en effet d'abord que les praticiens étrangers accueillis en tant que stagiaire associé dans un établissement public de santé, doivent respecter les obligations qui s'imposent aux agents du service public hospitalier, et qu'à ce titre s'ils bénéficient de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination fondée sur la religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils manifestent leurs croyances religieuses dans le cadre du service public. Pour autant il revient le cas échéant à l'Administration, de caractériser la manifestation expresse par l'agent de convictions religieuses pendant l'exercice des fonctions, constitutive d'une faute.

Là encore la charge de la preuve du manquement par le travailleur à ses obligations, pèse sur le seul employeur, même si dans le cadre d'une mission de service public, ce dernier n'a pas à justifier de motifs restreignant légitimement la liberté d'expression religieuse. En l'espèce, même si le stagiaire reconnaissait que l'esthétique de sa barbe avait une connotation religieuse, et qu'il refusait de la tailler pour cette raison, cette barbe ne constituait pas selon le Conseil d'État, une manifestation suffisante des convictions religieuses de l'intéressé.

Rappelons que la neutralité exigée des agents par application du principe de laïcité dans le secteur public, ne vise pas les signes ostentatoires d'appartenance religieuse ni les comportements prosélytes : la simple manifestation de convictions religieuses suffit. Toutefois l'on doit tolérer les marques discrètes, tels que les bijoux (et désormais la barbe...), dès lors qu'aucune autre circonstance ne manifeste dans l'exercice des fonctions de l'agent, ses convictions religieuses.

2. La problématique. La difficulté à laquelle ont été confrontés les employeurs dans ces affaires, provient clairement de l'identification de la barbe portée par le collaborateur, comme un signe d'appartenance à une communauté religieuse, ici musulmane. Qu'il s'agisse d'une contrainte de sécurité, ou d'ordre public, cette appartenance n'apparaît pas tolérable à l'employeur.

Pour revenir à l'arrêt du 8 juillet 2020, l'entreprise devait assurer ses prestations « *dans des environnements mouvants, instables et dégradés* » en confiant au salarié « *des missions dans des zones à risques* ». Dans ce contexte, tout facteur aggravant le danger inhérent à l'activité, est évidemment à proscrire.

Ainsi le ressenti par la population environnante, de l'appartenance d'un intervenant à l'une des communautés religieuses en conflit, est susceptible pour le moins de compromettre la mission dudit intervenant, au pire de porter atteinte à sa sécurité ou celle de ses partenaires. Cet environnement dangereux justifie d'ailleurs que parmi les obligations du salarié, contractuellement formalisées, lui soit imposé au-delà du respect de la réglementation en vigueur, celui des us et coutumes locaux.

Cette obligation était d'ailleurs renforcée par les qualifications et l'expérience du salarié, spécialiste du Proche et Moyen-Orient, et recruté par une entreprise de conseil dans le domaine de l'information, de l'analyse et de la gestion de risques, l'ayant détaché au Yémen. Dans ces conditions, le refus réitéré par l'intéressé de ne pas porter de barbe à connotation religieuse, est bien de nature à empêcher toute poursuite sûre de sa mission : cela peut conduire à la rupture de son contrat de travail.

De la même manière, tolérer le port par un stagiaire étranger, d'une telle barbe identifiée comme un signe d'appartenance

religieuse, au sein d'un service public où s'applique de façon constante un strict principe de neutralité, et en pratique impossible. En premier lieu cette tolérance est de nature à remettre en cause l'autorité de l'État hospitalier, vis-à-vis des usagers qui eux-mêmes ne sont pas soumis à cette obligation de neutralité, et pour certains même la contestent au nom de leur communauté religieuse.

En second lieu cette tolérance peut heurter les agents attachés au principe de laïcité, de même que les institutions représentatives et les partenaires sociaux. Le statut de la fonction publique s'applique à tous ses agents, y compris au praticien stagiaire relevant des articles L. 6134-1 et suivants du Code de la santé publique.

L'arrêt du 12 février 2020 montre ici que le Juge ne tient pas compte de l'ensemble des enjeux qui ressortissent du port de la barbe par les travailleurs. Il ne s'agit pas de modifier les régimes prétoriens élaborés depuis la fin du siècle dernier, mais bien d'y intégrer ces données factuelles nouvelles, tenant en l'inflammation des conflits orientaux, dont les conséquences atteignent maintenant les territoires européens.

Or les relations de travail, dans le secteur public comme dans le secteur privé, connaissent au quotidien de ces tensions exacerbées tant par le contexte géopolitique que par le communautarisme. Et les solutions publiées par les Hautes Cours, spécialement pour des litiges sensibles, sont regardées comme un guide pour la décision managériale ; en l'espèce le signal donné reste imprécis.

Liberté d'apparence, liberté de se vêtir. L'on connaît ces solutions relatives à l'aspect physique et au choix vestimentaire du salarié. Si l'apparence est un des critères illicites de discrimination visés à l'article L. 1132-1 du Code du travail, la liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale : elle n'en reçoit pas la protection légale (Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273).

Ainsi l'employeur peut-il imposer le port de l'uniforme, ou interdire certaines tenues, pour des raisons de sécurité ou d'hygiène, voire des raisons commerciales (identification par la clientèle : Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40.346). De même l'employeur peut-il imposer une tenue propre et décente, notamment pour les salariés en contact avec la clientèle (Cass. soc. 12 novembre 2008, n° 07-42.220).

Encore l'apparence physique d'un salarié peut-elle être contrainte, notamment lorsqu'un motif sécuritaire l'impose. Pour revenir à l'arrêt du 8 juillet 2020, l'employeur faisait état de ce qu'une « *apparence pouvait justifier une stigmatisation et mettre en péril sa sécurité... Un comportement ou une apparence inappropriés s'apparentant à celles de groupes terroristes aurait [pu le] mettre sérieusement en danger.* »

Il faut rappeler que dans aucune des deux affaires, l'employeur n'exigeait la suppression de la barbe, mais seulement une taille qui écartât toute connotation religieuse. Cette restriction mesurée de la liberté de se vêtir, dès lors que l'attribut en cause n'est pas compatible avec la nature des tâches confiées, pour des raisons de sécurité ou d'ordre public, apparaît à la fois légitime et proportionnée au but recherché.

Or l'exigence d'une justification objective par l'employeur, des raisons de sécurité imposant les restrictions à une liberté individuelle, si elle ne peut être remise en cause, doit être appréciée en fonction de la situation factuelle. Sur ce point le signalement d'un client, d'autant plus lorsque la réalisation de la prestation est délocalisée, constitue la preuve objective d'un risque ou d'un danger encouru localement par le salarié ou ses partenaires.

Si pour reprendre la jurisprudence européenne, les souhaits particuliers d'un client ne constituent pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'information qu'il révèle ne peut en elle-même être mise en cause : celui qui prétend

à son caractère erroné doit démontrer l'abus. La Cour de cassation pouvait sur ce point censurer le juge du fond, sans remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de preuve soumis.

Libertés religieuses. La protection des libertés fondamentales d'opinion et d'expression religieuses, n'interdit pas non plus de restreindre le port de la barbe, dans le secteur privé comme dans le secteur public. L'affaire *Babyloup* a été l'occasion de préciser le raisonnement (Cass. ass. Plén. 16 juin 2014, n° 13-28.369).

Ainsi l'entreprise n'est pas soumise au principe de laïcité ; l'employeur est donc tenu de respecter et faire respecter les convictions et l'expression religieuses des salariés. En revanche ce principe s'applique à l'entreprise de Droit privé, exerçant une mission de service public : leurs salariés doivent respecter une obligation de neutralité, comme les agents publics (Cass. soc. 19 mars 2013, n° 12-11.690).

Toutefois le règlement intérieur peut restreindre dans toute entreprise la liberté d'expression religieuse, dès lors que cette restriction est motivée par une raison légitime, et proportionnée au but recherché, conformément à l'article L. 1121-1 du Code du travail : ainsi en est-il donc par exemple d'une crèche accueillant des enfants. En tout état de cause, et sauf rupture d'égalité entre travailleurs, un salarié ne peut réclamer un traitement particulier en raison de ses croyances religieuses (Cass. soc. 24 mars 1998, n° 95-44.738).

Enfin l'employeur peut sanctionner toute infraction aux dispositions d'ordre public, telle par exemple que le port du voile islamique intégral, sur le fondement de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public. De la même manière peut-il sanctionner les infractions à la réglementation sociale, telle par exemple que les comportements sexistes consistant notamment à refuser de s'adresser à, ou de travailler avec, des collègues féminines (article L. 1142-2-1 du Code du travail).

Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui approuve la sanction d'un salarié refusant l'exécution d'une tâche pour un motif religieux (CEDH 15 janvier 2013, n° 36516/10). La Cour de Justice de l'Union Européenne quant à elle, admet le licenciement d'une salariée décidant soudainement de porter le voile islamique en contravention avec des dispositions du règlement intérieur (CJUE 14 mars 2017, n° C-157/15), mais condamne celui d'une salariée refusant d'ôter son voile à la demande d'un client de l'entreprise, alors qu'elle a toujours été autorisée à travailler avec celui-ci, et que l'employeur n'a pas cherché à modifier son portefeuille de clientèle (CJUE 14 mars 2017, n° C-188/15, précité).

Pour revenir à l'arrêt du 8 juillet 2020, il serait ainsi intéressant de vérifier si l'employeur avait envisagé avant le licenciement, de modifier l'affectation du salarié récalcitrant, ou les missions qui lui étaient confiées et qui le mettaient en contact avec le public. En revanche il est certain que le règlement intérieur applicable en l'espèce, ne mentionnait pas de principe de neutralité : cela imposait à l'employeur, pour restreindre la liberté d'expression religieuse du personnel, notamment celui en contact avec la clientèle, d'établir objectivement l'existence d'un motif sécuritaire ainsi qu'il a été dit précédemment.

Dans le secteur public au contraire, et sur le fondement du principe de laïcité, il est fait interdiction aux agents de porter un signe d'appartenance religieuse, alors même que l'Administration doit respecter leur liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière, qui serait fondée sur leur religion (CE, avis, 3 mai 2000 n° 217017). Cette solution s'applique notamment de façon constante aux stagiaires du service public hospitalier, qui ne peuvent manifester en service leurs croyances religieuses (CE 28 juillet 2017, n° 390740).

Mais s'agissant précisément du port de la barbe, une décision du Défenseur des droits prévoit que l'on ne peut pas présumer une violation du principe de neutralité, du simple port de la barbe par un agent public. Pourtant l'interdiction de porter la barbe, qui constitue une restriction à une liberté individuelle, peut être imposée si elle est liée à l'hygiène, à la santé et à la sécurité, ainsi que dans le secteur public précisément, à la conciliation avec les devoirs de réserve, de neutralité et l'obligation de dignité (Décision-cadre du Défenseur des droits n° 2019-205 du 2 octobre 2019).

Aussi l'arrêt du Conseil d'État du 12 février 2020 peut-il être regardé à travers le prisme de cette synthèse. L'on y relève que la barbe quelle que soit sa taille, ne peut être considérée en elle-même comme un signe d'appartenance religieuse ; or le CHG n'établissait dans cette affaire aucun autre comportement manifestant les convictions religieuses de l'agent.

On ajoute que la convention de stage de six mois, en l'espèce, avait été résiliée plus de quatre mois après sa prise d'effet : le trouble à l'ordre public, s'il existait, allait bientôt s'éteindre de lui-même. Or aucun autre motif technique tenant par exemple aux exigences du fonctionnement d'un bloc opératoire, ne venait motiver la décision du CHG.

On rappelle en revanche que le principe de neutralité des agents de la fonction publique est strict, et ne se limite pas aux signes ostentatoires d'appartenance religieuse, ou au comportement prosélyte. En l'espèce le stagiaire ne niait pas que sa barbe pouvait être perçue comme un signe d'appartenance religieuse, et il refusait de la tailler pour cette raison : au-delà de sa liberté de conscience, la décision de l'employeur pointait justement son refus de se soumettre au principe de neutralité.

Le juge exige toutefois davantage de preuves. Nonobstant la réalité des difficultés de terrain, il demande à l'employeur public de tolérer cette barbe, comme pour tout signe discret d'appartenance religieuse.

3. Statut des militaires. S'agissant de la fonction publique militaire, comme certains statuts spéciaux dans les corps de sécurité (police, sapeurs-pompiers, CRS), certaines adaptations sont admises, on l'a vu, quant au port de la barbe. La décision précitée du Défenseur des droits du 2 octobre 2019, reprend ces dérogations justifiées par des contraintes techniques ou de sécurité, et qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction.

Un fascicule fourni, intitulé « Expliquer la laïcité française : une pédagogie par l'exemple de la « laïcité militaire », reprend à destination du public les mécanismes fondamentaux du principe français de laïcité, et les illustre à travers de nombreuses solutions pratiques. Sont expliqués ensuite les mécanismes propres à l'institution militaire, et notamment les enjeux auxquels cette dernière est confrontée tant sur le territoire national que sur les théâtres d'opérations extérieures.

Ce fascicule peut constituer une source d'inspiration efficace aux cadres des forces, dans la gestion de leur personnel. Par ailleurs la nature des missions militaires simplifie souvent le débat : la nécessité de dissimuler une identité ethnique ou religieuse dans un environnement hostile, peut conduire par exemple à raser ou laisser pousser la barbe ou les cheveux.

Des solutions claires sont nécessaires, sinon simples car le problème est complexe, pour appréhender la problématique du fait religieux. S'agissant du port de la barbe, le raisonnement se précise ; il faudra urgemment aborder d'autres questions tout aussi actuelles en la matière, telles que l'enseignement, par exemple, les réseaux sociaux, ou le harcèlement de rue.

Bruno Siau

9. Une « ETAP » de plus ? Accident de saut militaire en parachute : (non-)responsabilité pénale des formateurs et obligation de réitérer les vérifications de sécurité d'un sauteur après « mise en chapelle » (Cass. crim. 8 sept. 2020, n°19-85.103) ? Le statut des militaires, statut spécifique de la fonction publique, leurs confère des droits et obligations particuliers. La partie 4 du Code de la défense intitulée « *Le personnel militaire* », en son titre II, vient préciser les droits et obligations des militaires.

Il en découle notamment que « *Les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint* »⁴¹. Sont par exemple restreintes les opinions ou croyances philosophiques, religieuses ou politiques qui ne peuvent être exprimées durant le service du militaire⁴². En ce sens, il est interdit à tout militaire en activité d'adhérer à des associations ou des groupements ayant un caractère politique⁴³ ou bien encore d'exercer tout droit de grève⁴⁴.

S'il est alors indéniable de parler d'un statut dérogatoire propre aux militaires, cependant il peut se poser la question de l'étendue de ce statut dérogatoire notamment en matière pénale.

Par un arrêt en date du 8 septembre 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation vient préciser la responsabilité pénale du militaire, plus précisément la responsabilité en cas de manquement à une obligation particulière de prudence ou de sécurité, à l'occasion des formations militaires spécifiques, ici, sans doute, l'obtention du « brevet para ».

Dans les faits, un accident a eu lieu lors d'un saut en parachute. Les faits ne sont pas clairement posés dans l'arrêt mais on discerne que le militaire blessé a été au cours d'un exercice de saut et que, au cours de cet exercice, il a été dans un premier temps « mis en chapelle » dans l'avion, c'est-à-dire placé l'arrière de l'avion, avant d'être repositionné à la porte pour le saut. Entre ces deux moments, un élément de sécurité a été modifié, la SOA ((sangle d'ouverture automatique, d'une longueur de quelques mètres et « lovée » en haut du parachute) « partiellement délovée » est-il précisé dans un des moyens, le sauteur ayant « plongé intempestivement », la SOA étant probablement à l'origine de l'accident, sans doute enroulée partiellement ou totalement autour du cou du sauteur. Dans un autre arrêt (Cass. crim. 11 juill. 2017, n°16-85.925), un légionnaire du 2^{ème} REP avait, alors qu'il était en 6^{ème} position, trébucher du fait d'un trou d'air, mis en chapelle puis repositionné, et lors du saut, avait basculé en avant, la SOA s'enroulant autour de son cou provoquant un certain nombre de traumatismes graves. Déjà, dans cet arrêt, s'était posée la question de la vérification des éléments de sécurité du saut (vérification de la SOA, de la fixation du parachute de secours, etc.), effectuée par les moniteurs à l'occasion de l'ordre « debout accrochez », mais non réitérée à l'occasion de la seconde présentation à la porte. Dans l'arrêt de 2020, les faits ne précise pas la gravité des blessures, mais on peut supposer le même type d'accident, une vérification, mise en chapelle, repositionnement et, par exemple, la SOA placée du mauvais côté.

Par ailleurs, à l'occasion de ce saut, étaient présent un chef largueur et un largueur en formation eux-mêmes pour l'obtention, vraisemblablement, du brevet parachutiste de moniteur-largueur, sous le contrôle d'un formateur confirmé. A l'issue de cet accident de saut, ont été poursuivis le largueur en formation ainsi que le formateur, mais point le chef-largueur en formation.

Le pourvoi en cassation s'est formé à la suite du prononcé d'une ordonnance de non-lieu et d'un appel devant la Cour d'appel de

Toulouse, interjeté par la victime, s'avérant infructueux, quant à la responsabilité pénale du formateur et du largueur en formation.

Les moyens mis en avant par la victime sont nombreux comme le non-respect des règles de sécurité du règlement des troupes aéroportées et notamment d'inspection du matériel avant le saut⁴⁵ et dont l'interprétation était en jeu en l'espèce, les particulières de responsabilité pénale des militaires posées par L. 4123-11 du Code de la défense et les règles générales du Code pénal dont l'article 121-3 du Code pénal, mais également sur les caractéristiques du saut (saut effectué en temps de paix, respect des conditions de sécurité, absence d'interdiction de saut prononcée) pour caractériser l'absence d'accomplissement des diligences normales, de son point de vue tout au moins.

La cour de cassation par cet arrêt du 8 septembre 2020, rejette le pourvoi formé par la victime et précise les conditions requises pour que soit engagée la responsabilité pénale d'un militaire dans le cas, très précis, d'une faute d'imprudence ou de négligence, à l'occasion d'un exercice de saut en parachute, en temps de paix, où une difficulté particulière, que l'on ne connaît pas mais qui a justifié la « mise en chapelle », a entraîné un second positionnement à la porte de l'avion, sans que les vérifications de sécurité du sauteur, faites initialement, n'aient été réitérées.

Le problème ici, n'était donc pas de savoir si les consignes de sécurité par les largueurs avaient été respectées, car, à défaut, la responsabilité pénale aurait sans doute posé moins de difficulté, mais de savoir si, une fois ces vérifications réalisées, le fait qu'un incident, dans l'avion, conduise à décaler le saut, supposaient une deuxième vérification de sécurité, dont l'absence aurait justifié la responsabilité pénale des largueurs. La difficulté d'appréciation de la situation était en outre rendue complexe par le fait que les largueurs étaient eux-mêmes en phase de qualification et que le saut, militaire, en parachute, n'est pas véritablement ce que l'on peut considérer comme un exercice paisible. Ou bien il s'agissait d'un premier saut d'initiation, où chaque sauteur est « mis en position » à la porte, et où les vérifications peuvent se faire d'un coup d'œil par le largueur (notamment la position de la SOA selon le sens du saut), ou bien il s'agissait d'un saut opérationnel, en charrette, où seul le premier sauteur est en position à la porte, les autres se précipitant ensuite et où, alors, les vérifications initialement faites important, l'arrêt d'un sauteur étant quasiment impossible. Il semble d'ailleurs que ce soit cette dernière hypothèse qui corresponde à la situation de l'espèce.

Au travers de cet arrêt, est rappelé le principe général posé par l'article 121-3, al. 3 et 4 du Code pénal qui engage la responsabilité pénale de toute personne qui commet un dommage à autrui par manquement à une obligation de prudence ou de sécurité : « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.*

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue

⁴¹ C. déf., art. L. 4121-1.

⁴² C. déf., art. L. 4121-2.

⁴³ C. déf., art. L. 4121-3.

⁴⁴ C. déf., art. L. 4121-4.

⁴⁵ Règlement des troupes aéroportées TAP 111, n° 5242/DEF/EMAT/EMPLOI/TAP le 4 octobre 1985, remplacé depuis par le Règlement interarmées sur la mise à terre des troupes aéroportées (2 livrets), n°D-13-004387/DEF/EMA/EMP.3/NP du 10 avril 2013.

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. »

Cependant, il est également rappelé que l'article L. 4123-11 du Code de la défense vient préciser cette responsabilité des militaires en fonction et énonce que : « Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, les militaires ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie ».

Il en résulte donc, face à un cas de manquement supposé à une obligation de prudence ou de sécurité, que le militaire peut voir sa responsabilité pénale engagée dans les conditions de droit commun de l'article 121-3, al.3 du Code pénal, sous la réserve, s'il s'agit d'une faute non intentionnelles, que soient appréciées ces obligations de prudence et de sécurité, eu regard de leurs compétences, de leur autorité mais aussi des circonstances particulières de la mission. On admettra ainsi que, en temps de guerre, sous le feu, cette appréciation soit plus souple qu'en temps de paix, plus souple alors lors d'un exercice opérationnel que lors d'une instruction, etc.

Plus précisément, la Cour de cassation vient rappeler la nécessité de la caractérisation d'une faute afin que la responsabilité du militaire soit engagée. Comme l'énoncent à la fois l'article 121-3, al. 3 du Code pénal et L. 4123-11 du Code de la défense, cette faute peut être établie lorsqu'est démontré le défaut de diligences normales. Il est alors précisé ce qui peut relever ou non d'une « diligence normale », par exemple en l'espèce un contrôle de sécurité réitéré, relevant de l'appréciation du contenu d'une réglementation interne, spécifique aux militaires parachutistes, tenant compte de la nature du saut, des « faits du saut », ici la mise en chapelle, et du comportement du sauteur.

L'ensemble des moyens visaient ainsi à critiquer les motifs de la confirmation de l'ordonnance de non-lieu à l'endroit des trois militaires, le largueur (en général un caporal-chef ou un sergent), le chef largueur (un sous-officier) et le moniteur formateur (un sous-officier supérieur en général) en ce que le saut, fût-il opérationnel était un saut en temps de paix et non un saut de combat, que les largueurs en formation n'auraient pas agi en respectant les règlements militaires en ne vérifiant pas, à nouveau, la sécurité du saut, même dans l'espace des quelques secondes nécessaires, quand bien même ils auraient vu que la SOA était partiellement délovée et, enfin, que le moniteur n'aurait pas donné de consigne précise (mais on ne sait à quel stade de la formation, sans doute le dernier, celui de la qualification, en étaient les candidats).

La Cour rejette l'ensemble des moyens (points 6 à 8) : « 6. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu, l'arrêt attaqué énonce que les diverses phases du saut litigieux se sont déroulées dans des circonstances que le dossier n'a pu préciser, de telle sorte que le passage en chapelle et les conditions du saut demeurent incertains et qu'aucune faute ne peut être établie de façon certaine à l'encontre des largueurs, si ce n'est, éventuellement, d'avoir autorisé un saut après passage en chapelle avec une sangle d'ouverture automatique partiellement délovée, sans qu'il soit établi que cette anomalie soit à l'origine de l'accident.

7. Les juges ajoutent qu'aucune réglementation sur le saut après mise en chapelle n'impose de réitérer le contrôle du parachutiste et qu'il n'est pas réaliste de considérer que les largueurs aient pu apprécier la situation, vérifier la position de la sangle à ouverture automatique (SOA) et contrôler la position du parachutiste qui voulait absolument sauter en quelques secondes.

8. Les juges retiennent que par ailleurs le largueur, M. R..., était sous l'autorité du chef largueur, M. Q..., qui n'a pas été mis en examen, que ces derniers n'étaient pas véritablement habilités puisqu'ils étaient en cours de qualification et sous le contrôle de l'examineur, M. O..., avec une autonomie réduite et que M. O... était quant à lui dans une position où il ne pouvait matériellement intervenir pour vérifier l'équipement et la position du parachutiste et, éventuellement, pour interdire le saut et que rien ne contredit la version de M. Q... selon lequel l'accident est dû à un plongeon intempestif de la victime ».

L'arrêt s'en remet donc à l'appréciation des juges du fond dont on retient qu'ils observent qu'aucune règle particulière n'impose une deuxième vérification après passage en chapelle, d'une part, et que, par ailleurs, la nature et les circonstances du saut n'ont pas permis d'identifier une faute non intentionnelle, même en tenant compte du passage en chapelle et de ce que la SOA était délovée.

La solution est adaptée : le « fait militaire » n'est pas, par nature, un « fait civil ». Il en aurait peut-être été différemment s'il était agi du premier saut de l'obtention du brevet parachutiste ou un saut de démonstration. En revanche, un saut militaire est, sauf ce dernier cas, un « saut de combat », que le combat soit réel ou fictif, de jour ou de nuit, avec armes ou sans arme, sur une zone de saut habituelle ou réelle, etc. On peut penser que les largueurs auraient pu s'inquiéter de de l'observation que la SOA était partiellement délovée, que le sauteur lui-même aurait pu saisir cette situation, etc., de là à considérer que l'on situait dans l'exception de l'article L. 4123-11 c'est-à-dire « qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie » il y avait un pas, civil, que les juges n'ont pas voulu franchir : imposer en effet une deuxième vérification en cas de mise en chapelle, voire simplement d'un incident de saut, serait une atteinte, sans doute assez grave, au caractère opérationnel du saut militaire.

Léa Larrieu et Daniel Mainguy

10 Spécificités et usages du mariage (ou du PACS) des militaires. Les mariages de militaires, entre deux militaires ou avec un ou une civile obéit à la fois à des traditions et des règles particulières.

Les règles légales d'abord. La loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 imposait autrefois aux militaires de demander une autorisation au ministre de la défense et de la justice si le conjoint était étranger. Cette loi a été abrogée par la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005, cette autorisation n'est plus nécessaire.

Elle le demeure toutefois s'agissant d'un militaire servant à titre étranger (légion étrangère) pendant les cinq premières années de son service actif (C.déf., art. L. 4142-4), ce qui suppose de respecter la voie hiérarchique. Cette autorisation est également exigée pour un PACS. Le refus ne peut être justifié que par des motifs relevant de l'intérêt de la défense nationale.

Si l'un des époux est envoyé en OPEX au moment de la cérémonie ou décédé, d'après l'article 96-1 du Code civil, le mariage peut tout de même avoir lieu « en cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national » et même si le futur époux est décédé. Il faut cependant présenter une autorisation du ministre de la justice (le garde des sceaux) et du ministre de la défense. Il convient également que le consentement de l'époux absent soit constaté par l'officier de l'état civil du lieu de résidence de l'époux absent pour les militaires prisonniers de guerre ou internés, par les autorités diplomatiques françaises stationnées dans ce pays. L'acte de consentement est lu par l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage.

Les traditions, ensuite. Le port de l'uniforme militaire est réglementé (C. déf., art. D. 4137-2) de telle manière que, en dehors du service, il dépend des instructions fixées par le Ministre de la défense. Le mariage d'un militaire est l'occasion, outre l'intérêt pour la cérémonie elle-même, pour celui-ci de se présenter dans son état, à sa famille, à ses amis, au monde. La tradition militaire veut même que le militaire ne puisse se marier qu'en grand uniforme, entouré de ses amis et collègues, eux-mêmes en grand uniforme. La tradition est heureusement respectée. Le port de l'uniforme est interdit est autorisé lors de la cérémonie (en mairie ou religieuse et privée) mais il ne doit pas être fait de mélange avec une tenue civile c'est-à-dire qu'il ne lui est pas permis de « personnaliser » la tenue.

Le ou la militaire peut donc porter l'uniforme de parade de son grade, avec tous ses attributs, képi, gants blancs, décorations pendantes (ou « petites décorations » sur tenue de soirée) épée, etc., en mairie ou à l'église

Il ne s'agit que d'une faculté, l'épouse militaire peut choisir une robe traditionnelle (qui doit correspondre aux canons de délicatesse et d'élégance propres aux tenues civiles des militaires) ou un uniforme (mais sans accessoire).

Les amis, collègues, parents, invités militaires peuvent également porter un uniforme, avec leurs accessoires, y compris pour former la « voute d'acier » ou la « voute de képis », saisissante pour tous et occasion de belles photographies.

En termes d'étiquette, il est bon de prévoir également le respect de la hiérarchie dans la préparation du plan de table. Il est d'usage, de bonne courtoisie militaire également, d'informer (et d'inviter) le commandant d'unité et le chef de corps (au moins) à la cérémonie.

Les mêmes règles valent pour les réservistes et anciens militaires (V. Arr. du 14 déc. 2007, art. 2, I, c, relatif au port de l'uniforme militaire par les réservistes de la réserve militaire, les anciens réservistes admis à l'honorariat de leur grade et les anciens militaires n'appartenant à aucune de ces deux catégories). Pour résumer, les réservistes (de la réserve opérationnelle mais non ceux de la réserve citoyenne même s'ils disposent de l'autorisation spéciale de port de l'uniforme), les anciens militaires soumis à l'obligation de disponibilité, peuvent porter, en France, l'uniforme, sans la réserve de l'autorisation préalable de l'autorité compétente (qui peut être donnée de manière générale) qui s'imposerait en revanche pour des manifestations militaires, cérémonies, fêtes militaires, ou prises d'arme.

Le militaire qui se marie ou conclut un PACS bénéficie, en principe d'une permission supplémentaire de trois jours (C. déf., art. R. 4138-26) comme pour une naissance, une adoption, le mariage d'un enfant de militaire, ou du décès d'un parent (5 jours pour le décès du conjoint).

Le mariage d'un militaire assure l'attribution du taux particulier de l'ICM (pour un seul militaire si le mariage concerne deux militaires) le taux n°1, s'ils sont mariés (ou pacsés) depuis deux ans ou ont deux enfants à charge (ou un enfant et une mère veuve à charge) et au taux n°2 avec trois enfants à charge (D. n°59-1193, 13 oct. 1959, art. 3).

L'attribution s'effectue automatiquement par les calculateurs de solde, sous réserve que la situation matrimoniale ait été signalée⁴⁶.

Par ailleurs, l'institution militaire, si elle le peut, tient compte de la situation matrimoniale des époux militaires, de même que

pour les propositions de mutations, en vue du rapprochement d'époux, deux militaires ou deux fonctionnaires⁴⁷.

Le Bureau Environnement Humain de l'unité assure l'assistance du militaire à cet effet. L'article L. 4121-5 du Code de la défense assure ainsi que « Les militaires peuvent être appelés à servir en tout temps et en tout lieu. Dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les mutations tiennent compte de la situation de famille des militaires, notamment lorsque, pour des raisons professionnelles, ils sont séparés : 1° De leur conjoint ; 2° Ou du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité, lorsqu'ils produisent la preuve qu'ils se soumettent à l'obligation d'imposition commune prévue par le code général des impôts ; La liberté de résidence des militaires peut être limitée dans l'intérêt du service. Lorsque les circonstances l'exigent, la liberté de circulation des militaires peut être restreinte.

Charlotte Houllard, Pierre Bodet et Daniel Mainguy

B. Obligations et responsabilités des militaires

11. De la dignité et de la discipline des militaires (Cass. crim. 9 mai 2019). Il existe peu de domaines où les exigences de dignité, de courtoisie et de discipline sont posées si précisément qu'à travers le statut général des militaires C. Déf. Art. L. 4122-1, 4122-3). L'intérêt et la force des armées résident dans la discipline⁴⁸, la neutralité et l'obéissance aux ordres de ses personnels. Le droit pénal militaire est un droit très ancien, qui se démarque naturellement des règles de droit commun applicables aux non-militaires⁴⁹. Le droit des militaires suppose ainsi donc que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants⁵⁰. La discipline, seule, peut contenir la lâcheté, le désordre⁵¹. A bien des égards, la « discipline » peut être considérée, normativement, comme un simple arsenal de règles constituant un système de référence général de telle sorte que le droit des militaires, et notamment le droit pénal militaire, seraient construits sur la base de l'autonomie, au regard du droit commun, et de la sévérité, comme conséquence de l'exigence spécifique de discipline⁵². A un autre égard, plus militaire, la discipline est une question plus subtile, faite de confiance dans ses chefs, dans son engagement et dans ses camarades, d'entraînements collectifs, de capacité d'initiative, de responsabilité liée à la capacité de reconnaître ses erreurs, d'une certaine forme d'honneur et de traditions également (un légionnaire ou un marsouin sans jours d'arrêt est-il véritablement un légionnaire ou un marsouin ?). A titre d'exemple, l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 mai 2019 concernait des militaires, sanctionnés disciplinairement par des jours d'arrêts, et qui contestaient les conditions de leur « détention » sur le fondement de l'article 225-14 du Code pénal, c'est-à-dire « le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine », délit puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende⁵³. En l'espèce il s'agissait de deux légionnaires du 1er REC qui puni, s'étaient constitués partie civile en revendiquant une forme de servitude dont les jours d'arrêts auraient été la punition, constituant donc une atteinte à la dignité de la

⁴⁶ <https://www.defense.gouv.fr/layout/set/print/content/download/515656/8676672/version/1/file/InfoSolde+Oct2017+V2bd.pdf>.

⁴⁷ Cf. Plan Familles <https://www.defense.gouv.fr/familles/votre-espace/plan-d-accompagnement-des-familles/le-plan-famille/le-plan-famille>.

⁴⁸ Cf. Décr. 1^{er} avr. 1933 relatif aux principes généraux d'emploi et d'organisation de l'armée de l'air : « la discipline [fait] la force principale des armées ».

⁴⁹ Cf. L. Saenko, « De la dignité et de la discipline des militaires », obs. sous Cass. crim., 9 mai 2019, D. 2020, p. 372

⁵⁰ Cf. Général Donop, *Commandement et obéissance*, Librairie nationale, 1909.

⁵¹ L. Saenko, « De la dignité et de la discipline des militaires », art. cit.

⁵² C. Saas, « La justice militaire en France », Archives de politique criminelle, vol. 29, n° 1, 2007, p. 183 ; J.-F. Tanguy, « Les militaires du XIX^e siècle : des hommes d'ordre, source de désordres ? », in *La petite délinquance du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, B. Garnot (ss la.dir.), Dijon, EUD, 1998.

⁵³ Cass. crim., 9 mai 2019, D. 2020, p. 372, note L. Saenko, Dr. Pénal, 2019, n°7, p. 25, obs. P. Conte, JCP 2019, p. 1254.

personne. Une ordonnance de non-lieu fut frappée d'appel, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel confirmant le non-lieu : « les locaux militaires d'arrêts, qui correspondent aux pouvoirs dévolus à l'armée, eu égard à ses missions et à son organisation au sein de l'État, d'apporter à titre disciplinaire des restrictions à la liberté, n'entr(ent) pas dans les prévisions de l'article 225-14 du code pénal et les faits dénoncés relatifs aux conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne ne peuv(ent), dans cette circonstance, admettre aucune qualification pénale » et la Cour de cassation rejette le pourvoi : « les faits dénoncés, consistant dans les modalités d'exécution d'une sanction disciplinaire régulièrement prononcée contre des militaires par une autorité légitime, n'entrent pas dans les prévisions de l'article 225-14 du code pénal, lequel ne s'applique qu'à la fourniture d'un logement, moyennant contrepartie, à des personnes qui se trouvent en état de vulnérabilité ou de dépendance ».

Les « arrêts » participent des sanctions disciplinaires dites du 1^{er} groupe, avec l'avertissement ou le blâme, celles du deuxième groupe étant la radiation temporaire, ou la radiation du tableau d'avancement, celles du 3^{ème} groupe, les plus graves, la radiation des cadres ou la résiliation du contrat (C. déf., art. L. 4137-2). La question de la compatibilité entre ces sanctions, les arrêts notamment, et atteinte aux droits fondamentaux du militaire n'est pas nouvelle et la procédure disciplinaire militaire envisage la situation. Ce qui est nouveau ici c'est de tenter de considérer qu'un militaire est une personne vulnérable, qui subissant des jours d'arrêt, est alors soumise à des conditions d'hébergement contraires à sa dignité au sens de l'article 225-14 du Code pénal, texte visant à protéger des travailleurs, domestiques par exemple, contre des conditions indignes d'hébergement u les victimes des marchands de sommeil. A ce compte ce sont les articles 225-13 et suivants qui devraient s'appliquer, voire la séquestration (C. pén., art. 224-1 et s.). La décision rendue le 9 mai 2019 ne traite pas de la sanction en elle-même, c'est-à-dire de la compatibilité entre celle-ci et la faute des militaires, mais de sa conséquence pour un militaire qui, dans le non-respect de son devoir d'obéissance, se heurte à une sanction disciplinaire et la compatibilité avec la protection de ses droits fondamentaux. Elle y affirme alors qu'il n'y a pas d'hébergement, « l'article 225-14 du code pénal, lequel ne s'applique qu'à la fourniture d'un logement, moyennant contrepartie, à des personnes qui se trouvent en état de vulnérabilité ou de dépendance » mais des modalités d'exécution d'une sanction disciplinaire régulièrement prononcée contre des militaires par une autorité légitime, l'article L. 4137-1 du Code de la défense étant par ailleurs conforme à la Constitution⁵⁴. La solution est heureuse pour l'institution militaire mais aussi pour les militaires eux-mêmes dans la mesure où la désobéissance, largement entendue, de l'un risque d'altérer les conditions d'une mission voire la sécurité des autres. L'arrêt ne se prononce pas en revanche sur la question de la vulnérabilité du militaire, au regard de son obligation d'obéissance. Or celle-ci est encadrée aux articles L. 4122-1 et suivants du Code de la défense, les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées, mais dans la limite de la théorie des baïonnettes intelligentes, mais également des exigences de dignité, impartialité, intégrité et probité (C. Déf., art. L. 4122-3) qui traduit le refus de l'humiliation des subordonnés, de l'adversaire ou des populations. Elle constitue

ainsi l'un des piliers fondamentaux de l'institution militaire, telle qu'elle se définit depuis le XIX^{ème} siècle. La société militaire n'est donc pas une société disciplinaire au sens où l'envisageait Michel Foucault et n'est pas une « caporalisation » des soldats, le doigt sur la couture du pantalon. En effet, l'évolution de la société et des mentalités, mais aussi des missions militaires et donc des militaires eux-mêmes, ont permis une transformation profonde des règles de la discipline ou comme affirmait Henri Meyrowitz, « la transformation profonde qui s'est effectuée dans ce domaine (...) permet de réformer les règles de la disciplines, (...) mais en même temps de raffermir, dans une conception spiritualiste du devoir du militaire,, la discipline, base principale de l'efficacité de l'armée ». Si la discipline est encadrée soigneusement c'est parce qu'elle est restrictive de liberté, et que souvent elle demeure ambiguë par nature. Elle demeure cependant très forte tous corps d'armée confondus, très loin de l'état d'esprit du général du Barail qui écrivait dans ses Souvenirs publiés en 1894 que « *L'esprit républicain et l'esprit militaire sont deux états d'âme contradictoires et incompatibles* ». La discipline militaire, au contraire, procède d'une réglementation et d'un esprit républicains, précisément parce que les armées, aujourd'hui, comptent sur les individualités qui la compose, autant que sur la masse des soldats. L'article D. 4137-1 du Code de la défense le traduit : « Le service des armes, l'entraînement au combat, les nécessités de la sécurité et la disponibilité des forces exigent le respect par les militaires d'un ensemble de règles qui constituent la discipline militaire, fondée sur le principe d'obéissance aux ordres. Le militaire adhère à la discipline militaire, qui respecte sa dignité et ses droits. La discipline militaire répond à la fois aux exigences du combat et aux nécessités de la vie en communauté. Elle est plus formelle dans le service qu'en dehors du service, où elle a pour objet d'assurer la vie harmonieuse de la collectivité ».

Alexandra Bruno et Daniel Mainguy

C Rémunération, garantie et protections des militaires

12. Réparation des préjudices des militaires blessés, Jurisprudence Brugnot et choix de compétence (CAA Marseille, 17 nov. 2020, CE 18 nov. 2020, n°427325, Cass. civ. 1 9 sept. 2020, n° 19-16.680). Ce que l'on désigne comme la « jurisprudence Brugnot », bien connue des militaires blessés, repose sur les conséquences de l'arrêt *Brugnot* du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 2005⁵⁵ par lequel le Conseil ouvrait la voie vers le principe d'une réparation intégrale des préjudices subis par les blessés, même sans faute de l'Etat, notamment des préjudices moraux, en sus d'une pension militaire d'invalidité et de l'éventuelle résultat d'une assurance (systématiquement souscrite en OPEX et MCD) réparant les préjudice corporels et économiques, permettant d'écarter la règle ancienne dite du forfait de pension, prévalant jusque-là⁵⁶ : « Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, 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 ; que la

⁵⁴ Cons. const., 27 févr. 2015, n° 2014-450 QPC, D. 2015, p. 492; AJDA 2015, p. 424 ; AJFP 2015, p. 244, comm. J.-C. Videlin.

⁵⁵ CE, 1^{er} juill. 2005, *Brugnot*, AJDA 2005, p. 1490. En l'espèce, le second maître Brugnot avait subi un accident mortel en visitant un avion super-étendard, provoqué par le déclenchement du siège éjectable de l'avion. Le Conseil constatait que la responsabilité de l'Etat était engagée mais que l'accident résultait également pour partie d'une « suite d'actions volontaires et maladroites », le rendant

partiellement imputable à la victime, ce qu'en droit privé on désignerait comme une « faute de la victime ».

⁵⁶ CE, sect. 15 déc. 2000, n°214065, *Castanet*, AJDA 2001, p. 162 et 18 Chron. M. Guymar et P. Collin, D. 2002, p. 523, obs. D. de Béchillon, Dr. Soc. 2001, p. 304, Chron. D. Tabuteau, jurisprudence abandonnée par l'arrêt *Moya-Caville* : CE ass., 4 juill. 2003, n° 211106, AJDA 2003. 1598, n. F. Donnat et D. Casas, D. 2003, p. 1946, AJFP 2003, p. 22, et p. 25 ét. S. Deliancourt, RFDA 2003. 991, concl. D. Chauvaux, p. 1001, note P. Bon.

requérante est ainsi fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rennes s'est fondé sur les dispositions prévoyant l'octroi d'une pension pour rejeter ses conclusions tendant à ce que l'Etat soit condamné à lui verser une indemnité réparant le préjudice moral qu'elle a subi (...). L'arrêt *Hamblin* du 7 octobre 2013⁵⁷ était plus précis encore et appliquant la « nomenclature Dintillhac » mais sans la citer explicitement, décidait que la pension militaire d'invalidité a pour objet de réparer « d'une part, les pertes de revenus et l'incidence professionnelle de l'incapacité physique et, d'autre part, le déficit fonctionnel, entendu comme l'ensemble des préjudices à caractère personnel liés à la perte de la qualité de la vie, aux douleurs permanentes et aux troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales, à l'exclusion des souffrances éprouvées avant la consolidation, du préjudice esthétique, du préjudice sexuel, du préjudice d'agrément lié à l'impossibilité de continuer à pratiquer une activité spécifique, sportive ou de loisirs, et du préjudice d'établissement lié à l'impossibilité de fonder une famille. Lorsqu'elle est assortie de la majoration prévue à l'article L. 18 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, la pension a également pour objet la prise en charge des frais afférents à l'assistance par une tierce personne. En instituant la pension militaire d'invalidité, le législateur a entendu déterminer forfaitairement la réparation à laquelle les militaires peuvent prétendre, au titre des préjudices mentionnés ci-dessus, dans le cadre de l'obligation qui incombe à l'Etat de les garantir contre les risques qu'ils courent dans l'exercice de leur mission. Cependant, si le titulaire d'une pension a subi, du fait de l'infirmité imputable au service, d'autres préjudices que ceux que cette prestation a pour objet de réparer, il peut prétendre à une indemnité complémentaire égale au montant de ces préjudices. En outre, dans l'hypothèse où le dommage engage la responsabilité de l'Etat à un autre titre que la garantie contre les risques courus dans l'exercice des fonctions, et notamment lorsqu'il trouve sa cause dans des soins défectueux dispensés dans un hôpital militaire, l'intéressé peut prétendre à une indemnité complémentaire au titre des préjudices que la pension a pour objet de réparer, si elle n'en assure pas une réparation intégrale. Lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, il incombe au juge administratif de déterminer le montant total des préjudices que la pension a pour objet de réparer, avant toute compensation par cette prestation, d'en déduire le capital représentatif de la pension et d'accorder à l'intéressé une indemnité égale au solde, s'il est positif ». En revanche, en présence d'une faute de l'institution⁵⁸ ou dans le cas d'un défaut d'entretien d'un ouvrage public⁵⁹, la pension militaire d'invalidité n'est pas exclusive, et ouvre la voie à une indemnisation complémentaire s'agissant de la perte de revenus, l'incidence professionnelle ou l'assistance par tierce personne. Dans les deux cas cependant les préjudices moraux, esthétique, sexuel, d'établissement ou d'agrément devenaient alors possibles. L'application de la jurisprudence Brugnot s'effectue par une demande effectuée auprès de l'Institution militaire qui l'instruit, de telle manière que les litiges sont finalement assez rares (comp. CAA Marseille, 17 nov. 2020, demande d'expertise, CAA Nantes, 3 déc. 2015).

Toute autre est la question du choix du juge. Un militaire circule dans un véhicule blindé qu'il conduit dans le cadre d'une mission, au Tchad, et subit un accident. Il assigne l'Agent judiciaire de

l'Etat aux fins de désignation d'un expert, la caisse nationale militaire de sécurité sociale et sa mutuelle, Uneo devant un tribunal de grande instance, l'Agent Judiciaire de l'Etat soulevant une exception d'incompétence au profit du juge administratif, rejetée par la Cour d'appel de Paris (Paris, 30 mai 2018). On peut penser, instinctivement, que l'action, engagée par un militaire blessé soit naturellement exercée contre l'autorité militaire et donc devant le juge administratif. Le pourvoi portait sur cette question de compétence, étant entendu qu'il s'agissait d'une action en réparation, à l'encontre notamment de l'auteur de l'ordre d'exécuter la mission, qui aurait supposément connu la défaillance technique du véhicule. La Cour de cassation constate que le militaire victime, à l'occasion d'un accident de service, causé par un véhicule, pourrait agir contre la personne publique, devant le juge administratif, ou bien agir contre l'auteur de l'accident et former une action en responsabilité contre la personne publique qui se substitue à celui-ci, devant le juge civil, selon les termes d'un jugement du Tribunal des conflits du 16 novembre 2015⁶⁰.

Alain Terral et Daniel Mainguy

13. Cumul d'une pension militaire d'invalidité et d'une allocation temporaire d'invalidité (CE 20 nov. 2020, n°431508). Une élève-officier sous contrat, durant 4 mois et demi, au cours desquels elle a subi un accident de service la conduisant à être rayée des cadres est ensuite recrutée au sein d'un SDIS. Elle avait formulé une demande de pension militaire d'invalidité, rejetée par le ministre de la défense. Durant son activité au sein du SDIS, elle subit un nouvel accident de service et demande à bénéficier d'une allocation temporaire d'invalidité au titre des conséquences de ces deux accidents. Le président du SDIS fait droit à la demande, sous la réserve de l'avis de la Caisse des dépôts et consignations, finalement défavorable. Elle engage alors une action devant le tribunal administratif de Rouen visant à obtenir l'annulation de l'avis de la CDC puis, face au rejet de la demande, forme un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, qui reçoit le pourvoi. En substance, le Conseil d'Etat devait apprécier l'application des règles du Code de la défense, ses articles L. 4123-2 et 4111-2, l'article 2 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, mais également les dispositions générales du statut des fonctionnaires. Pour le Conseil d'Etat, le fonctionnaire, anciennement militaire, doit pouvoir bénéficier du traitement le plus favorable : « dans l'hypothèse où un fonctionnaire territorial a subi successivement deux accidents de service qui, pris isolément, se traduisent chacun par un taux d'incapacité inférieur à 10 %, mais qui, cumulés, atteignent ce seuil, ce fonctionnaire peut prétendre à une allocation temporaire d'invalidité tenant compte de l'ensemble de ces infirmités. Il doit en aller de même, dès lors qu'en conséquence de l'article 119 de la loi du 26 janvier 1984, mentionné au point 3, l'allocation temporaire d'invalidité est allouée dans les mêmes conditions aux fonctionnaires territoriaux et aux fonctionnaires de l'Etat, dans le cas où le fonctionnaire appartenait à la fonction publique de l'Etat à la date du premier accident de service et était devenu fonctionnaire territorial à la date du second accident de service. Les dispositions (...) doivent recevoir la même interprétation dans le cas où le fonctionnaire territorial avait, à la date du premier accident de service, la qualité de militaire, alors même que les

⁵⁷ CE 7 oct. 2013, n°337851, *Ministre de la défense c./ Hamblin*, AJDA 2013, p. 1942, note M.-C. de Montecler, 2014, p. 295, note T. Leleu, RTDciv. 2014, p. 131, obs. P. Jourdain, AJFP 2014, p. 220, note E. Martin.

⁵⁸ CE 15 déc. 2000, préc.

⁵⁹ CE 18 nov. 2020, n°427325 : les dispositions légales et jurisprudentielles Elles ne font en revanche obstacle ni à ce que le fonctionnaire qui subit, du fait de l'invalidité ou de la maladie, des préjudices patrimoniaux d'une autre nature ou des préjudices personnels, obtienne de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de

celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, ni à ce qu'une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage soit engagée contre cette personne publique, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette personne ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien lui incombait ».

⁶⁰ Trib. Confl. 16 nov. 2015, *M. et Mme B./ Ministre des finances et des comptes publics*, n°4036.

conditions d'indemnisation forfaitaire des séquelles des accidents de service dont sont victimes les militaires et les fonctionnaires civils relèvent de régimes différents, dès lors qu'aucune différence de situation ne justifie, au regard du principe d'égalité, compte tenu de la nature et de l'objet de l'allocation temporaire d'invalidité, que l'incapacité résultant d'un premier accident de service subi en qualité de militaire ne soit pas prise en compte pour le bénéfice d'une allocation temporaire d'invalidité alors qu'elle le serait si cet accident avait été subi en tant que fonctionnaire civil. A cet égard, le décret du 2 mai 2005, dont l'article 14 se borne à traiter le cas de l'agent titulaire déjà bénéficiaire d'une allocation temporaire d'invalidité qui passe d'une fonction publique à une autre, ne saurait être interprété comme excluant la prise en compte, pour l'attribution de cette allocation, de l'incapacité résultant d'un accident de service antérieurement subi par un agent alors qu'il avait la qualité de militaire ».

Alain Terral et Daniel Mainguy

III. Droit pénal militaire

A. Le militaire victime

14. Confirmation de la condamnation d'Abdelkader Merah. Cass. Crim. 22 avril 2020, n° 19-83.475. L'affaire Merah aura marqué l'histoire contemporaine puisqu'elle aura ouvert la vague d'attentats⁶¹ qui a frappé la France à partir de 2012. Par le choix de ses victimes, un militaire du premier régiment du train parachutiste, trois militaires du 17^{ème} régiment du génie parachutiste, quatre enfants et n'enseignant d'une école juive, Mohammed Merah a résumé et annoncé les cibles que l'organisation terroriste État islamique et ceux qui s'en réclament viseront dans les années qui suivirent. Lors de l'intervention du RAID destinée à l'arrêter, Mohammed Merah avait reconnu être l'auteur de ces crimes commis à Montauban et à Toulouse en mars 2012. Pourtant, refusant catégoriquement de se rendre, il avait dû être abattu par les policiers et n'aura ainsi jamais eu à affronter les conséquences judiciaires de ses actes. Son frère en revanche, Abdelkader Merah, avait été par la suite appréhendé. Il était notamment soupçonné d'avoir participé au vol du scooter que son frère avait ensuite utilisé pour commettre ses crimes, ce qui lui avait d'ailleurs valu le surnom de « tueur au scooter ». Abdelkader Merah fut alors poursuivi des chefs de vol en bande organisée et en relation avec une entreprise terroriste, d'association de malfaiteurs terroriste criminelle et de complicité d'assassinats et de tentative d'assassinats en relation avec une entreprise terroriste. Le 2 novembre 2017, il fut acquitté de cette dernière qualification par la cour d'assises de Paris, mais reconnu coupable des deux premières et de ce fait condamné à 20 ans de réclusion criminelle. En appel en revanche, la cour d'assises de Paris⁶² l'a reconnu coupable de l'ensemble des faits qui lui étaient reprochés et l'a en conséquence condamné à 30 ans de réclusion criminelle par un arrêt du 18 avril 2019. C'est contre cet arrêt que le pourvoi est formé et son rejet confère à la condamnation d'Abdelkader Merah un caractère définitif.

Le pourvoi soulevait quelques critiques quant au formalisme selon lequel certains témoins avaient déposé à l'audience. Toutefois, ces arguments, rejetés par la chambre criminelle, ne retiendront guère l'attention du commentateur. Bien plus

intéressants étaient les critiques de fond. L'auteur du pourvoi contestait d'une part la preuve de l'élément intentionnel des infractions à caractère terroriste qui lui étaient reprochées et, d'autre part, le cumul des qualifications terroristes opéré par la cour d'assises. Sur ces deux points aussi, la Cour de cassation rejettera ses arguments.

D'une part, l'intention terroriste. Le pourvoi contestait que l'intention terroriste, la volonté de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, ait été démontrée par la cour d'assises d'appel. L'argument était habile : si la cour d'assises n'avait pas réussi à établir que l'accusé adhérait au projet terroriste de son frère, elle n'aurait d'abord pas pu considérer que le vol du scooter était en lien avec une entreprise terroriste. Il n'aurait alors pu être poursuivi que pour un simple vol en réunion. C'est ensuite la qualification de complicité d'assassinats et de tentative d'assassinats en lien avec une entreprise terroriste qui serait purement et simplement tombée puisque la complicité requiert la volonté d'aider l'auteur principal à commettre l'infraction. Faute de volonté de permettre à son frère de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur, Abdelkader Merah n'aurait pu être poursuivi que pour des faits de vol en réunion et n'aurait alors encouru que cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende⁶³. Cependant, la Chambre criminelle repousse ces objections et approuve la motivation de l'arrêt de la cour d'assises d'appel.

Cette motivation reposait notamment sur les contacts soutenus entre les deux frères durant toute la période au cours de laquelle les attentats ont été commis. L'accusé avait été tenu au courant des projets et actions de son frère tout au long de cette période. Il n'ignorait pas l'utilisation que son frère comptait faire du scooter, ce que démontrait le fait que les deux frères s'étaient rendu dans un magasin de scooters pour s'enquérir de la possibilité de géolocaliser le modèle de scooter qu'ils avaient volé, puis dans un magasin de prêt-à-porter afin d'acquérir un blouson discret que Mohammed Merah portait lors des attentats. Il était parfaitement conscient de ce que son frère comptait cibler spécifiquement des militaires français et des enfants choisis en raison de leur religion. Selon la Cour de cassation, ces éléments permettent constituer une motivation suffisante de la condamnation prononcée par la cour d'assises d'appel.

Ce raisonnement ne peut qu'être approuvé, d'autant que la cour d'assises d'appel a, pour retenir la qualification d'association de malfaiteurs terroriste criminelle, relevé de nombreux éléments démontrant l'adhésion de l'accusé à l'idéologie islamiste radicale. Des écrits, ouvrages, documents informatiques et enregistrements de propagande incitant à commettre des attentats et expliquant comment les préparer et les perpétrer tout en échappant à la surveillance policière avaient ainsi été retrouvés en sa possession. Ces éléments, en ce qu'ils sont distincts de la participation active d'Abdelkader Merah au vol du scooter, vont permettre à la Chambre criminelle d'approuver le cumul des qualifications terroristes.

D'autre part donc, le cumul des qualifications terroristes. La jurisprudence semble désormais unanime : « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes »⁶⁴. En vertu du principe *ne bis in idem*, nul ne peut être pénalement

⁶¹ La criminologie nous enseigne que le terrorisme contemporain frappe par vagues : vague des attentats anarchistes à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, vague des attentats d'Action Directe et du Hezbollah entre 1979 et 1987, vague des attentats de 1994 et 1995, etc. V. M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 7^e éd., 2016, p. 145.

⁶² En matière terroriste, les juridictions parisiennes disposent d'une compétence spéciale (C. proc. pén., art. 706-17). En l'espèce, la Cour de cassation avait décidé, par un arrêt n° 18-80.809 du 28 février 2019, que l'appel de la décision rendue par

la cour d'assises de Paris spécialement composée serait portée devant cette même cour d'assises de Paris mais autrement composée.

⁶³ C. pén., art. 311-4, 1^o.

⁶⁴ Crim. 26 oct. 2016, n° 15-84.552 ; D. actu. 7 nov. 2016, obs. Fucini ; D. 2017. Pan. 2501, obs. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2017. 35, obs. Gallois ; JCP G 2017. 16, note Catelan ; Gaz. Pal. 2017. 413, obs. Detraz ; Dr. pénal 2017. comm. 4, obs. Conte ; Crim. 7 déc. 2016, n° 15-87.335 P ; D. actu. 18 janv. 2017, obs. Gallois ; D. 2016. 2572 ; ibid. 2017. 2501, obs. Roujou de Boubée ; RTD com. 2017. 205, obs. Saenko ;

sanctionné plusieurs fois pour un même fait. Une même action, un même comportement ne peut donc être retenu à la fois pour caractériser deux qualifications pénales distinctes⁶⁵, pas plus qu'il ne peut être utilisé pour établir en même temps un élément constitutif et une circonstance aggravante d'une infraction⁶⁶. L'auteur du pourvoi prétendait utiliser cet état du droit pour échapper au cumul des qualifications de vol aggravé et de complicité d'assassinats et de tentative d'assassinats en lien avec une entreprise terroriste d'une part et d'association de malfaiteurs terroriste criminelle d'autre part. Selon lui, la cour d'appel aurait fondé toutes ces qualifications et les condamnations correspondantes sur les mêmes faits, à savoir notamment les fréquents contacts entre les deux frères. Les différents éléments de preuve établissant l'adhésion de l'accusé à l'idéologie islamiste radicale auraient ainsi été retenus à la fois pour établir la circonstance aggravante de terrorisme des infractions de vol et d'assassinats et pour constituer l'infraction autonome d'association de malfaiteurs terroriste.

Sur la forme, l'argument paraît bancal en ce qu'il considère à tort que la qualification terroriste constitue une circonstance aggravante d'infractions générales. Or, les infractions terroristes ne sont pas des infractions classiques aggravées, ce sont des infractions autonomes (bien que certaines empruntent certains de leurs éléments constitutifs à des infractions plus générales)⁶⁷. Sur le fond, l'argument ne convainc pas davantage au regard de la multiplicité des éléments factuels relevés par la cour d'appel. Ce sont bien des éléments distincts, des actes différents qui ont permis de constituer chacune des infractions relevées à l'encontre de l'accusé. Le vol du scooter en réunion était établi par la participation de l'accusé à ce forfait : il accompagnait son frère lors du vol et l'a suivi en voiture pendant que celui-ci conduisait le scooter loin du lieu du vol. La complicité d'assassinats et de tentative d'assassinat était constituée par le fait d'aller acheter un blouson discret pour le compte son frère et de le laisser disposer du scooter pour commettre ses attentats.

L'association de malfaiteurs terroriste criminelle était quant à elle constituée de faits totalement distincts, elle résultait de l'adhésion de l'accusé aux thèses de l'idéologie islamiste radicale dès 2006, à ses contacts fréquents avec d'autres personnes partageant ces doctrines, à ses séjours à l'étranger afin de rencontrer d'autres personnes adhérant à des groupes terroristes (il avait ainsi été sollicité par son frère afin de lui permettre de rencontrer des membres du groupe terroriste Al Qaida au Pakistan, dans la zone de guerre du Waziristan), ou encore à ses nombreux discours haineux à l'égard des militaires et des personnes de confession juive. L'association de malfaiteurs est en effet une infraction-obstacle dont l'objectif est de venir sanctionner le simple fait de préparer une ou plusieurs infractions, avant même que celles-ci ne soient ne serait-ce que tentées. Il était donc nécessaire, pour l'établir, de relever des éléments totalement distincts de ceux qui constituaient les faits de participation active aux attentats commis par son frère (puisque, lorsque l'infraction projetée est commise, l'association de malfaiteurs s'efface au profit de la qualification correspondant à l'acte commis).

La Chambre criminelle a pu constater la parfaite rigueur avec laquelle la cour d'appel a distingué les différentes qualifications pour lesquelles elle a reconnu l'accusé coupable. Nulle atteinte au principe *non bis in idem*, donc aucune raison de remettre en cause les condamnations prononcées par la cour d'appel. Sauf à ce qu'Abdelkader Merah ne forme un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation aura mis un point final au volet pénal de cette affaire hors norme.

Éloi Clément

15. L'affaire des rétro-commissions dans « Affaire Karachi », le commencement de la fin ou « tout ça pour ça » ? Ass. plén. 13 mars 2020, n° 19-86609, 18-80162, 18-80164, 18-80165), Cour de justice de la République, affaire Karachi. Voilà ce qu'on appelle une « vieille » affaire, qui aura embarrassé l'exécutif depuis 1994 et qui est arrivée devant la Cour de Justice de la République, le 18 janvier 2021 et qui concerne la mort de plusieurs français, à Karachi, même si c'est essentiellement volet « politique » de l'affaire qui intéresse les médias.

Rappelons rapidement les faits : plusieurs contrats de coopération et d'assistance militaire avaient été conclus, en 1994, entre la France et deux Etats, l'Arabie Saoudite et le Pakistan, ayant pour objet l'entretien de bâtiments militaires, la fourniture de missiles, la livraison de frégates, d'un pétrolier ravitailleur et de trois sous-marins, pour un peu plus de 5 milliards de francs avec le Pakistan, près de 30 milliards avec l'Arabie Saoudite, pour des livraisons échelonnées entre 1999 et 2008. Ces contrats avaient été « préparés » par des contrats de consulting avec des « intermédiaires » ayant pour mission de « convaincre » les autorités de ces Etats de conclure ces contrats, et par un autre réseau, celui de M. Ziad Takieddine⁶⁸, regroupant trois autres intermédiaires, auxquels des commissions avaient été versés dans le même sens, mais finalement soupçonnés d'avoir essentiellement pour objectif de verser des « rétro-commissions », entre 1994 et 1996, et dont une partie (10 millions de francs) qui auraient pu servir à financer la campagne présidentielle de M. Balladur en 1995 voire de constituer un « trésor de guerre » pour d'autres et d'autres échéances.

L'ensemble se réalise avant la conclusion de la convention de Mérida de 1997 sur la corruption d'agents publics étrangers, largement promue par les Etats-Unis, c'est-à-dire en un temps où ce type de « pratique », nul n'évoque le mot fâcheux mais le versements de frais commerciaux exceptionnels, dits « FCE », est largement répandu, les sommes versées (6,25% du montant global, auxquels s'ajoutent 4% au deuxième réseau) étant même déclarées, au bureau des affaires internationales du ministère des finances, et fiscalement déductible⁶⁹ (quoique l'ensemble n'ait pas été payé sur décision du président Chirac dès 1995), jusqu'en 1997 (CGI, art. 39). Une société, la SOFMA, société française d'exportation de matériel militaire et aéronautique, société entièrement étatique, ayant pour mission d'organiser les montages juridiques permettant de réaliser ces opérations. Du reste, l'ensemble était *a priori* parfaitement organisé, les règles

Crim. 25 oct. 2017, n° 16-84.133 ; Dr. pénal 2018, n° 1, obs. Conte ; Crim. 24 janv. 2018, n° 16-83.045 ; D. actu. 15 févr. 2018, obs. Fucini ; AJ pénal 2018. 196, obs. Clément ; RSC 2018. 412, obs. Mayaud ; Crim. 14 nov. 2019, n° 18-83.122 ; D. actu. 5 déc. 2019, obs. Fucini ; D. 2020. 204, obs. Delage ; AJ pénal 2020. 83, obs. Lacaze ; Crim. 11 mars 2020, n° 19-84.887 ; Dr. pénal 2020, n° 107, obs. Peltier.

⁶⁵ V. par ex. Crim. 3 déc. 1931 ; Bull. crim. n° 281 ; Crim. 17 juin 1948 ; Bull. crim. n° 163 ; Crim. 13 janv. 1953 ; Bull. crim. n° 12 ; Crim. 23 déc. 1968, n° 67-91.025 ; Crim. 26 mai 1976, n° 75-91.203.

⁶⁶ V. par ex. Crim. 14 oct. 1954 ; Bull. crim. n° 294 ; Crim. 23 juin 1977, n° 77-91.135 ; Crim. 21 mai 1980, n° 79-93.146 ; Crim. 3 oct. 1984, n° 83-92.880 ; Crim. 6 janv. 1999, n° 98-80.730 ; Crim. 20 févr. 2002, n° 00-81.093 ; RSC 2002. 583, obs. Boulou ; ibid. 590, obs. Mayaud.

⁶⁷ En ce sens, V. Y. Mayaud, « Tueries de Toulouse et de Montauban : des assassinats terroristes à l'épreuve de l'aggravation et de l'indivisibilité », obs. ss. Crim. 22 avr. 2020, n° 19-83.475, RSC 2020. 303.

⁶⁸ B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapp. mission d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, *Circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi*, 12 mai 2010 (http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/circonstances_attentat_karachi.asp), p. 61.

⁶⁹ B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapp. mission d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, *Circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi*, 12 mai 2010 préc., p. 59.

en matière de corruption d'agents publics n'étant applicables qu'à des actes visant des agents publics français⁷⁰, jusqu'en 2000. Reste la question des rétro-commissions, susceptibles d'être pénalement sanctionnées, par exemple sur le fondement d'un abus de biens sociaux et du recel de son produit.

Le 8 mai 2002, survient toutefois une conséquence d'une toute autre ampleur : l'attentat de Karachi, quelques jours après la réélection de Jacques Chirac, par l'explosion d'une voiture piégée, faisant quatorze morts dont français travaillant à la DCN (direction de constructions navales).

Une première enquête ouverte aussitôt conclut à un attentat terroriste, tandis qu'un rapport, « Nautilus », destiné à demeurer secret jusqu'à sa saisie en 2008 par le juge Trévidic, qui concluait au lien entre l'arrêt du versement du solde des commissions versées à des militaires et édiles pakistanais (85% environ avaient été payé), donc supposément les rétro-commissions, et l'attentat.

C'est donc ce seul volet, celui des rétro-commissions qui auraient été versées en 1995 pour financer la campagne d'Edouard Balladur, qui est en jeu, quand bien même l'affaire soit évoquée comme « l'affaire Karachi », laissant supposer le lien entre cette question et l'attentat.

La procédure aura été considérablement longue : les juges d'instruction avaient renvoyé le 12 juin 2014 devant le tribunal correctionnel de Paris, pour ces seuls faits touchant à la question des rétro-commissions, Ziad Takieddine et Abdul Rahman Al-Assir, les deux intermédiaires, mais encore les collaborateurs du premier ministre, Nicolas Bazire, Renaud Donnedieu de Vabres et Thierry Gaubert, ainsi que Dominique Castellan, ancien patron de la DCN-I, l'ensemble devenant définitif par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 20 janvier 2017, après cassation le 10 février 2016, d'un premier arrêt de la Cour d'appel de Paris. Plaidé en octobre 2019, la décision était attendue pour le 22 avril 2020, tandis que M. Balladur et M. Léotard relevaient de la Cour de Justice de la République. Saisie en juin 2014, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République avait émis un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction de cette Cour le 19 juin 2014, des chefs d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel, dans les deux dossiers Agosta et Sawari II, s'agissant du deuxième réseau de commissions. Les recours se sont succédés sur la question de la prescription des faits, par pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu, le 28 septembre 2016, par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, se prononçant contre la prescription de l'action publique, pourvoi considéré comme irrecevable par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 13 octobre 2017. La procédure était renouvelée s'agissant des faits considérés comme non prescrits dans l'arrêt du 28 septembre 2016, aboutissant à trois nouveaux arrêts de la commission d'instruction, le 21 décembre 2017, rejetant les demandes de prononcé de prescription, et, sur pourvois, trois ordonnances du premier président de la Cour de cassation, le 30 janvier 2018.

C'est donc finalement le 30 septembre 2019 que la commission d'instruction ordonnait le renvoi de MM. Balladur et Léotard, devant la formation de jugement de la Cour de justice, des chefs de complicité et de recel d'abus de biens sociaux, dont les pourvois engagés à son encontre étaient examinés par

l'assemblée plénière le 13 mars 2020, les rejetant, par un long arrêt dont le détail intéresse principalement les spécialistes de droit de la procédure pénale⁷¹.

La conséquence, finale, est que la Cour de justice de la République doit bien juger MM. Balladur (91 ans) et Léotard (78 ans), vingt-cinq ans après les faits, et de manière séparée des autres protagonistes.

Est-ce la bonne piste ? Est-ce de bonne justice ? On peut en douter, au moins en opportunité : au-delà des questions de prescription, on saisit bien que l'attentat de Karachi a, par l'enquête pénale aussitôt diligentée et les découvertes du juge Trévidic, emporté, comme une lame de fond, les investigations vers la criminalisation des rétro-commissions, dans un contexte, actuel, de défiance généralisée et soupçonneuse à l'encontre de tout ce qui se rapporte à quelque fait que ce soit entourant un sujet politique quelconque. Mais reste une donnée majeure : la portée de ces faits, au regard, d'une part de la validité, qu'une rétroactivité légale ne saurait contredire, de faits de corruption des autorités pakistanaises, dont le mari de Bénazir Bhutto, chef de l'Etat et de ses plus hautes autorités militaires, et d'un attentat mortel, dont l'hypothèse demeure qu'il fût déclenché, non point par les rétro-commissions en question, mais par la décision d'arrêter le paiement de commission, certes de corruption, mais à l'époque valides, par un président de la République nouvellement élu et pressé d'assécher ainsi le camp de son rival vaincu. A vouloir laver, tard, plus propre, on en oublie, finalement, quelques salissures.

Daniel Mainguy

B Le militaire mis en cause

16. Trahisons envers la Chine et la Russie. « Trahison », le terme évoque les temps de guerres, froides ou chaudes. Pourtant, même en dehors de tout conflit, une nation n'a pas que des amis dans l'ordre international. Toute nation, qu'elle soit engagée ou non dans une guerre, se doit de veiller à ce que les autres nations ne puissent aisément interférer dans ses affaires intérieures et compromettre ses intérêts. Une nation se doit de lutter contre la trahison et l'espionnage. Juridiquement, ces deux notions représentent les deux faces d'une même pièce. Trahison et espionnage sont constitués par les mêmes comportements, ce sont les affiliations de leurs auteurs qui les distinguent. Ainsi, selon l'article 411-1 du code pénal, certains comportements portant atteinte aux intérêts de la France « *constituent la trahison lorsqu'ils sont commis par un Français ou un militaire au service de la France et l'espionnage lorsqu'ils sont commis par toute autre personne* ». La presse s'est récemment fait l'écho de deux affaires de trahisons perpétrées dans le premier cas par deux anciens agents retraités de la DGSE (un ancien militaire de carrière et un ancien fonctionnaire civil de la Défense) au profit de la Chine⁷² et dans le second cas par un lieutenant-colonel au profit de la Russie⁷³. La première affaire a donné lieu à des condamnations, la cour d'assises de Paris ayant prononcé des peines de 8 et 12 ans de détention criminelle à l'égard des deux traîtres⁷⁴. Ces situations démontrent l'utilité de l'arsenal juridique français destiné à réprimer les actes de trahison.

⁷⁰ B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapp. mission d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, *Circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi*, préc., p. 59 s.

⁷¹ Cf. S. Fucini, in Dalloz actu, 9 avr. 2020.

⁷² « Soupçonnés de trahison au profit de la Chine, deux espions français devant la justice », *La Dépêche*, 6 juillet 2020 ; « Soupçonnés de trahison au profit de la Chine, deux ex-agents de la DGSE face à la justice », *Le Monde*, 6 juillet 2020.

⁷³ « Un officier français mis en examen et écroué pour espionnage », *Le Monde*, 30 août 2020 ; « Un officier français en poste à l'OTAN accusé d'avoir espionné pour la Russie », *Le Monde*, 31 août 2020 ; « Sept questions sur les accusations

d'espionnage au profit de la Russie visant un officier français », *France Info*, 31 août 2020.

⁷⁴ « Deux ex-agents de la DGSE condamnés pour trahison au profit de la Chine », *Le Monde*, 10 juillet 2020 ; « Pour avoir transmis des informations à la Chine, deux anciens agents de la DGSE ont été condamnés à 8 et 12 ans de prison », *Zone militaire* (www.opex360.com), 11 juillet 2020. L'épouse de l'un des deux anciens agents était également poursuivie pour recel de biens provenant d'une intelligence avec une puissance étrangère. Elle fut également condamnée à quatre ans d'emprisonnement, dont deux assortis du sursis. Par ailleurs, les trois condamnés ont été privés de leurs droits civiques, civils et de famille pour une durée de dix ans.

Schématiquement, le droit français distingue la trahison selon qu'elle est perpétrée en temps de paix ou en temps de guerre.

D'une part, la trahison en temps de paix. Les textes qui la répriment sont contenus dans le code pénal, aux articles 411-2 et suivants. Divers, ils visent à saisir toutes les facettes de la trahison, à appréhender les multiples manières par lesquelles un citoyen français ou un militaire au service de la France peut porter atteinte aux intérêts de la nation. Le champ de la trahison est vaste, cela débute par les intelligences avec des puissances étrangères pour aller jusqu'aux actes d'hostilités ou d'agressions contre la France.

Au singulier, l'intelligence peut désigner la connivence, la communication entre des personnes qui s'entendent l'une avec l'autre. Au pluriel, les intelligences désignent des ententes ou des conventions secrètes. Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents constitue un crime lorsqu'il est commis en vue de susciter des hostilités ou des actes d'agression contre la France⁷⁵. On reconnaît dans cette incrimination la présence d'un dol spécial (l'intention de susciter des hostilités ou des actes d'agressions envers la France), essentielle à la caractérisation de l'infraction. Par hypothèse, nous ne sommes pas en temps de guerre et, par conséquent, la puissance étrangère avec laquelle le traître pactise n'est pas officiellement l'ennemie de la France. Dès lors, le simple fait d'entretenir de bonnes, voire d'excellentes relations avec un pays étranger ne saurait suffire à constituer une trahison. Ce n'est donc qu'en raison du but poursuivi par l'agent, provoquer des agressions envers la France, que son acte devient criminel. Par ailleurs, le fait d'entretenir de telles intelligences constitue un délit lorsqu'il est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation⁷⁶. Ici, point de dol spécial mais une infraction formelle : il suffit que l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation soit possible, potentielle, pour que la répression puisse s'abattre sur l'agent⁷⁷. Cette disposition permet d'assurer la sanction d'une collusion illicite avec l'étranger quand bien-même il n'aurait pas été question de provoquer l'attaque de la France.

Dans le même esprit, le code pénal assure la répression de la livraison d'informations à une puissance étrangère. Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation constitue un crime puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende⁷⁸. Trahison par excellence, comportement typiquement qualifié (à tort) par la presse d'espionnage, la livraison d'informations à l'étranger ne suppose, là encore, qu'une potentialité d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la France. Il n'est d'ailleurs même pas nécessaire que des documents ou des informations aient été effectivement livrées à une puissance, une entreprise ou une organisation étrangères : le simple fait de recueillir de tels éléments en vue de les livrer⁷⁹ ou d'exercer une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de tels éléments⁸⁰ constitue un délit passible de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Si la trahison peut consister en l'information d'une puissance étrangère, elle peut également résider dans la désinformation de la France au bénéfice d'une puissance étrangère. Ainsi, le fait de fournir, en vue de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger, aux autorités civiles ou militaires de la France des informations fausses de nature à les induire en erreur et à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende⁸¹. Cette incrimination permet notamment de sanctionner les agents doubles, sources prétendument au service de la France mais en réalité retournées, voire placées par une puissance étrangère afin de désinformer nos services.

Le Code pénal qualifie encore de trahison différents actes ouvertement hostiles envers la France, son territoire ou ses armées. Tel est le cas du sabotage, entendu comme « le fait de détruire, détériorer ou détourner tout document, matériel, construction, équipement, installation, appareil, dispositif technique ou système de traitement automatisé d'informations ou d'y apporter des malfaçons, lorsque ce fait est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation »⁸². Tel est encore le cas du fait de livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des matériels, constructions, équipements, installations, appareils affectés à la défense nationale⁸³. Enfin, acmé de la trahison, paroxysme des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, est passible de la détention criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende le fait de livrer à une puissance étrangère, à une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents soit des troupes appartenant aux forces armées françaises, soit tout ou partie du territoire national⁸⁴. Ces dernières incriminations n'ont *a priori* pas vocation à être particulièrement appliquées puisque, rappelons-le, elles visent à saisir des comportements commis en temps de paix. Or, il semble difficile d'imaginer une puissance étrangère qui, en temps de paix, puisse mettre la main sur une partie du territoire national. Toutefois, trois raisons invitent à considérer que ces textes conservent une réelle utilité. En premier lieu, ne négligeons pas le fait que l'honneur a parfois pu désertir le champ des relations internationales et les Américains ont par exemple découvert avec l'attaque de Pearl Harbor qu'une déclaration de guerre ne précédait pas toujours l'attaque. Ces textes permettraient de sanctionner lourdement un traître qui permettrait à une puissance étrangère d'attaquer la France sans lui avoir préalablement déclaré la guerre en bonne et due forme. En deuxième lieu justement, gardons à l'esprit que la dynamique des conflits internationaux évolue, de nouvelles formes de menaces non-étatiques surviennent et la guerre officiellement déclarée n'est pas toujours le meilleur moyen d'y faire face. Ainsi, la France n'a officiellement pas connu de guerre depuis la capitulation de l'Allemagne le 8 mai 1945, ce qui ne l'a pourtant pas empêché de prendre part à des conflits. Des actes d'agression ou d'hostilité dirigés contre la France par une organisation non-étatique ou para-étatique sont donc tout à fait concevables. Tout traître qui s'y associerait pourrait être châtié comme il se doit. En troisième lieu, ces textes ont une utilité technique en ce qu'ils constituent la base des incriminations de la trahison en temps de guerre.

⁷⁵ C. pén., art. 411-4. La peine encourue est alors de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.

⁷⁶ C. pén., art. 411-5. La peine encourue est alors de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

⁷⁷ En ce sens, Crim. 23 mars 1982 ; Bull. crim. n° 85 ; Gaz. Pal. 1982. 2. Somm. 290 ; RSC 1983. 253, obs. Vitu ; Crim. 12 févr. 1985 ; Bull. crim. n° 70 ; Gaz. Pal. 1985. 2. Somm. 222, note Doucet ; RSC 1985. 802, obs. Delmas Saint-Hilaire.

⁷⁸ C. pén., art. 411-6.

⁷⁹ C. pén., art. 411-7.

⁸⁰ C. pén., art. 411-8.

⁸¹ C. pén., art. 411-10.

⁸² C. pén., art. 411-9. Le sabotage est passible de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende. Lorsqu'il est commis « dans le but de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger », la peine est aggravée et mon à vingt ans de détention criminelle et 300 000 euros d'amende (C. pén., art. 411-9 al. 2).

⁸³ C. pén., art. 411-3. Ce fait est passible de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.

⁸⁴ C. pén., art. 411-2.

D'autre part donc, la trahison en temps de guerre. Les textes qui la répriment ne figurent pas dans le code pénal mais dans le code de justice militaire, aux articles L. 331-1 et suivants. Ces textes incriminant la trahison en temps de guerre sont de deux ordres : d'abord des textes procédant par renvoi aux incriminations de trahison en temps de paix, ensuite des textes incriminant des formes spécifiques de trahison en temps de guerre.

L'article L. 331-1 du code de justice militaire prévoit que, lorsqu'ils sont commis en temps de guerre, les faits de trahison et d'espionnage prévus aux articles 411-2 à 411-11 du code pénal⁸⁵ sont passibles de la réclusion criminelle à perpétuité et de 750 000 euros une circonstance. Ce texte confère donc à l'état de guerre la statut de circonstance aggravante de l'ensemble des faits de trahison. Originale, cette approche suscite cependant quelques étonnements. Elle aboutit en premier lieu à lisser la gravité de l'ensemble des formes de trahison : alors qu'en temps de paix l'échelle des peines s'étale de sept ans d'emprisonnement à la détention criminelle à perpétuité, la peine encourue est identique pour tous les actes en temps de guerre. En second lieu, cette circonstance aggravante est sans effet sur l'infraction de livraison de tout ou partie du territoire national, de forces armées ou de matériel à une puissance étrangère qui est d'ores et déjà passible de détention criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende. Force est cependant d'admettre qu'on peine à imaginer une peine supérieure adaptée à cette infraction.

Les articles L. 331-2 à L. 331-4 du code de justice militaire prévoient ensuite des formes de trahison spécifiques aux temps de guerre. Constitue ainsi une trahison le fait, pour tout Français ou pour tout militaire au service de la France de porter les armes contre elle⁸⁶. Trahison encore le fait, par toute personne embarquée sur un bâtiment de la marine ou un aéronef militaire, ou sur un navire de commerce convoyé, soit de provoquer la fuite ou d'empêcher le ralliement en présence de l'ennemi ou d'une bande armée, soit de provoquer sans ordre la cessation du combat ou d'amener le pavillon, soit d'occasionner la prise par l'ennemi du bâtiment, de la formation ou de l'aéronef⁸⁷. Trahison enfin le fait, par tout militaire français ou au service de la France et qui serait tombé aux mains de l'ennemi, de négocier sa libération en s'engageant à ne plus porter les armes contre lui⁸⁸. L'ensemble des incriminations contenues dans le code de justice militaire appelle quelques observations. En premier lieu, le passage de la « détention criminelle » à la « réclusion criminelle » indique que ces infractions perdent la nature politique que leur conférait le code pénal⁸⁹. Rien que de très naturel puisque les infractions incriminées par le code de justice militaire ont, par origine, bien davantage vocation à intégrer la catégorie des infractions militaires. La mansuétude qui s'attache traditionnellement au régime de l'infraction politique⁹⁰ s'accorde mal à la gravité de la trahison commise en temps de guerre et au danger que ces actes font peser sur la communauté nationale⁹¹. En second lieu, les incriminations de trahisons spécifiques aux temps de guerre sont pour l'essentiel applicables aux seuls soldats français et militaires au service de la France. Cette dernière référence permet d'appliquer ces textes aux membres de la Légion Étrangère qui n'auraient pas encore acquis la

nationalité française, mais ne se seraient pas moins engagés à servir les intérêts de la France⁹². En revanche, le fait de porter les armes contre la France peut être commis par « tout Français ». Plus général encore, la trahison à bord d'un bâtiment de la marine, d'un aéronef militaire ou d'un navire marchand convoyé peut être commise par toute personne embarquée. Cette extension du champ d'application des incriminations pourrait surprendre dans un code consacré à la justice militaire. Elle se justifie cependant par le fait que ce code régit la procédure permettant la poursuite et la sanction des infractions relevant de la compétence des tribunaux territoriaux des forces armées et des tribunaux militaires aux armées en temps de guerre⁹³. Or, à compter de l'ouverture des hostilités, les juridictions des forces armées sont compétentes pour connaître de tout crime ou délit commis par les nationaux ennemis ou par tout agent au service de l'administration ou des intérêts ennemis, sur le territoire de la République ou sur un territoire soumis à l'autorité de la France ou dans toute zone d'opérations de guerre dès lors que le crime ou délit est commis contre des personnes ou des biens français⁹⁴. De plus, l'article L. 123-1 du code de justice militaire dispose : « Lorsque le présent code définit ou réprime des infractions imputables à des justiciables étrangers aux armées, la juridiction saisie est compétente à l'égard de l'auteur ou du complice, sauf disposition contraire. »

Reste qu'en l'absence d'état de guerre, ce sont les dispositions du code pénal qui auront seules vocation à incriminer et réprimer les trahisons. L'arsenal juridique est en place et, comme l'ont montré les affaires citées en introduction, il fonctionne. Pourtant, sa mise en œuvre n'est pas systématique : les services peuvent avoir la tentation, voire la volonté affirmée, de régler les actes de trahison en sous-main, par d'autres voies. La trahison s'inscrit dans le cadre d'une guerre secrète et, en la matière, le droit n'est pas la réponse favorite des belligérants.

Éloi Clément

⁸⁵ L'article 411-11 du code pénal sanctionne la provocation à la trahison, c'est-à-dire le fait de provoquer autrui à trahir par des promesses, des offres, des pressions, des menaces ou des voies de fait. Ce texte fulmine des peines de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Les articles 411-2 à 411-10 du code pénal ont quant à eux déjà été présentés ci-dessus.

⁸⁶ C. jus. mil., art. L. 331-2. La peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité ainsi que 750 000 euros d'amende.

⁸⁷ C. jus. mil., art. L. 331-3. Ici encore, la peine encourue est de la réclusion criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende.

⁸⁸ C. jus. mil., art. L. 331-4. La peine encourue n'est alors que de cinq ans d'emprisonnement, ce qui s'explique tant par les circonstances particulière de l'infraction que par le fait qu'elle ne consiste pas à porter les armes contre la France, mais à refuser de les porter à son service.

⁸⁹ Sur la distinction entre les peines des infractions de droit commun et les peines des infractions politiques, V. M. Giacomelli, « Détention criminelle », Rép. Pén. Dalloz, 2002, n° 6.

⁹⁰ Sur laquelle V. M. Giacomelli, op. cit., n° 13. Ajoutons à ces précisions que l'infraction politique ne peut donner lieu à extradition (C. proc. pén., art. 696-4, 2°).

⁹¹ En ce sens, V. S. Rayne, « Intérêts fondamentaux de la nation – atteinte aux », Rép. Pén. Dalloz, 2013 [2009], n° 11.

⁹² Le premier des sept commandements du légionnaire lui rappelle ainsi : « Légionnaire, tu es un volontaire servant la France avec honneur et fidélité. »

⁹³ C. jus. mil., art. L. 3.

⁹⁴ C. jus. mil., art. L. 122-3.