

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

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. Une 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.

I. Généralités

II. Droits et obligations des militaires

A. Droit civils et politiques des militaires

B. Obligations et responsabilités des militaires

C Rémunération, garantie et protections des militaires

III. Droit pénal militaire

A. Le militaire victime

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 Chine² et dans le second cas par un lieutenant-colonel au profit de la Russie³. 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 traîtres⁴. Ces situations démontrent l'utilité de l'arsenal juridique français destiné à réprimer les actes de trahison. 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.

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 « 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.

³ « 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

⁴ « 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 civils, civils et de famille pour une durée de dix ans.

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 France⁵. 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 nation⁶. 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'agent⁷. 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'amende⁸. 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 livrer⁹ ou d'exercer une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de tels éléments¹⁰ 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'amende¹¹. 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 »¹². 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 nationale¹³. 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 national¹⁴. 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 précède 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.

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 pénal¹⁵

⁵ C. pén., art. 411-4. La peine encourue est alors de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.

⁶ C. pén., art. 411-5. La peine encourue est alors de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

⁷ 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.

⁸ C. pén., art. 411-6.

⁹ C. pén., art. 411-7.

¹⁰ C. pén., art. 411-8.

¹¹ C. pén., art. 411-10.

¹² 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).

¹³ C. pén., art. 411-3. Ce fait est passible de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.

¹⁴ C. pén., art. 411-2.

¹⁵ 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

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 lier 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 elle¹⁶. 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'aéronef¹⁷. 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 lui¹⁸.

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 pénal¹⁹. 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 politique²⁰ 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 nationale²¹. 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 France²². 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 guerre²³. 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 français²⁴. 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

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.

¹⁶ C. jus. mil., art. L. 331-2. La peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité ainsi que 750 000 euros d'amende.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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°).

²¹ En ce sens, V. S. Rayne, « Intérêts fondamentaux de la nation – atteinte aux », Rép. Pén. Dalloz, 2013 [2009], n° 11.

²² Le premier des sept commandements du légionnaire lui rappelle ainsi : « Légionnaire, tu es un volontaire servant la France avec honneur et fidélité. »

²³ C. jus. mil., art. L. 3.

²⁴ C. jus. mil., art. L. 122-3.