

# LE CONTENTIEUX PÉNAL DE LA DÉFENSE ENTRE TRADITION ET REFONDATION

par

**Robert JOURDAN**

*Docteur en droit*

*Vice-Président au Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence*

Bien peu se soucient encore de la justice militaire : son histoire, ses paradoxes, le délaissement relatif dans lequel elle est tenue.

Qui de nos jours, se préoccupe d'une tradition aussi fortement enracinée ?

En 197 avant Jésus-Christ, les légions romaines mobiles et entraînées surclassent les phalanges de Philippe V de Macédoine en Thessalie. A la fin du siècle, Marius, élu consul, réforme l'armée romaine et écrase les Teutons, près d'Aquae sextiae (Aix-en-Provence), puis les Cimbres à Verceil.

La progression des légions romaines illustre déjà les concepts de projection des forces et d'armée professionnelle. Avec le développement d'une armée de métier, le besoin est apparu d'un lien plus étroit entre le Droit et la discipline sans laquelle il n'y a pas d'armée.

D'où l'invention par les juristes romains de juridictions spéciales pour juger les mercenaires.

Au Bas-Empire, l'Empereur Constantin a complété ce système par la création de juges militaires supérieurs statuant en appel. Cette voie nouvelle serait-elle toujours d'actualité ?

Un outil de défense moderne peut-il se contenter de la loi du 21 juillet 1982 ?

La professionnalisation des armées françaises à l'horizon 2001 va-t-elle entraîner un réajustement de l'outil judiciaire

correspondant ? Le redéploiement des unités terrestres, maritimes et aériennes peut-il s'accommoder de formations spécialisées éclatées dans 37 cours d'appel ou tribunaux supérieurs d'appel ?

Avec la disparition prochaine de la conscription, les opposants à la justice militaire ne peuvent plus compter sur les mêmes relais que par le passé dans l'opinion. Un siècle de contestation des conseils de guerre, puis des tribunaux permanents des forces armées, s'achève dans l'indifférence quasi-générale, malgré la célébration récente du centenaire de l'affaire Dreyfus.

Dans ces conditions, évoquer la jurisprudence des chambres spécialisées depuis 1983, est une tâche difficile alors que les revues juridiques et les banques de données publient à peine quelques décisions par an dans ce domaine. Nous examinerons d'abord un problème central, la compétence des chambres spécialisées (I) avant de traiter deux points sur lesquels aurait pu porter la refonte des T.P.F.A., si elle avait été effectuée à temps :

- les garanties accrues en faveur des victimes (II),

- le régime pénal applicable aux militaires poursuivis (III).

## I. LA COMPÉTENCE DES CHAMBRES SPÉCIALISÉES

Napoléon estimait que *"la justice est une en France; on est citoyen français avant d'être soldat (...). Il faut donc que tous les délits soient soumis d'abord à la juridiction commune toutes les fois qu'elle est présente"*. Il n'arrivera pas cependant à restreindre aux seuls délits militaires la compétence des conseils de guerre.

### 1.1. Les infractions de droit commun commises par un militaire dans l'exécution du service

Le législateur de 1982, désireux de réduire la compétence des juridictions spécialisées, a écarté les infractions de droit commun simplement commises *"par des militaires, soit à l'intérieur d'un établissement militaire, soit dans le service"* (ancienne rédaction de l'article 56 alinéa 2 du Code de justice militaire de 1965).

De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'en tient aux *"crimes et délits de droit commun commis par des militaires au cours d'une mission générale ou de l'accomplissement de tâches contrôlées par l'autorité militaire"*

Elle précise *"que n'entrent pas dans ces catégories les infractions de droit commun commises même à l'intérieur de l'établissement militaire, par des militaires qui ne sont affectés à aucune tâche et n'accomplissent aucun devoir attaché à leurs fonctions, et ainsi n'exécutent aucun service"*.

Pour la Cour suprême *"ne constituent des crimes ou délits de droit commun commis dans l'exécution du service, au sens de l'article 697-1 du Code de procédure pénale, que les infractions commises par un militaire, dans le cadre de la mission de service qui lui est confiée"*<sup>1</sup>.

La compétence des juridictions spécialisées est fixée par les articles 697-1, 697-2 et 697-3 du Code de procédure pénale :

- infractions militaires prévues par le livre III du Code de justice militaire (articles 397 à 476) ;

- crimes et délits de droit commun commis dans l'exécution du service par les militaires, tels que ceux-ci sont définis par les articles 61 à 63 du Code de justice militaire (militaires de carrière ou servant en vertu d'un contrat, appelés du contingent effectuant leur service militaire, assujettis au service de défense ,...).

*Un militaire est de service quand il accomplit un des devoirs qui lui sont commandés, tels qu'une corvée, une garde, un exercice, une prise d'armes. "On est de service (disait le maréchal Niel), quand on exécute un ordre ou quand on accomplit un devoir militaire."*

A l'époque des tribunaux permanents des forces armées, la Cour de Cassation avait admis la compétence de la juridiction militaire pour une infraction de droit commun au cours d'une absence momentanée pendant les heures de service où le prévenu accomplissait une mission régulièrement donnée par ses chefs.

Dans ce cas d'espèce, un sergent était chargé de recevoir les jeunes recrues au fur et à mesure de leur arrivée à la gare de Pau. Il rencontrait dans cette gare une jeune femme qu'il emmenait avec sa voiture jusqu'à un parc public à environ 600 mètres. Là il avait avec elle des relations sexuelles dans le véhicule, puis il regagnait son poste.

Pour retenir sa compétence, le tribunal permanent des forces armées avait constaté que l'infraction avait été commise alors que le prévenu se trouvait en état de service, l'exécution de l'ordre donné n'étant pas achevée et le service continuant à s'imposer.

Confirmant cette décision, la Cour de cassation estimait que les faits avaient été commis dans le cours même d'une mission entreprise en exécution d'ordres régulièrement donnés par les chefs hiérarchiques du prévenu. *"Il n'importe que celui-ci se soit momentanément absenté du lieu qui lui était désigné par sa mission, cette circonstance n'ayant pu avoir pour effet de*

<sup>1</sup> Crim. 2 octobre 1987. *Bull. crim.*, 1987, n° 330 ; R.S.C. 1988, 334 obs. A. Braunschweig.

*le libérer des liens du service qu'il avait été chargé d'accomplir"*<sup>2</sup>.

Une infraction aujourd'hui commise dans ces conditions ne serait pas réputée commise dans l'exécution du service au sens de l'article 697-1 du Code de procédure pénale et ne relèverait pas des chambres spécialisées.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 2 octobre 1987, il s'agissait de sévices sexuels imposés par quatre militaires à un de leurs camarades dans un bâtiment militaire. Le juge d'instruction du tribunal spécialisé de Reims s'était déclaré incompétent au profit de son collègue de Charleville-Mézières, compétent à raison du lieu de commission des faits.

Cette manière de voir, conforme à l'avis du général commandant la région militaire de Metz, allait être consacrée successivement par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Reims (sur appel du procureur de la République de Reims), puis par la Cour de Cassation (sur pourvoi formé par le procureur général près la Cour d'appel de Reims).

Le commentateur de cet arrêt dans la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* observe que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait à choisir entre deux interprétations de l'alinéa 1er de l'article 697-1.

*"La première très large et que soutenait le procureur général, peut se résumer en l'idée que la défense nationale exigeant une disponibilité permanente des forces armées, la notion de service doit s'appliquer à l'ensemble des activités du militaire dès lors qu'il est en mission à l'extérieur d'un établissement militaire, ou qu'il se trouve simplement à l'intérieur de celui-ci. Dans cette seconde hypothèse en effet, il est tenu de demeurer à tout moment sous le contrôle et à la disposition de l'autorité militaire, cette obligation étant un mode d'exécution du service"*.

Suivant une seconde interprétation, l'exécution du service "se limite au temps au

*cours duquel le militaire effectue une mission, qu'elle soit déterminée ou générale, ou accomplit une tâche quelconque mais contrôlée par l'autorité militaire. Il n'est donc plus en service pendant le temps libre qu'il passe, volontairement ou non, à l'intérieur de la caserne, et en conséquence les infractions qu'il peut commettre à un tel moment ne relèvent pas de la compétence de la juridiction spécialisée"*.

Par arrêt du 17 novembre 1993, la chambre criminelle de la Cour de cassation a réaffirmé que "les juridictions compétentes en application des dispositions de l'article 697-1, alinéa 1° du Code de procédure pénale ne peuvent connaître des infractions de droit commun commises à l'intérieur d'un établissement militaire, par des militaires qui ne sont affectés à aucune tâche et n'accomplissent aucun devoir attaché à leurs fonctions et ainsi n'exécutent aucun service"

Tel est le cas de deux gendarmes "mis en examen pour homicide involontaire devant le juge d'instruction de Pontoise territorialement compétent, à la suite du décès accidentel d'un autre gendarme qui se trouvait avoir regagné la chambre de son cantonnement en ayant conservé son arme de service, après une opération de police judiciaire"<sup>3</sup>.

C'est donc à bon droit que la chambre d'accusation de la cour d'appel de Versailles a rejeté la requête tendant au dessaisissement de la juridiction de Pontoise au profit de la chambre spécialisée dans les affaires militaires du tribunal de grande instance de Versailles.

## 1.2. La compétence à l'égard des gendarmes

Par dérogation à l'alinéa 1° de l'article 697-1 du Code de procédure pénale, les juridictions spécialisées en matière militaire ne peuvent connaître des infractions de droit commun imputables aux militaires de la gendarmerie dans l'exercice de leurs fonctions de police judiciaire ou de police administrative. Elles restent néanmoins

<sup>2</sup> Crim. 1er juillet 1970, *Bull. crim.*, 1970, n°220, *La Semaine Juridique* 1970 II 16549.

<sup>3</sup> Crim. 17 novembre 1993, *Bull. crim.*, 1993, n°346, p.871 ; *Gazette du Palais*, 18-19 février, p.15 ; *J.C.P.* 1994, n° 10 tableaux de jurisprudence n° 543 ; *Dalloz Sirey* 1994, I.R., p. 30.

compétentes à leur égard pour les infractions commises dans le service du maintien de l'ordre.

D'après l'ancien article 61 du Code de justice militaire, les gendarmes étaient justiciables des tribunaux militaires sauf pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire et à la constatation des contraventions en matière administrative. L'interprétation donnée alors par la Cour de cassation pour définir de telles fonctions était la suivante : *"les gendarmes ne se trouvent dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire et à la constatations en matière administrative (...) que lorsqu'ils sont chargés de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs et, après l'ouverture d'une information, lorsqu'ils exécutent les délégations des juridictions d'instruction (...) dans tous les autres cas, les militaires de la gendarmerie agissant dans le service relèvent des tribunaux militaires"* <sup>4</sup>.

En l'espèce, un détenu de la prison de la Santé s'était constitué partie civile devant le juge d'instruction de Paris en invoquant des violences commises par des militaires de la garde républicaine et de la gendarmerie mobile.

Ces militaires commandés par un chef d'escadron assuraient, à la demande de la direction de l'administration pénitentiaire, l'exécution d'une décision de mise en liberté d'un détenu qui se refusait à quitter la prison.

Le juge d'instruction, puis la chambre d'accusation, s'étaient déclarés incompétents, s'agissant d'opérations de maintien de l'ordre à la suite d'incidents survenus à l'intérieur de la prison.

De telles violences, à les supposer établies et non justifiées par l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, relèveraient à présent de la juridiction spécialisée en matière militaire en application de l'article 697-1 alinéa 3 in fine du Code de procédure pénale.

Saisie l'année suivante de blessures involontaires causées par un gendarme en mission de surveillance de la circulation sur une autoroute, la Cour de cassation avait estimé que ce militaire *"n'était pas au moment des faits dans l'exercice des fonctions relatives à la police judiciaire et à la constatation des contraventions en matière administrative"* <sup>5</sup>. Là encore, la compétence de la juridiction militaire était alors retenue.

De même, ne constituait pas une infraction commise dans l'exercice des fonctions relatives à la police judiciaire et à la constatation des contraventions en matière administrative, la contravention de blessures involontaires reprochée à un gendarme auteur d'un accident en regagnant sa caserne <sup>6</sup>.

Le gendarme en service lors de l'accident, revenait de la caserne de gendarmerie de Brest, où il avait effectué des travaux, pour se rendre à la caserne de gendarmerie de sa résidence (Landerneau).

### 1.3. La compétence territoriale

Actuellement, l'article 697-3 du code de procédure pénale spécifie que la compétence des juridictions spécialisées est fixée par les articles 42 (compétence du procureur de la République), 52 (compétence du juge d'instruction), 382 (compétence du tribunal correctionnel) et 663 (dessaisissement du juge d'instruction ; critère du lieu de détention).

L'article 697-3 prévoit deux cas d'extension de compétence :

*"Sont également compétentes les juridictions du lieu de l'affectation ou du débarquement"*.

*"En outre, la juridiction territorialement compétente à l'égard des personnels des navires convoyés est celle à laquelle seraient déférés les personnels du navire convoyeur"*.

D'autre part, l'article 697-2 du code de procédure pénale délimite la compétence

<sup>4</sup> Crim. 27 juillet 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n°253.

<sup>5</sup> Crim. 9 novembre 1965, *Bull. crim.*, 1965, n°226.

<sup>6</sup> Crim. 20 mars 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n°126.

respective des juridictions spécialisées et des tribunaux aux armées :

*"Lorsqu'en temps de paix, un tribunal aux armées n'a pas été établi auprès d'une force qui stationne ou opère hors du territoire de la République, les crimes et délits qui seraient de la compétence de ce tribunal sont, sous réserve des conventions internationales, portés devant une des juridictions mentionnées à l'article 697".*

La combinaison des règles de compétence interne et internationale rend parfois malaisée la détermination de la juridiction compétente. Si l'on songe par exemple à une infraction commise par un militaire français sur le territoire libanais ou tchadien, il importe en effet de différencier :

- la compétence de la juridiction française de celle de la juridiction libanaise ou tchadienne ;

- la compétence de la juridiction de droit commun ordinaire (tribunal correctionnel, Cour d'assises) de celle des juridictions spécialisées, voire militaires.

Une fois déterminé le type de juridiction compétente en raison de l'infraction et de la qualité de son auteur, il faut rechercher parmi les juridictions de même nature celle qui est territorialement compétente dans le cas d'espèce considéré.

Déjà, du temps des tribunaux permanents des forces armées, les conflits de compétence n'étaient pas une simple hypothèse d'école. L'existence d'une sous-direction de la justice militaire et le rattachement au ministère de la défense des commissaires du Gouvernement permettaient cependant une assez large unité de jurisprudence et une appréciation uniforme des critères de compétence, notamment internationale, les plus adaptés au caractère itinérant de nos forces opérationnelles.

La rédaction du quatrième alinéa de l'article 697-1 du code de procédure pénale laisse supposer que le législateur de 1982 n'a pas méconnu les difficultés nouvelles pouvant résulter de l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 1982.

Aussi a-t-il paru nécessaire d'éclairer les parquets et les tribunaux sur la conduite à tenir en cas d'incompétence, d'où ce quatrième alinéa ainsi libellé : *"Si le tribunal correctionnel mentionné à l'article 697 se déclare incompétent pour connaître des faits dont il a été saisi, il renvoie le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera; il peut, le ministère public entendu, décerner par la même décision mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu".*

Par ailleurs, la loi du 16 décembre 1992 a actualisé et complété les articles 689 et suivants du Code de procédure pénale relatifs aux infractions commises hors du territoire de la République.

Depuis, les articles 689 et 689-1 sont ainsi rédigés :

Art. 689 - *"Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre 1<sup>o</sup> du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction."*

Art. 689-1. - *"En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable"*.

#### **1.4. La recherche des causes de la mort**

Les articles 697 et suivants du Code de procédure pénale attribuent compétence aux juridictions spécialisées seulement pour l'instruction et le jugement des infractions mentionnées à l'article 697-1.

En conséquence, le juge d'instruction de la juridiction spécialisée n'est pas compétent pour informer sur les causes de la mort d'une personne décédée en milieu militaire

dans le ressort d'un autre tribunal de grande instance.

Le pouvoir de "*requérir information pour recherche des causes de la mort*" (article 74 *in fine*) appartient alors au procureur de la République du lieu de la mort suspecte.

Par hypothèse, l'ouverture d'une information pour recherche des causes de la mort implique qu'à ce stade de la procédure, aucune des infractions mentionnées à l'article 697-1 n'est constituée. La compétence du parquet local et du juge d'instruction du lieu du décès doit donc primer sur celle du parquet et du juge d'instruction spécialisés<sup>7</sup>.

En revanche, si l'information pour recherche des causes de la mort amène la découverte d'indices suffisants de l'une des infractions prévues par l'article 697-1, la compétence des organes spécialisés de poursuite, d'instruction et de jugement s'impose.

Les moyens de nullité éventuellement tirés de l'inobservation de ce partage de compétence ne peuvent plus être soulevés lorsque l'ordonnance de renvoi devant le tribunal est devenue définitive : en effet, cette ordonnance du juge d'instruction "*couvre, s'il en existe, les vices de la procédure*" (article 179 *in fine*).

En tout état de cause, il appartient aux enquêteurs avisés d'une mort suspecte d'un militaire ou en relation avec l'activité militaire, d'informer conjointement le parquet local et le parquet spécialisé.

## II. LES GARANTIES ACCRUES EN FAVEUR DES VICTIMES

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 1982 (1er janvier 1983), la victime d'une infraction d'ordre militaire (ou ses héritiers), peut se constituer partie civile dès l'ouverture des poursuites.

Suivant l'article 698-2 du code de procédure pénale, "*L'action civile en réparation du dommage causé par l'une des infractions mentionnées au premier alinéa de l'article*

7 R. Jourdan "*Droit pénal appliqué aux forces armées*", Éditions La Baule, 1995, p. 85.

*697-1 appartient à ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction*".

Devant le juge d'instruction et la formation de jugement spécialisée, la victime dispose de tous les droits reconnus à la partie civile en droit commun après que le ministère public ait pris l'initiative des poursuites pénales.

En outre, la loi du 16 décembre 1992 permet désormais à la victime de prendre l'initiative des poursuites, par exemple en provoquant l'ouverture d'une information judiciaire par un juge d'instruction. Cette faculté n'est admise cependant qu'en cas "*de décès, de mutilation ou d'infirmité permanente*" (article 697-2 du code de procédure pénale).

Lorsque la constitution de partie civile vise un agent de l'État civil ou militaire, l'action en réparation de la victime ou de ses ayants droit est de la compétence :

- de la juridiction judiciaire si la faute commise est détachable du service (2.1) ;
- de la juridiction administrative (tribunal administratif en premier ressort) si l'infraction résulte d'une faute de service ou non détachable du service (2.2).

### 2.1. La faute détachable du service

Sont détachables du service les fautes personnelles commises par un militaire, dans l'enceinte militaire, hors le cadre de la mission de service qui lui est confiée<sup>8</sup>.

En l'espèce, le délit d'homicide involontaire était totalement étranger à l'activité de cuisinier dévolue au prévenu. La Cour de cassation relève ainsi "*que le décès de la victime est dû à un détournement volontaire de l'usage auquel était normalement destiné le couteau utilisé par le prévenu ; qu'ainsi il peut être reproché à celui-ci une grave faute d'imprudence détachable du service*".

8 Crim. 1er février 1989, *Bull. crim.*, 1989, n° 43, p. 125 ; Crim. 23 février 1994, *Bull. crim.*, 1994, n° 75, p. 163 : accident causé par un militaire, conduisant son véhicule personnel dans une enceinte militaire, mais sur un trajet et pour un motif non imposés par l'exercice des fonctions, "*ce qui excluait la mise en cause de la responsabilité de la personne morale de droit public*".

De même la cour d'appel de Rennes a qualifié de faute personnelle relevant de la compétence du juge judiciaire de droit commun le fait pour un sergent d'avoir frappé un soldat au cours d'une mission.

Elle a en effet estimé que ces coups ayant pour origine un différend d'ordre privé et relationnel se détachent complètement du service <sup>9</sup>.

A l'appui de l'extension donnée à la notion de faute personnelle détachable du service, il convient de citer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation :

*"Vu l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 Fructidor An III ;*

*"Attendu que, dans la soirée du 21 septembre 1983 et dans une chambrée de l'École des mousses à Brest, l'élève Lefebvre a blessé involontairement à l'oeil son camarade Kermarrec avec un compas fourni par l'école ;*

*"Attendu que, pour déclarer incompétentes les juridictions de l'ordre judiciaire l'arrêt attaqué énonce que la blessure, causée par un instrument de service, n'a pas été infligée par un acte volontaire qui constituerait une faute personnelle, en tant que telle détachable du service, mais involontairement ;*

*"Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'une faute, même involontaire, peut constituer une faute personnelle si elle présente une gravité certaine, la cour d'appel, qui n'a pas recherché les circonstances de nature à permettre d'établir le degré de gravité de l'acte commis par M. Lefebvre, n'a pas légalement justifié sa décision ;*

*Par ces motifs :*

*Casse".*<sup>10</sup>

Une faute pénale commise à l'occasion du service et qui présente une gravité inadmissible ne peut être qu'une faute personnelle. De même, par décision du 8 avril 1994, la chambre spécialisée en matière militaire du tribunal de grande instance de Marseille a fait droit à l'action en réparation du préjudice moral subi par les ayants droit

<sup>9</sup> Rennes 18 octobre 1991, *Juris Data*, n° 049703, *La semaine Juridique*, 1992 - IV tableaux de jurisprudence, p. 183.

<sup>10</sup> Cass. Civ. Ière, 2 juin 1993, *Rev. resp. civ. et assur.*, décembre 1993, n°358, p.5, *J.C.P.*, 1993 IV p.232 ; *Gazette du Palais*, 15-16 décembre 1993, p.13.

d'un élève-officier, décédé dans un contexte de non-assistance à personne en péril imputable à un médecin des armées et à un officier supérieur. Ce jugement a rejeté le moyen d'irrecevabilité tiré par la défense de l'absence de mise en cause de l'agent judiciaire du Trésor, de même que celui tendant à l'incompétence au profit de la juridiction administrative.

La juridiction phocéenne devait également souligner qu'à défaut d'une demande de condamnation solidaire émanant de la partie civile, le prévenu lui-même ou le civilement responsable n'ont pas qualité pour demander au tribunal de prononcer la solidarité <sup>11</sup>.

## 2.2. Faute de service ou non détachable du service

Le Tribunal des conflits, depuis l'arrêt Pelletier du 30 juillet 1873, et le Conseil d'État consacrent généralement une conception extensive de la faute de service dès lors que la faute reprochée n'est pas "dépourvue de tout lien avec le service".

Cette solution s'avère plutôt favorable aux victimes, l'administration tenue alors de réparer le dommage étant par hypothèse plus solvable que l'auteur de cette faute.

Ainsi, le tribunal répressif saisi de l'action publique et lié par le principe de la séparation des pouvoirs, doit s'en remettre à l'appréciation de la juridiction administrative pour la réparation du dommage résultant d'une faute de service ou non détachable du service.

Cette règle <sup>12</sup> a été rappelée notamment par un arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1987 : "La loi du 21 juillet 1982 n'a pas dérogé au principe selon lequel les conséquences dommageables d'une faute non détachable de la fonction ne peuvent être appréciées par une juridiction de l'ordre judiciaire dès lors que, la responsabilité de

<sup>11</sup> Pour le civilement responsable *Crim.* 28 février 1989, *Bull. crim.* n°94, *Rev. SC. Crim.* 1989, 723, obs-Vitu. Pour le condamné : *Crim.* 28 mai 1970 *Bull. crim.* n° 174 p. 407.

<sup>12</sup> *Crim.* 19 juin 1974, *Bull. crim.*, 1974, n°228 ;

*Crim.* 23 avril 1976, *Bull. crim.*, 1976, n°123 ;

Tribunal des conflits 14 janvier 1935, *Sirey*, 1935 3, p. 17, note Alibert ("Le fait imputable à ce militaire, dans l'accomplissement d'un service commandé, n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions") ;

Tribunal des conflits, 21 juin 1993, *Bull. Trb. confl.* n°11, p. 15

*l'État se trouvant substituée à celle de l'auteur de cette faute, seuls les tribunaux administratifs sont compétents pour se prononcer sur la réparation du préjudice résultant de celle-ci"* <sup>13</sup>.

De son côté, le Conseil d'État a retenu la compétence de la juridiction administrative dans une affaire où un gendarme avait assassiné une fillette avec son arme de service et en dehors de ses heures de service. Ces faits n'ont pas été dépourvus de tout lien avec le service car les fonctions exercées par le gendarme lui avaient permis de se soustraire aux recherches engagées <sup>14</sup>.

Par ailleurs, il est de principe que les appelés du contingent ayant subi un préjudice corporel dans l'accomplissement de leurs obligations militaires sont fondés, ainsi que leurs ayants droit, même en l'absence de toute faute collective, à en obtenir réparation, dès lors que, suivant l'article L. 62 du Code du service national, le forfait de la pension ne leur est pas opposable.

Toutefois, ce droit à réparation n'est ouvert que lorsque le préjudice est directement imputable au service <sup>15</sup>.

Un arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 1990 a fait application du régime de responsabilité sans faute fondé sur la théorie du risque professionnel : *"les appelés du contingent effectuant leur service national qui subissent, dans l'accomplissement de leurs obligations, un préjudice corporel, sont fondés, ainsi que leurs ayants droit, et en l'absence même de toute faute de la collectivité publique, à en obtenir réparation"*, dès lors *"que le dommage dont les ayants droit demandent réparation est directement imputable à la mission confiée"* <sup>16</sup>.

13 Crim. 3 février 1987, *Bull. crim.*, 1987, n° 57, p.147 ; Crim. 28 octobre 1981, *Bull. crim.*, 1981, n°287, p. 746.

14 Conseil d'État 18 novembre 1988, *J.C.P.* 1989, II 21211, note Pacteau.

15 Conseil d'État, 27 juillet 1990, *Gazette du Palais*, 13-14 février 1991, p.17, *Dalloz - Sommaire* p. 288 ; Conseil d'État 28 juillet 1993. Ministère de la défense c/ Stefani, Annulation de Cour administrative de Lyon, 17 octobre 1990, *La semaine juridique*, 1993 IV, tableaux de jurisprudence, n° 2411, *Dalloz Sirez*, 1993, 36° cahier I.R. p. 221, *Gazette du Palais*, 24-25 novembre 1993, p.5 ; Cour administrative de Lyon, 30 mars 1993, *Gazette du Palais*, 26-28 juin 1994, *Panorama de droit administratif*, p.25.

16 *Dalloz* 1991, *tableaux de jurisprudence* p. 288

En l'espèce, trois appelés du contingent avaient été tués par une avalanche le 7 avril 1976.

On peut enfin signaler, au plan de la réparation de dommages purement matériels, les particularités du droit des assurances en cas d'opérations de guerre <sup>17</sup>.

### III. LE RÉGIME PÉNAL APPLICABLE AUX MILITAIRES POURSUIVIS

La tendance à l'alignement sur le droit commun pour l'action civile s'observe également dans la procédure applicable aux chambres spécialisées.

Il en est ainsi de l'utilisation de la comparution immédiate prévue par l'article 395 du Code de procédure pénale <sup>18</sup>.

Mais le tribunal correctionnel ne pourra statuer que sur le placement éventuel sous mandat de dépôt et le renvoi à une date ultérieure dans l'attente du jugement devant la formation spécialisée <sup>19</sup>.

La prise en compte de la spécificité militaire justifie néanmoins quelques particularités :

- détention des militaires dans des locaux séparés de ceux des délinquants de droit commun (article 698-5 du Code de procédure pénale),
- possibilité de prononcer les peines militaires de la destitution et de la perte de grade (article 698-8),
- entrée dans les établissements militaires, mise à la disposition des enquêteurs d'un militaire en activité de service (articles 698-3 et 698-4) <sup>20</sup>.

17 Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1994, -*Dalloz*, 1994, jurisprudence p.41, note Beignier. Voir également la rubrique "Dommages de guerre" dans le *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Tome II *Dalloz* 1993.

18 Crim., 4 décembre 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 391; Crim., 26 juin 1991, *La semaine juridique*, 1991 IV, Tableaux de jurisprudence, p. 375, *Bull. crim.*, 1991, n°280, p. 713.

19 Crim., 29 avril 1987, *Bull. Crim.*, 1987, n°174.

20 *"Il résulte de l'alinéa 2 de l'article 53 du code de procédure pénale qu'est assimilé au délit flagrant le délit commis dans un établissement militaire dont le chef de corps requiert un officier de police judiciaire de le constater"*. Crim., 26 octobre 1993. *Bull. crim.*, 1993, n°313, p.789.

De même, le contrôle judiciaire n'est pas applicable aux militaires et assimilés devant les juridictions spécialisées et les juridictions militaires <sup>21</sup>.

En outre, la faculté de décerner mandat de dépôt ou d'arrêt à l'audience est limité aux infractions de droit commun et, pour les infractions militaires, à celles soumises à la chambre spécialisée suivant la procédure de comparution immédiate <sup>22</sup>.

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que la punition disciplinaire des arrêts, assortis ou non d'isolement, est réputée détention provisoire : la durée des arrêts s'impute sur la durée de la peine à subir <sup>23</sup>.

En revanche, si l'article 393 du Code de justice militaire permet aux tribunaux militaires de substituer l'emprisonnement à l'amende, sous certaines conditions, ils ne peuvent en aucun cas substituer une peine d'amende à une peine d'emprisonnement <sup>24</sup>.

Enfin, la loi du 16 décembre 1992 a abrogé l'article 738 du Code de procédure pénale qui faisait obstacle au prononcé du sursis avec mise à l'épreuve pour les infractions militaires du ressort des chambres spécialisées <sup>25</sup>.

Deux autres particularités du droit positif retiendront peut-être un jour l'attention de législateur :

- d'une part, la création en 1982 d'une "*Cour d'assises*" inédite dans notre tradition de jury populaire, spécialement composée pour juger les crimes militaires et les crimes de droit commun commis par des militaires dans l'exécution du service s'il existe un risque de divulgation d'un secret de la défense nationale (article 698-7 du Code de procédure pénale).

- d'autre part, le délai de mise en place effective des tribunaux des forces armées en temps de guerre : l'article 699 alinéa 2 laisse supposer que les rédacteurs de la loi du 21 juillet 1982 ne croyaient guère au prompt rétablissement de la justice militaire en cas de conflit ou de crise grave. Ainsi, faute de structures immédiatement disponibles et opérationnelles dès le temps de paix, les affaires de la compétence des juridictions militaires seraient dévolues aux chambres spécialisées le temps nécessaire à cette mise en place. Cette période transitoire démontre que le législateur de 1982 avait conscience du vide créé par l'absence de tribunaux aptes à une mobilisation rapide.

Sans doute, faut-il se rendre à cette évidence que la Convention européenne des droits de l'homme n'aurait pas permis bien longtemps le *statu quo* pour le temps de paix.

Déjà, de 1894 à 1980, plus de quatre-vingt projets ou proposition de lois avaient eu pour objet la suppression ou la réorganisation de la justice militaire, soit un projet ou proposition par an !

Le programme commun de la majorité de 1981 ne fera que donner l'assaut final, au terme d'une "*campagne de cent ans*", orchestrée notamment par la Ligue des droits de l'homme.

Les emblèmes de l'armée résistent mieux à l'épreuve du temps, sauf revers de l'Histoire <sup>26</sup>.

A la formule de Ciceron "*Cedant armae togae*" <sup>27</sup> ne convient-il pas de préférer cette devise brodée, exposée aux Invalides :

"DISCIPLINE OBÉISSANCE A LA LOI  
VIGILENTIA HUSSARDS" <sup>28</sup>

R.J.

21 Article 698-5 du Code de procédure pénale. Crim., 4 janvier 1984, *Bull. crim.*, 1984 n°3.

22 Article 465 du code de procédure pénale. Cour d'appel de Dijon, 4 décembre 1986, *Gazette du Palais*, 13-15 septembre 1987, p.13 ; Crim., 25 avril 1990, *Bull. crim.*, 1990, n°156. Circulaire Crim. 90-07 E1 du 16 juillet 1990.

23 Crim., 28 octobre 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 328. Il faut noter que depuis un arrêt du Conseil d'État du 17 février 1995, la punition des arrêts constitue une mesure faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (*J.C.P.* 1995 II 22426).

24 Crim., 26 septembre 1990, *Bull. crim.*, 1990, n° 323.

25 Crim., 30 septembre 1992, *Bull. crim.*, 1992, n° 298, p.810.

26 Le gouvernement de la première République a fait rassembler et brûler tous les drapeaux des armées du Roi, le 13 août 1793, sur la place de Grève à Paris.

27 Que les armes le cèdent à la toge.

28 Étendard du 7<sup>e</sup> hussards (1793-1803).