



HAL
open science

Le devoir de désobéissance

Anne Rainaud

► **To cite this version:**

Anne Rainaud. Le devoir de désobéissance. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.2916 . hal-03601647

HAL Id: hal-03601647

<https://hal.science/hal-03601647v1>

Submitted on 8 Mar 2022

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Le devoir de désobéissance

in X. LATOUR (dir.), L'autorité et la sécurité : l'exemple de la gendarmerie nationale,
Université Côte d'Azur, 2021

ANNE RAINAUD

Maître de conférences HDR

*Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel,
financier et fiscal (CERDACFF)*

Université Côte d'Azur

Résumé : Le devoir d'obéissance est un principe hiérarchique structurant de l'armée. Pour autant, la période immédiatement postérieure à la seconde guerre mondiale va faire évoluer le droit. Le militaire est alors placé juridiquement dans une situation paradoxale car il existe désormais en droit positif autant un devoir d'obéissance, règle de base fondamentale dans l'armée, qu'un devoir de désobéissance, dicté par un droit de conscience impérieux, ou encore par des normes fondamentales de droit international en ce qu'elles imposent des considérations élémentaires d'humanité. Reste que ce devoir de désobéissance est difficile à mettre en œuvre. Dès lors, celui-ci devrait pouvoir être complété par un utile droit d'alerte qui n'est qu'à l'état embryonnaire, au moins dans l'armée.

Mots-clés : désobéissance ; ordre ; ordre manifestement illégal ; armée ; résistance ; collaboration ; devoir de réserve ; devoir de loyauté

La contestation de l'autorité par un devoir de désobéissance place le militaire dans une situation extrêmement conflictuelle, ne serait-ce même déjà qu'avec lui-même, puisque tout militaire sait qu'il est par principe tenu d'obéir aux ordres émis par sa hiérarchie. *Servitude et grandeurs militaires* décrites par A. de Vigny ne sauraient mieux montrer la force de l'autorité qui amène le militaire à exécuter l'ordre qui pourtant le tourmente.

Ayons en mémoire quelques formules fortes :

La discipline est la force des armées ! G. Washington disait même que « La discipline est l'âme d'une armée. Elle rend impressionnante les nombres réduits, procure la réussite au faible, et la considération à tous ».

L'armée, la grande muette ! Les officiers, depuis la loi du 27 juillet 1872 initiée par A. Thiers, n'avaient pas le droit de voter en raison de la méfiance des Républicains à leurs égards. Le militaire est un agent dont la fonction lui retire certains droits fondamentaux reconnus non seulement aux citoyens mais aussi à d'autres serviteurs de l'État. Il ne peut pas prendre parti dans les luttes politiques, il ne fait pas grève, il ne se syndique pas. Il est « à part ».

En rappelant ces deux expressions célèbres, il est aisé de comprendre que l'armée, et donc la gendarmerie nationale malgré son rattachement récent au ministère de l'Intérieur, est fondamentalement tenue par un devoir d'obéissance. Celui-ci revêt deux aspects essentiels, d'une part une obligation d'obéissance hiérarchique, d'autre part, une obligation de réserve. Cette réserve s'impose tant vis à vis de l'extérieur que de l'intérieur. C'est alors l'obligation faite à tout agent public de ne pas révéler à autrui des renseignements confidentiels recueillis dans l'exercice de ses fonctions¹. Est également visé le devoir de loyauté du subordonné à l'égard de son chef afin de ne pas entamer la crédibilité de celui qui décide.

¹L'obligation de se conformer au secret professionnel pour les agents publics est inscrite à l'article 26, al. 1er de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Obéir, c'est servir l'ordre, l'ordre légal et donc l'ordre légitime ; c'est le choix de la soumission et de la bonne conscience. Pour autant, certains ont fait le choix de la rupture. Servir n'est pas être servile à l'ordre hiérarchique. C'est parfois servir les ordres de sa propre conscience.

Néanmoins, au regard des missions essentielles que joue l'armée, et plus particulièrement la Gendarmerie nationale, dans le contexte actuel des tensions multiples existantes, la question du devoir de désobéissance n'est-elle pas incongrue ?

L'armée assure l'ordre public, la sécurité de l'État et des citoyens, en cas de catastrophes naturelles, technologiques ou de menaces avec une nette intention de nuire, que l'ennemi soit de l'extérieur ou de l'intérieur.

L'armée est aussi parfois amenée à intervenir pour protéger l'État contre ses citoyens. Elle intervient pour mater la rébellion contre l'autorité. L'armée représente l'autorité de l'État et elle est un élément fondamental de sa souveraineté.

L'armée intervient parce que l'État lui donne l'ordre d'aller sur le front et que le militaire est tenu par l'ordre auquel il est soumis par la voie hiérarchique et même constitutionnelle. La constitution française dispose en effet que le Président de la République Française est le chef des armées.

Y a-t-il alors la place pour un devoir de désobéissance dans l'armée, traditionnellement montrée sans volonté propre, mais comme le bras armé du pouvoir politique ?

L'armée vient garantir certes l'ordre public, au sens global du terme, mais aussi un ordre tel que déterminé par l'État ou une majorité politique dans l'État ou même encore par quelques dispositions constitutionnelles. Or, l'ordre étatique reste relatif. Il peut amener à des guerres civiles. Notamment entre les pro et anti gouvernementaux : deux armées se font face, l'armée régulière et l'armée de libération face à l'oppression. Le militaire est ainsi parfois confronté à sa conscience, à ses convictions. Doit-il obéir ou doit-il désobéir ?

Nous soulignerons que le militaire est ici placé, juridiquement, dans une situation paradoxale car il existe en droit positif autant un devoir d'obéissance, qui est un principe hiérarchique structurant dans l'armée, qu'un devoir de désobéissance, dicté par un droit de conscience impérieux, ou encore par des normes « indérogeables » de droit international imposant des considérations élémentaires d'humanité².

On imagine alors aisément le drame du militaire aux prises avec deux devoirs contradictoires et auxquels il se trouve cumulativement tenu en droit.

I. Le devoir d'obéissance, un principe hiérarchique structurant de l'armée

Le devoir d'obéissance est au cœur de l'organisation militaire, pour son efficacité notamment. Déroger au devoir d'obéissance est un exercice périlleux, c'est la posture du cavalier seul. Historiquement, cela est d'autant plus aventureux que les droits de la défense sont quasiment inexistantes. Même à l'heure actuelle, refuser d'obéir n'est pas aisé dans la mesure où ce droit et devoir, reconnu progressivement, ne peut en principe s'exercer que dans les conditions reconnues par les textes.

A. Le devoir d'obéir, une obligation historique et actuelle

Le devoir d'obéir est une obligation pérenne. Cette obligation correspond à un code d'honneur chez les militaires de carrière, parfois moins bien intégré chez les appelés du contingent, et qui se trouve actuellement inscrit dans le code de la défense.

² Cf. M. DELMAS MARTY, Colloque du Conseil d'État, 2013, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/faire-des-choix-les-fonctionnaires-dans-l-europe-des-dictatures-1933-1948>

1. Un code d'honneur chez les individus entrés volontairement dans la carrière

L'adhésion à un statut avec ses devoirs et ses obligations est patent chez le militaire qui choisit d'entrer dans la carrière. Le statut est en effet exigeant puisqu'il inclut le sacrifice pour la Patrie. La mission de défense demande non seulement une grande capacité de courage mais aussi d'abnégation.

Le militaire est lié par un contrat léonin avec le Roi, selon la formule que l'on prête à Vauban ; il se dévoue complètement à la cause qu'il sert en obéissant au chef³.

L'obéissance dans l'armée garantie par ailleurs l'efficacité de l'action collective. La guerre est une violence ordonnée. Par exemple, la tactique dans l'infanterie du tir par salves suppose de recharger l'arme de manière millimétrée et orchestrée. L'utilité de l'obéissance est évidente.

2. Un devoir d'obéissance moins bien intégré chez les non professionnels

On retrouve ici les hypothèses de la conscription et de la mobilisation générale qui permettent de donner quelques illustrations.

Pensons tout d'abord aux mutineries de 1917 face auxquelles s'est trouvée confrontée l'armée française.

Il y eut des cas manifestes de désobéissance face à la doctrine de l'offensive à outrance dont on sait, à partir des archives de la justice militaire, qu'il y eut 629 condamnations à mort entre le 16 avril 1917 et le 31 janvier 1918. Un certain nombre de mutins furent exécutés (75), les autres, graciés par le président de la République⁴. Cet épisode fut du reste retracé dans le film de S. KUBRICK

³Voir l'émission France culture 2019 <https://www.franceculture.fr/emissions/concordance-des-temps/desobeissance-militaire>

⁴Cf. G. PEDRONCINI, *Les Mutineries de 1917*, PUF, Série "Recherches", 1967

« Les sentiers de la gloire » qui fut censuré jusqu'en 1981. La sanction à la désobéissance est une garantie traditionnelle de l'exécution de l'ordre. Sous la Rome antique, pendant la République, la décimation permet de lutter contre les mutins ou les déserteurs.

Le cas des déserteurs. On pense à la chanson de Boris VIAN : son personnage refuse de faire la guerre (« *refusez d'obéir, refusez de la faire* ») et sait en toute conscience être exposé à la peine capitale : « *prévenez vos gendarmes qu'ils pourront tirer* ».

Au-delà du déserteur imaginaire, la désertion en pratique est l'acte du traître par excellence. La seule suspicion orchestrée par certains médias conduira par exemple Roger SALENGRO au suicide, pourtant innocenté par une commission d'enquête.

Le devoir d'obéissance est ainsi une obligation forte, communément accepté comme indispensable. Elle est même une norme juridique.

3. Le devoir d'obéissance, une norme de droit positif

Cette règle a été inscrite à l'article 1er du règlement de discipline générale des armées en 1933 : « La discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants, que les ordres soient exécutés littéralement, sans hésitation ni murmure ; l'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise au subordonné que lorsqu'il a obéi. »

Elle est toujours présente dans l'actuel 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 (article L4122-1 du code de la Défense). Cette formalisation juridique du devoir d'obéissance implique que celui-ci est une obligation contraignante. Ainsi, cette obligation a pour conséquence de réprimer celui qui y contrevient.

B. Le devoir d'obéissance, une violation réprimée en droit.

Le fait de désobéir va conduire à une sanction organisée.

Cela est vrai pour le militaire faisant preuve d'insubordination. Dans une moindre mesure, des conséquences désagréables risquent aussi être supportées par le chef hiérarchique qui est théoriquement responsable de ses subordonnés. La désobéissance des uns n'est-elle pas le marqueur de l'incapacité à commander du chef dont l'ordre doit être exécuté "sans murmure" ?

Les actes de désobéissance tels qu'appréhendés en droit vont cependant tout d'abord pâtir d'une quasi absence des droits de la défense. Mais le Conseil d'État, à partir de 1944, va poser les premiers jalons d'un droit de la défense tout en reconnaissant que tout ordre n'a pas à être aveuglément appliqué.

I. Désobéissance et quasi absence de droit de la défense

Nous pouvons évoquer cette question en prenant pour référence un personnage clef de l'histoire française, le général de Gaulle. Celui-ci va être à la fois la victime et le « bourreau » potentiel selon la période.

La phase du résistant : la condamnation du cavalier seul.

En refusant le régime de Vichy, de Gaulle va subir de multiples sanctions : rétrogradation, admission d'office à la retraite par mesure disciplinaire, condamnation à 4 ans de prison et 100 francs d'amende pour « délit d'excitation de militaires à la désobéissance », déchéance de la nationalité française. Enfin condamnation à la peine de mort et confiscation des biens meubles et immeubles par le Tribunal militaire permanent de la 13^{ème} région siégeant à Clermont-Ferrand ⁵.

Le héros de la résistance n'acceptera cependant pas quelques années plus tard que des généraux en Algérie s'insurgent contre l'obligation de libérer ce

⁵Cf. <http://www.gaullisme.fr/2010/08/03/2-aout-1940-vichy-condamne-a-mort-le-general-de-gaulle/>

département de la présence coloniale. Le 27 mai 1958, alors que se profile déjà un putsch sur la métropole, le général de Gaulle fait ce message célèbre invitant à l'obéissance : « J'attends des forces terrestres, navales et aériennes présentes en Algérie qu'elles demeurent exemplaires, sous les ordres de leurs chefs »⁶. Aussi, il sera des plus sévères en 1962 lors du putsch du « quarteron de généraux en retraite »⁷.

La phase présidentielle : l'absence de droits de la défense contre les militaires insurgés, une tentative avortée.

Les militaires poursuivis sont sauvés de la peine de mort par le Conseil d'État dans sa fameuse décision Canal, Robin et Godot⁸. L'Ordonnance du général est annulée en raison de « l'importance et de la gravité des atteintes aux principes généraux du droit pénal », notamment sur le plan procédural. Le juge administratif sanctionne l'exclusion de toute voie de recours et considère qu'une juridiction d'exception ne pouvait être créée en application des accords d'Évian.

La désobéissance du militaire ne peut justifier que sa hiérarchie viole les droits essentiels de la défense. Les militaires échappent à la peine capitale, et ils sont emprisonnés. L'acte de désobéissance est bien juridiquement sanctionnée, ce qui amène à des cas de figure parfois déchirants⁹. La sévérité de la sanction pour désobéissance au chef militaire, et notamment au chef suprême (le président de la République) se justifie néanmoins par la règle selon laquelle l'armée représente le bras armé de l'État et non pas contre l'État. Le président Macron a fait ainsi taire en 2017 des critiques du général de Villiers sur le budget de la

⁶Cf. <https://www.charles-de-gaulle.org/wp-content/uploads/2017/03/Communique.pdf>

⁷Cf. <https://www.ina.fr/ina-eclair-actu/video/caf94060216/allocution-du-grl-de-gaulle-quarteron-de-generaux>

⁸CE, 19 octobre 1962, n° 58502, publié au Lebon

⁹H. DE SAINT MARC, *Toute une vie*, Ed. Les Arènes, Paris 2004. Emprisonné dans les camps de concentration allemands pour fait de résistance pour la France libre du général de Gaulle, il sera mis au fers pour avoir participé au putsch.

défense, considérées comme une atteinte à l'obligation de réserve. Ce dernier démissionnera suite à un entretien avec le chef de l'État.

Actuellement un échantillonnage de sanctions est prévu par les textes¹⁰. C'est l'État de droit, le principe de la légalité des délits et des peines. Le dérapage de l'Ordonnance de 1962 a heureusement été désamorcé par le Conseil d'État, institution dont toute l'évolution est globalement consubstantielle à la construction et l'affermissement de l'État de droit.

La désobéissance est protégée par des droits.

2. La désobéissance encadrée par le droit

L'aboutissement normatif de la protection en cas de désobéissance se formalise avec l'ordonnance de 2006¹¹. La jurisprudence administrative n'est pas étrangère à cette évolution.

L'ordonnance de 2006 est une refonte du code de justice militaire. Il est désormais question d'une justice militaire réformée qui tend à rentrer dans le droit commun¹². Selon le conseil des ministres du 31 mai 2006, le but poursuivi est « l'adaptation du droit de la défense aux exigences de l'État de droit ». Ainsi est-il prévu une extension en temps de guerre des garanties fondamentales du droit de la procédure pénale applicable en matière militaire en temps de paix.

Les auteurs du code de justice militaire de 2006 auront pu puiser, notamment dans les enseignements tirés de la jurisprudence administrative.

¹⁰ Le code de la justice militaire prévoit un titre dédié aux infractions d'ordre militaire (articles L321-1 à L324-11). Le chapitre III de ce titre énumère les infractions contre la discipline (articles L323-1 à L323-23). La section 1 est relative à l'insubordination (articles L323-1 à L323-18) et la sous-section 3, au refus d'obéissance (articles L323-6 à L323-8).

¹¹ Ordonnance n° 2006-637 du 1 juin 2006 portant refonte du code de justice militaire.

¹² Cf. J.Y. Le Drian, ministre de la Défense, juin 2015, selon lequel « il n'y a plus de justice militaire », in <https://www.vie-publique.fr/discours/195205-interview-de-m-jean-yves-le-drian-ministre-de-la-defense-avec-rmc-et>.

Les jalons essentiels posés par le Conseil d'État.

Saisi de recours pour excès de pouvoir, le Conseil encadre le pouvoir de sanction. Les décisions Hardouin et Marie lui permettent de réduire la notion de mesure d'ordre intérieur¹³. C'est ici l'accès au juge qui est reconnu au militaire contre une sanction disciplinaire qui l'affecte dans la mesure où elle atteint une certaine gravité.

De manière classique, le Conseil a pu également apprécier la proportionnalité de la sanction. En 2011, dans l'affaire Matelly, le manquement au devoir de réserve du militaire ne justifie pas sa radiation des cadres¹⁴. Néanmoins, puisque les propos dépassent le devoir de réserve, le militaire a commis une faute professionnelle justifiant une sanction disciplinaire.

De façon plus originale, hardie et antérieure, le Conseil d'État a posé dans sa jurisprudence Langneur (1944) les limites du devoir d'obéissance. Par effet de conséquence, il a reconnu un droit à la désobéissance conditionnel¹⁵. « *Tout agent public est tenu de se conformer aux ordres qu'il reçoit de ses supérieurs hiérarchiques, sauf s'ils sont manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». Cette décision sera reprise en 1979 et la Haute juridiction administrative insistera sur la double condition jurisprudentielle¹⁶.

En fixant des limites au devoir d'obéissance, le juge administratif reconnaît *a contrario* un devoir de désobéissance, encadré certes, mais qui révèle un droit de conscience. L'agent public, donc le militaire, puisqu'il est un fonctionnaire d'État de par la constitution française (article 34), doit donc servir, mais il a aussi le devoir de réagir, de réfléchir, d'agir en pleine conscience et selon les règles qui

¹³ Conseil d'État, Assemblée, 17 février 1995, Hardouin et Marie

¹⁴ Conseil d'État, 12 janvier 2011, n° 338461

¹⁵ Conseil d'État, 10 novembre 1944, Sieur Langneur, rec. p. 248

¹⁶ CE 28/02/79 Deschomets n° 08067 p. 86

se rattachent à « l'indérogeable »¹⁷. Ces remarques renvoient ici aux figures de la tragédie grecque : c'est le choix d'Antigone face à Créon. C'est « la question de l'articulation entre décision collective et choix individuel dans la sphère publique en situation de crise extrême »¹⁸... La confrontation de la conscience personnelle face à l'ordre injuste (voire inhumain) et à la nécessité d'obéir aux lois et aux pouvoirs de la Cité.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la question de la désobéissance prend une densité juridique.

La théorie des baïonnettes intelligentes s'impose, le devoir de désobéissance est un impératif au nom de la conscience.

II. Le devoir de désobéissance, un droit de conscience impérieux

L'obligation de désobéir va se généraliser et elle sera bien sûr encadrée par les textes, l'État de droit oblige. Mais ce devoir est difficile à mettre en œuvre. L'humain avec ses faiblesses n'a pas nécessairement la trempe d'un Jean Moulin qui disait « *je ne savais pas qu'il était aussi facile de faire son devoir* ».

A. Le devoir de désobéissance, une obligation généralisée post seconde guerre mondiale

Les errances de la seconde guerre mondiale conduisent les alliés à poursuivre les auteurs de crime contre l'humanité en estimant que la soumission à l'ordre a des

¹⁷ M. DELMAS MARTY, Colloque du Conseil d'État, 2013, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/faire-des-choix-les-fonctionnaires-dans-l-europe-des-dictatures-1933-1948>

¹⁸ JM SAUVE, Colloque du Conseil d'État, 2013 <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/faire-des-choix-les-fonctionnaires-dans-l-europe-des-dictatures-1933-1948>

limites. Les retombées de cette période vont se traduire dans les droits nationaux dont le droit français pour reconnaître un devoir de désobéissance.

1. Le droit progresse suite à "l'Europe de l'abomination"¹⁹

Du tribunal de Nuremberg, du tribunal de Tokyo, il ressort l'impossibilité de se réfugier derrière l'ordre pour échapper à une responsabilité pénale.

Le droit international humanitaire vise au respect des droits fondamentaux de la personne. Les textes se développent en ce domaine, les conventions internationales, la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, la Convention européenne des droits de l'Homme qui fixe des droits irréductibles, dont la torture pour rester dans le domaine militaire.

Jacques Pâris de Bollardière refuse ainsi d'appliquer les techniques du général Massu, il dénonce clairement la torture qui est pratiquée. « *En désaccord avec la stratégie gouvernementale et l'emploi de la torture, il demande à être relevé de son poste et rentre en France en mars 1957. Soutenant publiquement son ancien subordonné en Algérie, le journaliste et directeur de l'Express, J.J. Servan-Schreiber, que ses articles ont conduit à être inculpé pour atteinte au moral de l'armée, il est condamné à 60 jours d'arrêt de forteresse* »²⁰.

A ces périodes d'exception, avec les débordements qui en ont découlé, succèdent fort heureusement les temps du progrès. La France notamment reconnaît un devoir de désobéissance.

2. La France a reconnu et inscrit progressivement le devoir de désobéissance dans son droit positif

Les textes de droit français vont admettre le devoir de désobéissance comme un marqueur de l'évolution dans les rapports hiérarchiques. Ces écrits sont d'autant plus importants qu'ils fixent les modalités de cette désobéissance.

¹⁹ Formule utilisée notamment par M. Delmas-Marty in Colloque Conseil d'État, op. Cit.

²⁰ <https://www.ordredelaliberation.fr/fr/compagnons/jacques-paris-de-bollardiere>

a. Les textes en la matière

Les textes sur le devoir de désobéissance vont évoluer pour inscrire clairement le devoir de désobéissance.

En 1963, apparaît un statut légal de désobéissance, l'objecteur de conscience²¹.

C'est ensuite le règlement de discipline générale de 1966 qui mentionne, sans encore faire référence à la désobéissance formellement, que « *le devoir d'obéissance ne décharge jamais le subordonné des responsabilités qui lui incombent au regard de la loi. Il peut en appeler à l'autorité compétente s'il se croit l'objet d'une mesure injustifiée ou s'il reçoit un ordre illégal* »²².

Le statut général des militaires de 1972 prolongera cette évolution en affirmant un droit à la désobéissance : « *Les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées. Toutefois, il ne peut leur être ordonné et ils ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales ou qui constituent des crimes ou des délits notamment contre la sûreté et l'intégrité de l'État* »²³.

Cette formule, reprise dans la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, modifiée par ordonnance donne l'état actuel du statut des militaires tel qu'il fut retranscrit dans le code de la défense²⁴. Le décret du 15 juillet 2005 n° 2005-796 relatif à la discipline générale militaire pris en application de la loi de 2005 indique à son article 7 que « *le subordonné ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et*

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

²² Décret n°66-749 du 1 octobre 1966 portant règlement de discipline générale dans les armées

²³ Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires

²⁴ Ordonnance n° 2007-465 du 29 mars 2007 relative au personnel militaire, modifiant et complétant la partie législative du code de la défense et le code civil

aux conventions internationales en vigueur en France »²⁵. Notons qu'à la même période se produit l'affaire « Mahé » où le général Poncet est accusé par ses subordonnés d'avoir donné l'ordre d'éliminer l'Ivoirien Firmin Mahé, tué en mai 2005.

L'intérêt des textes ne se limitent pas à reconnaître un devoir de désobéissance, ils prévoient aussi les modalités de mise en œuvre.

b. Les textes fixent les modalités pour formaliser un refus d'obéir

Le Bulletin officiel des Armées de décembre 2005 (numéro 45) donne à tout militaire l'ordre de désobéir si les ordres qu'il reçoit sont jugés contraires à l'éthique. Le principe est qu'il doit alors faire remonter vers les trois plus hauts échelons de la hiérarchie militaire les motifs et circonstances de ce refus. L'instruction n° 201710 prévoit quant à elle que « *le militaire fait savoir son refus, par tout moyen et dans les plus brefs délais soit au ministre de la Défense, soit à son chef d'état-major d'armée, soit à l'inspecteur général de l'Arme* ».

Le droit encadre un acte grave et les illustrations sont heureusement rares d'ordres illégaux.

Mais malgré les précautions juridiques, le devoir de désobéissance est difficile à mettre en œuvre car il n'est pas aisé de percevoir l'ordre reçu comme manifestement illégal ou contraire au droit international.

B. La perception délicate de l'ordre manifestement illégal ou contraire au droit international

Pour mesurer l'illégalité de l'ordre, les militaires peuvent être instruits en ce sens. Le décret de 2005 précité prévoit ainsi que « *Tout militaire doit être formé à la connaissance et au respect des règles du droit international applicable dans les*

²⁵ Actuel article D 4122-3 du code de la défense

conflits armés »²⁶. Cependant le poids du conditionnement peut empêcher la réactivité espérée.

1. Vers une généralisation des cours de droit militaire

L'armée se doit d'éduquer son personnel sur le devoir de désobéissance. Un devoir certes exceptionnel, mais indispensable à connaître.

Cela conduit à alourdir la mission du militaire. Selon un personnel interrogé : « *ce système laisse peser une lourde responsabilité sur le subordonné. C'est à lui de maîtriser le droit et, éventuellement, de l'interpréter* »²⁷.

En 1940, le Capitaine François de Labouchère, lorsqu'il apprend la demande d'Armistice, écrit dans son journal : « La difficulté était devenue non pas de faire son devoir, mais d'abord de le discerner »²⁸.

Effectivement, le conditionnement peut être un frein important à un tel discernement.

2. La limite à la perception de l'ordre illégal : le poids du conditionnement

Les questions ont particulièrement été traitées par Danièle Lochak : le « *sens hiérarchique est le résultat d'une inculcation silencieuse, d'un conditionnement diffus mais efficace ; il s'exprime dans le réflexe hiérarchique qui commande la conduite des agents à tous les niveaux de la hiérarchie administrative ; il se*

²⁶ Voir le très instructif article 9 du décret n°2005-796 du 15 juillet 2005 relatif à la discipline générale militaire

²⁷ Le Monde du 15 décembre 2004

²⁸ https://www.traditions-air.fr/texte/Labouchere_de_F.htm

perpétue grâce au bien-être, au confort psychologique que procure le système qui l'a engendré »²⁹.

L'ordre hiérarchique, légal *a priori*, est assimilé à l'ordre légitime et amène la bonne conscience de celui qui s'y soumet. On pense ainsi à l'usage de la violence et de la torture en Algérie.

3. De la perception de l'ordre illégal à la désobéissance dans les règles prescrites : une mission impossible ?

Sur un théâtre d'opérations, comment mettre en œuvre le devoir de désobéissance ? Comment par ailleurs identifier exactement l'auteur initial de l'ordre ? Qui est à la source de l'ordre illégal et contraire au droit international ? Autant de questions qui montre le décalage entre le droit et la réalité de terrain.

Conclusion

L'obéissance et la désobéissance sont deux actes simples *a priori*, mais qui deviennent complexes à apprécier et à mettre en œuvre quand ils se jouent dans des périodes troublées, exceptionnelles. L'appréciation des actes et des décisions est ainsi relativisée en fonction de ce contexte perturbé.

La situation exceptionnelle rend difficile la situation du militaire comme celle de l'agent public. A tel point que les auteurs de ces décisions et les acteurs bénéficient des circonstances atténuantes. Les actes sont jugés à l'aune de la légalité d'exception ou même simplement amnistiés.

²⁹ DANIELE LOCHAK, « Le sens hiérarchique » in Psychologie et Science administrative, Cahiers du CURAPP, 1985, p. 147. Voir également, Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte, Lanceurs d'alerte (Liberté d'expression et désobéissance civile), JEAN-PHILIPPE FOEGLE et SERGE SLAMA, in La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Actualités Droits-Libertés, 2014
<https://journals.openedition.org/revdh/pdf/628>

On pense ainsi aux amnisties de la guerre d'Algérie (1962-1982) et notamment au décret n° 62-328 du 22 mars 1962 « *portant amnistie des faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne* »³⁰.

La loi du 18 juin 1966 amnistie les « *infractions commises dans le cadre d'opérations de police administrative ou judiciaire* », ce qui permet à la Cour de cassation de déclarer éteinte l'action de la justice dans l'affaire Audin, militant communiste mort sous la torture, « *devenu le symbole du combat contre la raison d'État* »³¹.

Il en fut de même après la libération, sous la IV^{ème} République : une première loi d'amnistie, concernant les faits de collaboration ayant entraîné une peine de prison inférieure à quinze ans, est votée le 5 janvier 1951³². Puis une seconde loi, très large, est votée le 6 août 1953³³.

La nécessité de la réconciliation nationale impose de « passer l'éponge » à l'égard de celui qui a obéi docilement (plus ou moins activement) pour effacer les traumatismes, ce qui se pratique sous les auspices du droit international lorsque sont installées dans des pays ayant connu des combats fratricides, des commissions Amitiés et Vérité.

Par ailleurs, pendant la situation de guerre en général, et la guerre contre le terrorisme en particulier, sont parfois prises des décisions et en aval des actes portant atteinte à « l'indérogeable », mais justifiés par la situation de crise.

On pense, notamment aux États-Unis, à la pratique de la torture à Guantanamo et la suspension de l'Habéas Corpus pour des raisons de sécurité de l'État. On

³⁰ Journal officiel, « Lois et décrets », 23 mars 1962, p. 3143-3144, in

<https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2005-1-page-271.htm#no1>

³¹ <https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2005-1-page-271.htm#no1>

³² Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales.

³³ Loi n°53-681 du 6 août 1953 portant amnistie.

peut également évoquer des résolutions du Conseil de sécurité attentatoires au droit de l'Homme et notamment aux droits fondamentaux de la défense³⁴.

La guerre contre le terrorisme, pour justifiée qu'elle puisse être, fait perdre quelques repères aux décideurs, aux émetteurs de l'ordre à mettre en œuvre sur le terrain. Le devoir de désobéissance est cependant en pratique quasiment matériellement impossible sur le terrain pour le militaire, sauf à mettre non seulement sa vie en danger, mais en plus celle de ses coéquipiers, quand bien même des excès sont commis.

Dans ce cas de figure, le devoir de désobéissance est relayé par un autre devoir ou droit, celui de dévoiler des informations sur des décisions et des actes inacceptables dans un État de droit. C'est ici la question des lanceurs d'alerte. Une illustration nous est donnée tout particulièrement avec la dénonciation des erreurs de tirs lors d'un raid aérien par un hélicoptère américain (États-Unis) à Bagdad (12 juillet 2007), vidéo toujours placée sur YouTube. De nombreux documents classés secret défense ont été publiés sur le site wikileaks. En conséquence, l'analyste du renseignement américain qui est à l'origine de ces alertes a été condamné.

Si le devoir de désobéissance est assez bien intégré, au moins en droit positif, il se double d'un droit ou devoir (selon les États) encore plus délicat encore à mettre en œuvre, celui de l'alerte et de sortir de la réserve. Un nouveau défi pour l'État de droit³⁵.

³⁴ Cf. Affaire Kadi au sujet des listes noires de terroristes,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=67611&doclang=FR>

³⁵ Pour les prémices, cf. Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Selon l'article L. 4122-10 du code de la défense : « tout militaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés au présent chapitre ». De plus cet article prévoit la mise en place d'un réseau des référents déontologues.