

Paris, le 9 novembre 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-266

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code de la sécurité intérieure, notamment le titre IV Déontologie de la sécurité intérieure du livre I de sa partie réglementaire ;

Saisi, le 2 septembre 2015, par le lieutenant-colonel A, se plaignant du manque d'impartialité de l'enquête ayant conduit à une sanction disciplinaire, prononcée à son encontre, de 20 jours d'arrêt, suite à des violences sans ITT commises au préjudice du commandant D, et de l'un de ses enfants au sein de leur résidence d'habitation commune à la gendarmerie de X.

Après avoir pris connaissance de la réclamation et de l'ensemble des documents transmis par la Direction générale de la gendarmerie nationale ;

Après avoir pris connaissance de l'arrêt du conseil d'Etat n° 391178 en date du 6 janvier 2016 ;

Après envoi d'une note récapitulative à la direction générale de la gendarmerie nationale, au lieutenant-colonel B et au capitaine C, le 10 août 2016 ;

Après réception des rapports du général de corps d'armée G, chef de l'inspection générale de la gendarmerie nationale, du lieutenant-colonel B et le capitaine C des 22 septembre et 7 octobre 2016 ;

Constate que les deux enquêteurs désignés pour conduire une enquête sur des violences sans ITT entretiennent des liens hiérarchiques et de voisinage avec les protagonistes ;

Considère que la désignation de ces deux enquêteurs a alimenté les soupçons sur le manque d'impartialité et de neutralité de l'enquête effectuée ;

Considère que ce choix contrevient à l'instruction n° 74200 du 28 novembre 2013 qui précise les critères de saisine de l'inspection générale de la gendarmerie nationale, permettant d'éviter les suspicions sur le manque d'impartialité d'enquêteurs locaux ;

Constate que les deux enquêteurs ayant en charge la conduite de cette enquête, apparaissent comme témoins au cours de la procédure (procès-verbal d'enquête de voisinage) ;

Considère que la fonction d'enquêteur et le statut de témoin dans une même affaire sont incompatibles, et porte atteinte au devoir d'impartialité ;

Recommande un rappel de texte à l'encontre du général E concernant l'instruction n° 74200 du 28 novembre 2013 en son article 1.4.2 ;

Recommande un rappel de l'article R434-11 du code de la sécurité intérieure à l'encontre du lieutenant-colonel B et du capitaine C.

Conformément à l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits adresse cette décision au ministre de l'Intérieur, qui dispose d'un délai de deux mois pour faire connaître les suites qu'il donnera à sa recommandation.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

LES FAITS :

Le Défenseur des droits a été saisi, le 2 septembre 2015, par le lieutenant-colonel A, se plaignant du manque d'impartialité de l'enquête ayant conduit à une sanction disciplinaire, à son encontre, de 20 jours d'arrêt, suite à des violences sans ITT commises au préjudice du commandant D, et d'un des enfants de ce dernier au sein de leur résidence d'habitation commune à la gendarmerie de X.

1°) Le contexte

Selon ses déclarations, le lieutenant-colonel A résidait avec sa famille dans la résidence de la gendarmerie nationale de X, sans rencontrer aucun problème jusqu'à l'été 2014. A la suite de l'emménagement de la famille D et ce, dès le mois de septembre 2014, la quiétude du lieutenant-colonel A, de son épouse, et de ses enfants, était troublée par diverses nuisances occasionnées essentiellement par les enfants de la famille D.

Dans ces conditions, des installations provisoires -mise en place de tresses afin de ceinturer le bâtiment- étaient réalisées afin de limiter au maximum les troubles subis par les résidents du rez-de-chaussée. Cependant, en février 2015, les barrières de protection étaient retirées, suite à une tempête, et en raison de la dangerosité de ces installations pour les résidents. Depuis ce jour, et toujours selon le lieutenant-colonel A, il n'a pas cessé de demander aux enfants D de mettre fin aux troubles dont ils étaient à l'origine : passages incessants et bruyants, stationnements prolongés sous les fenêtres des logements, crachats, nuisances sonores, provocations verbales.

Toujours selon le réclamant, le 14 février 2015, il interpellait M. J (14 ans), fils du commandant D, qui s'était affranchi des tresses de sécurité pour passer sous ses fenêtres en crachant. Il lui rappelait également de ne pas oublier d'éteindre la lumière du local vélo. Le commandant D descendait quelques minutes plus tard au domicile du lieutenant-colonel A pour lui signifier qu'il allait porter plainte contre lui pour harcèlement. Aucun accord n'était trouvé malgré les discussions, chacun restant sur ses positions. La semaine suivante, les tresses mises en place étaient retirées et les nuisances sonores recommençaient.

Le lieutenant-colonel A s'adressait alors à plusieurs reprises aux enfants D en réitérant ses remarques sur le bruit, les allées et venues, et les crachats.

Le 27 février 2015, le colonel H, officier adjoint au commandement informait le lieutenant-colonel A que le commandant D était venu le trouver à deux reprises pour se plaindre de son comportement à l'égard de ses enfants. Le colonel H, après avoir écouté le lieutenant-colonel A, affirmait qu'il allait faire poser des roseaux sous les fenêtres du rez-de-chaussée afin que le passage soit bloqué.

2°) Les faits

Toujours selon le réclamant, le 28 février 2015, en milieu d'après-midi, après de multiples passages sous ses fenêtres, le lieutenant-colonel A voyait Mlle I (12 ans), accompagnée de la fille du colonel E, Mlle K, passer à nouveau sous ses fenêtres. Il sortait de chez lui pour leur montrer le chemin à emprunter sans passer devant ses fenêtres. Il leur demandait de lui donner la main et les accompagnait le long du chemin permettant de faire le tour du bâtiment. Aucune pression physique ou verbale n'avait été exercée sur les enfants qui l'avaient suivi sans la moindre résistance.

Revenant vers son domicile, le lieutenant-colonel A apercevait M. J arrivant en vélo. M. J rangeait le vélo dans le local et s'apprêtait à passer sous les fenêtres du lieutenant-colonel A. Ce dernier recommençait alors sa démonstration, en prenant M. J par le bas de la manche de son blouson, pour lui montrer également le chemin à emprunter. Celui-ci lui demandait de le lâcher et partait en courant vers le parking. Le lieutenant-colonel A reconnaissait avoir haussé le ton.

Rentrant à son domicile, le réclamant constatait que son épouse était absente et se doutait que, témoin des faits qui venaient de se produire, elle était allée trouver la famille D. Il décidait de la rejoindre. En arrivant sur le palier de l'appartement, en face de l'ascenseur, il voyait son épouse au sol avec au-dessus d'elle le commandant D. Pensant à une agression, il posait ses deux bras au niveau du torse du commandant D et le repoussait contre le mur en lui disant « éloigne-toi de mon épouse ». Son épouse lui disait alors « laisse-le, ce n'est pas lui ».

Mme E, la femme du commandant E, était en retrait sur le palier et signalait qu'elle venait d'appeler les pompiers. En reprenant l'ascenseur, le lieutenant-colonel A disait au commandant D qu'ils régleraient cela lundi. Il conduisait ensuite sa femme à l'hôpital où le certificat médical établi mentionnait un malaise vagal.

Le lieutenant-colonel A reconnaissait avoir eu un geste violent en repoussant le commandant D alors qu'il était au-dessus de sa femme dans le couloir mais réfutait avoir commis une quelconque violence à l'encontre des enfants.

3°) Les déclarations du Commandant D

Le commandant D expliquait, quant à lui, dans sa déposition, que le 28 février vers 17h00, il avait vu ses enfants remonter de la cour commune en compagnie de Mlle K en courant vers leur appartement. Ses enfants semblaient apeurés et affolés, ils expliquaient à leur père qu'ils avaient été réprimandés et physiquement agressés par le lieutenant-colonel A. M. J se plaignait d'une douleur à l'épaule suite à la prise faite par le lieutenant-colonel A pour le faire partir de sous sa fenêtre et le conduire vers l'autre entrée de l'immeuble (côté bâtiment K et CIC). M. J confirmait que le lieutenant-colonel A voulait lui montrer un nouveau chemin pour éviter de passer sous ses fenêtres.

Mme A arrivait alors dans le couloir, le commandant D lui signifiait qu'elle n'avait pas le droit de toucher à ses enfants sur un ton « ferme et cordial ». Il lui demandait de s'en aller mais elle restait sur le palier en expliquant que les agissements des enfants l'importunaient et qu'au regard de sa santé fragile elle avait besoin de repos. Mme D intervenait dans la conversation en disant qu'ils étaient les seuls à se plaindre de leurs enfants.

Mme A faisait alors un malaise sur le palier et glissait doucement sur le sol sans le moindre choc. Le commandant D commençait donc à parler doucement à Mme A, pour qu'elle reprenne ses esprits, tandis que sa femme demandait à Mme E de contacter les pompiers. Mme D descendait alors pour assurer le guidage et l'accueil des pompiers jusqu'au bâtiment. Le commandant D continuait de s'occuper de Mme A en lui tenant la main et en l'informant que les pompiers allaient arriver et qu'elle devait se calmer.

Le lieutenant-colonel A arrivait à ce moment-là par les escaliers, « en furie », arguant qu'il allait « lui casser la gueule ». Il saisissait alors le commandant D au niveau des épaules et le poussait en le soulevant. Mme A se relevait alors et Mme E tentait de calmer la situation. Le couple A reprenait la direction de l'ascenseur pour partir à l'hôpital en disant qu'ils régleraient cela lundi.

Le lundi 2 mars, le commandant D était ausculté par un médecin qui lui prescrivait un arrêt de travail de 7 jours mais aucune ITT liée aux faits n'était relevée.

Les enfants du commandant D étaient également auscultés par un médecin mais aucune lésion physique n'était constatée, ni aucune ITT.

4°) Les déclarations des témoins

Mme A confirmait les propos de son mari mais précisait qu'au départ elle partait voir les parents de Mlle K car elle estimait que cette dernière avait manqué de respect à son mari en lui répondant de manière effrontée. Les enfants D, M. J et Mlle I, partaient donc par les escaliers tandis qu'elle prenait l'ascenseur avec Mlle K, fille du colonel-commandant E. Arrivée au troisième étage, elle se retrouvait face au commandant A qui lui disait de ne pas toucher à ses enfants et de partir d'ici. Elle affirmait qu'elle n'était pas venue pour parler avec la famille D mais bien avec la famille E. Elle expliquait qu'au cours de la discussion avec les époux D, c'était Mme D qui s'était montrée très agressive avec elle, la menaçant de porter plainte contre son mari. Le commandant D demandait même à son épouse de se calmer.

Mme A faisait alors un malaise et se souvenait de la voix d'un homme, qu'elle identifiait comme étant sans doute le commandant D, qui lui demandait de se calmer et qui tentait de la rassurer. Une dame, sans doute Mme E, lui expliquait qu'elle n'avait pas à s'inquiéter et que les pompiers avaient été appelés.

Alors qu'elle était encore au sol, son mari est arrivé et a repoussé le commandant D qui se trouvait au-dessus d'elle. Elle confirmait qu'elle avait informé son mari que le commandant D n'était pas responsable de son état et qu'ils étaient ensuite repartis pour aller à l'hôpital.

Les enfants D confirmaient les déclarations de leur père. M. J expliquait que le lieutenant-colonel A voulait lui montrer le chemin par lequel il devait passer et que, pour ce faire, il l'avait saisi par l'épaule et lui avait pincé la peau au niveau de la clavicule. Il confirmait avoir monté les escaliers en courant en compagnie de ses deux sœurs tandis que Mlle K, accompagnée par Mme A prenait l'ascenseur. M. J expliquait enfin qu'il avait pleuré à la suite de l'altercation mais que, depuis, il n'avait plus le moindre problème par rapport à cet incident.

Mlle I précisait que le lieutenant-colonel A « *les avait poussées pour leur montrer le chemin* » alors que M. J expliquait qu'il avait vu sa sœur, Mlle I et Mlle K emmenées par le lieutenant-colonel A qui les tenait par les épaules. Elle confirmait qu'elle était montée par les escaliers avec sa sœur et son frère, tandis que Mlle K montait dans l'ascenseur avec Mme A.

Mlle K relatait l'altercation lorsque le lieutenant-colonel A, puis sa femme, leur avaient expliqué de ne plus passer sous leurs fenêtres mais elle ne relatait aucune violence exercée par le lieutenant-colonel A à leur encontre. Elle faisait état en revanche du moment où le lieutenant-colonel A avait saisi M. J par l'épaule, après l'avoir prévenu à deux reprises qu'il ne devait pas passer par ici, sans que ce dernier ait eu la moindre réaction. Mlle K expliquait qu'elle avait retrouvé Mme A dans l'ascenseur qui lui a fait des remontrances sur sa façon de se comporter.

Lors de l'arrivée du lieutenant-colonel A, elle avait vu ce dernier pousser le commandant D et armer son poing comme pour le frapper. Sa mère était alors intervenue, en tenant le téléphone d'une main et en mettant son autre main sur le bras du lieutenant-colonel A, pour le dissuader de frapper.

Mme E, la mère de Mlle K était entendue et expliquait que sa fille était arrivée chez elle le 28 février 2015 en expliquant que plusieurs enfants, dont elle, avaient eu une altercation avec le couple A et que Mme A l'avait accompagnée dans l'ascenseur pour venir se plaindre de leurs agissements. Dans les 5 minutes qui suivaient, Mme D, la voisine directe, venait frapper à la porte pour demander à Mme E d'appeler les secours. Mme E relatait l'altercation, précisant que le lieutenant-colonel A ait poussé le commandant D. Néanmoins, elle n'évoquait jamais le poing armé du lieutenant-colonel A. Elle ajoutait avoir tenté de d'apaiser le lieutenant-colonel A, comme l'avait expliqué sa fille.

Mme E ajoutait qu'auparavant Mme D lui avait déjà fait part d'un problème relationnel entre eux, lié aux enfants. Elle terminait en précisant qu'une personne qu'elle ne pouvait identifier lui avait affirmé que son fils n'osait plus aller au local à vélo tellement il était effrayé par le couple A.

5°) Suites judiciaires et disciplinaires

La plainte des époux D était initialement déposée à la brigade territoriale autonome de X, placée sous l'autorité hiérarchique du groupement de gendarmerie de Y, directement sous les ordres du commandant D.

Cette brigade territoriale était ensuite dessaisie au profit de la section de recherches de X, elle-même placée sous l'autorité hiérarchique du colonel E, sur décision du général de division, commandant la région de gendarmerie de Y.

Sur la base des éléments réunis dans le cadre d'une enquête judiciaire, une procédure disciplinaire était engagée à l'encontre du lieutenant-colonel A et le procureur adjoint près le tribunal de grande instance de X prononçait un classement sans suite estimant que la procédure disciplinaire suffirait à régler cette affaire sans nécessiter des poursuites pénales.

Le 3 avril 2015, le colonel H sollicitait le prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre du lieutenant-colonel A qui était convoqué le 21 avril 2015 devant l'autorité militaire de premier niveau et sanctionné par une décision prononçant un arrêt de 20 jours.

Par une requête et un mémoire en réplique, M. A a demandé au Conseil d'Etat d'annuler la décision de l'autorité militaire de premier niveau, prononçant à son encontre une sanction disciplinaire du premier groupe de 20 jours d'arrêt, et de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 3000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Par un arrêt du 6 janvier 2016, la requête de M. A a été rejetée aux motifs que la décision était suffisamment motivée ; que l'autorité investie du pouvoir disciplinaire avait respecté le devoir d'impartialité ; que la sanction disciplinaire avait été prise dans le respect du principe d'impartialité ; que par son geste, M. A avait perturbé la vie de la caserne et que ce geste était constitutif d'une faute du premier groupe ; M. A n'était donc pas fondé à demander l'annulation de la décision attaquée.

Cependant, le Conseil d'Etat, sur le moyen soulevé par M. A, décline la compétence du juge administratif pour statuer sur le défaut d'impartialité de l'enquête judiciaire.

Dans le respect de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, selon lequel « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle », il n'est pas compétent pour étudier la question de l'impartialité de l'auteur du prononcé de la sanction disciplinaire, ni la proportionnalité de la sanction disciplinaire en elle-même.

Cependant, la question du respect du principe d'impartialité par les militaires en charge de l'enquête judiciaire entre dans le champ de compétence du Défenseur des droits et n'a pas été tranchée par le Conseil d'Etat.

*
* *
*

1) Sur le choix de désigner localement des enquêteurs, au détriment d'une saisine de l'IGGN

Le rapport de la direction générale de la gendarmerie nationale mentionne que le choix de la section de recherches de X pour procéder à l'enquête judiciaire avait été opéré par le général E, la nature des faits ne justifiant pas l'engagement de l'inspection générale de la gendarmerie nationale.

Il est mentionné, dans les rapports transmis au Défenseur des droits qu'il « *n'existait pas au sein de la région de gendarmerie de Y, d'autre unité judiciaire rattachée à la région en mesure de traiter ce contentieux, la seule alternative étant de demander la saisine du bureau des enquêtes judiciaires de l'inspection générale de la gendarmerie nationale, laquelle n'a pas vocation à diligenter des enquêtes portant sur des infractions pénales mineures ni des incidents entre familles au sein des casernes* ».

- Malgré les liens hiérarchiques entre les enquêteurs et un protagoniste du conflit de voisinage

Au regard des informations transmises, le mis en cause, le lieutenant-colonel A, et la victime, le commandant D, ne travaillaient pas directement au sein de l'unité d'enquête.

Néanmoins, parmi les témoins entendus et mentionnés précédemment, Mlle K et sa mère Mme E, sont respectivement la fille et l'épouse du colonel E, responsable hiérarchique de la section de recherches de X, et donc du capitaine C et du lieutenant-colonel B, et voisin direct du commandant D.

Or, Mlle K est l'une des jeunes filles prises à partie par le lieutenant-colonel A lorsqu'elle passe en compagnie des deux filles D sous les fenêtres de ce dernier. Elle est également entendue dans le cadre de l'enquête et explique avoir été présente lors des faits. De plus, lorsqu'elle arrive chez elle, elle explique à sa mère que Mme A est venue pour s'expliquer avec elle sur les nuisances sonores provoquées par les enfants et sur le manque de respect dont Mlle K aurait fait preuve.

Ensuite, le rapport de synthèse, établi le 16 avril 2015, mentionne que le lieutenant-colonel A « *ne reconnaît pas les violences physiques et morales commises sur les enfants D et E* ». Il ressort de cet élément que la fille du colonel E figurait bien comme victime dans la procédure.

En réponse à la difficulté soulevée par ce lien hiérarchique entre les enquêteurs et une personne impliquée dans l'affaire, le général de division L, commandant la région de la gendarmerie de Y et la gendarmerie pour la zone de défense et de sécurité Y, mentionnait dans son rapport que le colonel commandant de la section de recherches de X n'avait pas dirigé l'enquête car sa fille était « *partie prenante à l'affaire, ce qui excluait de facto l'implication de cet officier dans l'enquête* ».

Au regard de ces éléments, en poursuivant le raisonnement développé par le général de division L, il apparaissait nécessaire, pour garantir l'impartialité de l'enquête, de confier celle-ci à des gendarmes sans lien hiérarchique avec une personne liée à l'affaire, quelle que soit la nature de ce lien.

En effet, le code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale stipule que l'autorité investie du pouvoir hiérarchique évalue ses subordonnés¹. Cela signifie que les supérieurs hiérarchiques, chaque année, commentent l'action de ses subordonnées et notent ses capacités, ce qui servira ultérieurement à son avancement.

Les rapports transmis mentionnent que cette difficulté a été soulevée dès le début de l'enquête par les gendarmes en charge de l'enquête, pour autant aucune décision visant à sauvegarder les principes de neutralité, d'impartialité et d'indépendance n'a été prise par la suite.

Il est simplement mentionné que « *le colonel E n'a jamais eu accès à la procédure ni n'est intervenu, de quelque manière que ce soit, dans son traitement* ». Si cet argument est recevable, il ne permet pas pour autant d'écarter totalement le lien hiérarchique existant entre le colonel E et le lieutenant-colonel B et le capitaine C.

- Malgré les liens de voisinage

De plus, les deux enquêteurs désignés, le lieutenant-colonel B et le capitaine C, tout comme leur supérieur hiérarchique, impliqué dans le conflit de voisinage, le colonel E, habitent dans la même résidence que les deux principaux protagonistes, le lieutenant-colonel A et le commandant D.

La famille E est la voisine de palier directe de la famille D. Mme E précise à ce titre qu'avant les faits, Mme D avait déjà évoqué avec elle un problème relationnel entre les deux familles, lié aux enfants.

- Malgré l'alerte donnée par les deux gendarmes en charge de l'enquête

L'article 7 de l'instruction n° 201710 de 2005 relatif à la discipline générale militaire stipule que « *L'obéissance aux ordres est le premier devoir du subordonné. Toutefois le subordonné doit refuser d'exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal. À défaut, le subordonné ayant exécuté cet ordre engage sa responsabilité disciplinaire et pénale. Cette dernière s'apprécie selon les règles du droit pénal. Notamment, les causes d'irresponsabilité, telle la contrainte, peuvent exonérer le subordonné de toute culpabilité. En revanche, le subordonné qui refuse d'exécuter un ordre au motif qu'il serait manifestement illégal est fautif si le caractère manifestement illégal de cet ordre n'est pas avéré. Dans ce cas, le militaire fait savoir son refus par tout moyen, directement et dans les plus brefs délais : - soit au ministre de la défense (cabinet) ; - soit à son chef d'état-major d'armée ou à l'autorité correspondante pour les formations rattachées ; - soit à l'inspecteur général de son armée ou de sa formation rattachée*».

¹ Article R. 434-25 du code de la sécurité intérieure– Contrôle hiérarchique et des inspections

De plus, l'article D4122-3 du Code de la Défense, mentionne qu'en tant que subordonné, le militaire :

1. *Exécute loyalement les ordres qu'il reçoit. Il est responsable de leur exécution. En toutes occasions, il cherche à faire preuve d'initiative réfléchie et doit se pénétrer de l'esprit comme de la lettre des ordres ;*
2. *A le devoir de rendre compte de l'exécution des ordres reçus. Quand il constate qu'il est matériellement impossible d'exécuter un ordre, il en rend compte sans délai ;*
3. *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 aux conventions internationales en vigueur.*

Ainsi le subordonné qui pouvait refuser un ordre illégal sans être puni risque-t-il à présent d'être condamné s'il l'exécute.

En effet, un militaire qui refuserait d'exécuter un ordre peut s'en expliquer avec les plus hauts échelons de sa hiérarchie. De plus, s'il doit agir sous la contrainte de ses chefs, il peut être exonéré de toute culpabilité. C'est aux chefs d'assumer et d'engager leur responsabilité disciplinaire et pénale.

Pour que le devoir de désobéissance soit applicable il faut donc en amont, un ordre manifestement illégal. Auteur d'un ouvrage sur le statut des militaires², Jean-Michel Palagos explique que *« l'autorité du chef et l'obéissance du subordonné ne sont pas absolues. Elles sont limitées par le respect du droit et des lois de la guerre »*. Mais, reconnaît-il, *« il peut s'avérer difficile de savoir ce qu'est un ordre "manifestement illégal" »*. Selon Eric de Montgolfier, procureur de la République de Nice³ *« Il y a la question de l'obéissance à la loi si l'ordre est en désaccord avec les principes républicains »*.

Or, il apparaît que l'élément remis en cause principalement par le Défenseur des droits est le choix initial du service enquêteur, dont ont découlé d'autres manquements. Or, le rôle et les missions des lieutenant-colonel B et capitaine C ne leur donnent pas de compétence dans la connaissance et la répartition des services à saisir selon les types d'enquête. De plus, cette erreur de choix dans le service enquêteur s'apparente plus à un manque de discernement et non à un ordre manifestement illégal. Par conséquent, l'ordre ne pouvait pas leur paraître *« manifestement illégal »* comme le nécessite la loi.

De plus, il ressort des rapports transmis au Défenseur des droits que les deux enquêteurs ont averti, à plusieurs reprises, leur hiérarchie et le procureur de la République des difficultés rencontrées au regard de la situation de proximité. Il apparaît qu'aucun supérieur hiérarchique n'a pris en compte ces alertes et que le général E a laissé perdurer ce choix du service enquêteur, ce qui justifie l'engagement de sa responsabilité.

Le choix du service enquêteur ne peut donc mettre en cause la responsabilité des lieutenant-colonel B et capitaine C, leur devoir de désobéir en cas d'ordre manifestement illégal ne pouvant être mis en œuvre en l'espèce.

Cependant leur gestion de l'enquête et la mise en œuvre des actes d'investigation dans la façon dont ils ont été menés relèvent de leur responsabilité comme le mentionne le premier alinéa de l'article D4122-3 du Code de la Défense précédemment cité.

² Le Nouveau Statut général des militaires, Ed. Lavauzelle.

³ Extrait d'un entretien publié le 5 octobre 2010 sur le site LeProgres.fr

- Conclusion

Le général de corps d'armée M. G exposait dans son rapport que les enquêteurs avaient été choisis selon deux critères principaux, à savoir leur rang et leur affectation récente.

L'absence de saisine de l'inspection générale de la gendarmerie nationale (IGGN), est expliquée en raison de son champ de compétence car cette dernière n'aurait « *pas vocation à diligenter des enquêtes portant sur des infractions pénales mineures ni des incidents entre familles au sein des casernes* ».

Or, il apparaît que l'instruction n° 74200 du 28 novembre 2013 relative aux attributions, au fonctionnement et à l'organisation de l'IGGN, mentionne de manière claire et précise les cas d'attribution des enquêtes judiciaires à l'IGGN.

Il est mentionné dans ce texte que l'IGGN dispose d'une compétence générale en matière de déontologie, et peut procéder à des enquêtes concernant l'ensemble des personnels : enquêtes judiciaires sous la direction des magistrats et enquêtes administratives, dès lors qu'il y a suspicion de non-respect de la déontologie ou de la réglementation, d'atteintes à la discipline ou de manquements à des règles de sécurité.

Il est précisé que l'IGGN dispose d'une compétence générale de contrôle sur le service de la gendarmerie, ses personnels sans distinction de statut ou de grade ainsi que sur ses infrastructures.

Concernant les enquêtes judiciaires, les critères énoncés afin de diligenter une enquête font apparaître notamment à l'article 1.4.2: l'implication de personnels officiers; des faits pour lesquels la saisine des échelons locaux pourrait contribuer à créer un trouble ou porter préjudice à la neutralité des investigations ; des faits, quelle qu'en soit la gravité, qui impliqueraient d'accomplir des investigations de nature à nuire au bon fonctionnement ou à perturber la bonne exécution des missions des unités.

Il apparaît donc que le critère de gravité des faits n'est pas le seul susceptible de donner lieu à une saisine de l'IGGN. En l'espèce, les trois critères précités étaient réunis, la saisine de l'IGGN s'imposait et aurait permis d'éviter tout doute sur le respect des principes de neutralité et d'impartialité.

Il a été soulevé, dès le début de l'enquête, les difficultés susceptibles d'émerger en raison de la proximité entre les officiers en charge de l'enquête et les officiers mis en cause, victime et témoins dans ce dossier. Or le choix d'attribuer l'enquête à la section de recherches de X a été initialement pris par le général E puis maintenu par le procureur de la République.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que le choix de désigner le capitaine C et le lieutenant-colonel B comme enquêteurs, dans une affaire dans laquelle ils entretiennent des liens hiérarchiques et de voisinage avec les protagonistes, ne permettait pas d'apporter toutes les garanties sur l'impartialité et la neutralité du service d'enquête, ni d'ailleurs d'apaiser des relations de voisinage conflictuelles.

Au regard du non-respect des critères préétablis, clairs, et précis, concernant les cas d'attribution des enquêtes à l'IGGN, et en choisissant de confier l'enquête au service de recherches de X, le général E a alimenté la suspicion sur le manque d'indépendance et d'impartialité de l'enquête effectuée.

En conséquence, le Défenseur des droits relève, à l'encontre du général E, un manque de discernement et recommande que lui soient rappelées les règles d'attribution des enquêtes à l'IGGN, définies par l'instruction n° 74200 du 28 novembre 2013 relative aux attributions, au fonctionnement et à l'organisation de l'IGGN en son article 1.4.2.

2) Sur l'incompatibilité entre la fonction d'enquêteur et le statut de témoin dans la même affaire

Le procès-verbal daté du 19 mars 2015 mentionne que « *les deux enquêteurs ayant en charge la gestion de cette affaire, en l'occurrence le lieutenant-colonel B et le capitaine C occupent un appartement dans ce bâtiment et ne sont en mesure d'apporter aucun élément concernant cette affaire notamment en ce qui concerne les agissements des membres des deux familles considérées* ».

Pourtant sur l'enquête de voisinage du 1^{er} avril 2015 concernant l'impact de la présence des enfants de la caserne sur la quiétude locale, signée de la main du capitaine C, le lieutenant-colonel B, directeur de l'enquête, et le capitaine C figurent comme témoins et disent n'avoir aucune doléance à formuler concernant la présence des enfants dans la résidence.

Il apparaît que, lors de l'enquête de voisinage effectuée le 1^{er} avril 2015, le capitaine C se retrouve non seulement rédacteur du procès-verbal mais également témoin puisqu'il donne son avis sur l'impact de la présence des enfants dans la caserne sur la quiétude locale.

L'absence de doléance de capitaine C ne permet pas d'affirmer qu'il était totalement indépendant et impartial pour mener cette enquête alors qu'il résidait depuis 7 mois dans la résidence et était le voisin direct de la victime et du mis en cause.

A cette observation, les rapports transmis relèvent que le capitaine C était souvent absent de son domicile au sein de la résidence en raison de ses horaires de travail et de ses déplacements pendant ses congés. Le fait qu'il ne soit pas en mesure d'apprécier l'existence d'éventuelles nuisances et qu'il n'ait aucun avis personnel sur la question alors même qu'il résidait dans ce logement depuis 7 mois, n'a pas su convaincre le Défenseur des droits et ne permet pas d'affirmer avec certitude que le principe de neutralité a été respecté.

Il apparaît pour le moins inopportun que le rédacteur d'un procès-verbal puisse également apparaître comme témoin au cours de l'enquête de voisinage, peu importe l'avis formulé par celui-ci.

Un représentant de l'ordre public ne peut être à la fois enquêteur et témoin dans une enquête sans contrevenir au devoir d'impartialité.

Dans le droit fil du rapport spécial de la Commission nationale de déontologie de la sécurité publié au journal officiel de la République Française n° 0015 le 18 janvier 2009 (NOR: CNDX0831477X), le Défenseur des droits rappelle que la qualité principale d'une enquête dépend étroitement de l'impartialité objective et subjective de ceux qui la mènent, impartialité qu'assure, y compris au niveau des apparences, le traitement à distance des procédures susceptibles de mettre en jeu la responsabilité de fonctionnaires locaux.

Le Défenseur des droits considère donc que la fonction d'enquêteur et le statut de témoin dans une même affaire sont incompatibles, et alimente dans le cas d'espèce la suspicion sur le manque d'impartialité de l'enquête.

En conséquence, le Défenseur des droits relève à l'encontre du lieutenant-colonel B et du capitaine C un manquement aux dispositions de l'article R434-11 du code de la sécurité intérieure et recommande que ce texte leur soit rappelé.