

LES NOTIONS DE DÉFENSE ET DE SÉCURITÉ EN DROIT FRANÇAIS

par

Bertrand WARUSFEL

*Secrétaire général du Centre de recherches DROIT ET DEFENSE
de l'Université Paris V (René Descartes)*

"De la Défense à la Sécurité" : c'est ainsi que l'Amiral Lacoste intitule l'un des chapitres de son dernier ouvrage¹. La thèse de l'ancien responsable de la DGSE et de la FEDN est assez simple : "En France, la notion de Défense nationale est implicitement liée à celle de la résistance à l'invasion, à la garde aux frontières", mais aujourd'hui que la guerre froide a cessé, les démocraties sont confrontées à d'autres menaces, jusqu'alors occultées par la confrontation Est-Ouest, telles la grande criminalité, le terrorisme, la drogue, les risques d'explosion sociale ou ethnique, ... De là, il déduit que la problématique de défense doit faire progressivement place à une véritable politique globale de sécurité, faisant appel aux apports des différentes disciplines des "sciences de la sécurité".

Cette thèse - nécessairement réductrice et volontairement provocatrice - a l'avantage de susciter le débat sur l'opportunité de repenser - et éventuellement de renommer - notre politique de défense. Certains constatent en effet que le terme "défense" retenu par la tradition française et notre Constitution n'est pas repris dans les textes européens et internationaux qui ne connaissent, eux aussi, que la notion de "sécurité". Derrière la controverse politico-opérationnelle se cache un débat juridique assez fondamental.

I. L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE DÉFENSE

La notion de "défense nationale" est apparue progressivement à partir de la fin du siècle dernier. Il s'agissait, à l'origine, d'une notion exclusivement militaire dont le champ d'application a eu tendance à s'étendre après la seconde guerre mondiale et sous la Vème République avec l'ordonnance du 7 janvier 1959.

1.1. La tentative d'élargissement d'un concept d'origine militaire

Si le décret du 6 avril 1793 confiait déjà au Comité de salut public la charge de prendre "dans les circonstances urgentes les mesures de défense générale extérieure et intérieure", c'est véritablement durant la guerre de 70 qu'est apparu au grand jour la notion de défense nationale, au travers du "gouvernement de la défense nationale". Cette appellation soulignait

¹ Amiral Pierre Lacoste, "Les mafias contre la démocratie", J.-C. Lattès, 1992, p. 139.

la dimension de résistance militaire de l'ensemble de la Nation face à l'agression et à l'invasion allemande. Bernard Chantebout, qui a fait un historique détaillé de ce concept, souligne que le terme est alors à peu près synonyme du mot "guerre" sauf qu'il véhicule un contenu plus dramatique ².

Quelques décennies plus tard, un décret du 3 avril 1906 reprit à son compte l'expression pour créer le "Conseil Supérieur de la Défense Nationale". En fait, il s'agissait simplement d'un Comité regroupant la Présidence du Conseil, les Finances et le Quai d'Orsay avec les différents ministères militaires : la Marine, les Colonies et le Ministère de la Guerre (c'est-à-dire celui qui s'occupe de l'Armée de Terre). Dans la mesure où le terme "guerre" était accaparé au profit des seules forces terrestres, l'expression "Défense nationale" devenait un substitut commode pour désigner l'ensemble de la fonction militaire. Lorsque, par exemple, le colonel De Gaulle conclut le dernier chapitre du "Fil de l'Épée" consacré à la relation entre "le politique et le soldat", il écrit sans ambiguïté : "il n'y a pas dans les armes de carrière illustre qui n'ait servi une vaste politique, ni de grande gloire d'homme d'Etat que n'ait dorée l'éclat de la défense nationale". La défense n'est bien ici qu'une terminologie noble et valorisante pour décrire la vocation et le métier des armes.

Cette acception strictement militaire de la "défense nationale" - avec ses connotations à la fois psychologiques et techniques - perdura durant les deux guerres mondiales. Certes, la création en 1921 d'un Secrétariat Général Permanent du Conseil Supérieur de la Défense Nationale, à vocation interministérielle, va donner à certains fonctionnaires et militaires (dont le général de Gaulle qui y travailla cinq ans) l'occasion de réfléchir à une acception plus vaste de la défense. Mais son seul résultat important sera la loi du 11 juillet 1938 sur "l'organisation de la Nation en temps de guerre", qui prend en compte les aspects économiques et industriels de la vie nationale, mais demeure une loi de circonstances à finalité exclusivement militaire : préparer la Nation à supporter et à gagner un conflit armé.

Ce n'est qu'entre 1948 et 1950 que quelques textes commencent à évoquer véritablement les aspects non militaires de la défense (aspect financier, économique, psychologique, scientifique, ...) ³. Mais comme dans beaucoup d'autres domaines, c'est la Vème République naissante qui va reprendre à son compte et systématiser les innovations maladroites de la IVème.

D'un côté, la Constitution différencie les prérogatives de défense nationale conférées au Premier Ministre (art. 21), de celles de direction des armées exercées directement par le Président (art. 15), même si l'enchevêtrement des responsabilités est réel (le Président préside les Conseils de Défense et le Gouvernement dispose de la force armée) ce qui rend "le droit positif de la défense nationale (...) toujours difficilement lisible" ⁴.

De l'autre, l'ordonnance du 7 janvier 1959 "portant organisation générale de la défense" donne pour la première fois une définition large de la "défense" dans son célèbre article 1er : "La défense a pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les

² Bernard Chantebout, "L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale", L.G.D.J., 1967, p. 6 et 7.

³ B. Chantebout, op. cit., p. 16 et 17.

⁴ Olivier Gohin, "Les fondements juridiques de la défense nationale", Droit et Défense, juin 1993, n°93/1, p. 13.

formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population. Elle pourvoit de même au respect des alliances, traités et accords internationaux".

L'interprétation officielle, tout comme la doctrine dominante, a voulu voir là une révolution juridique majeure (d'une certaine façon, l'équivalent du renversement effectué par les articles 34 et 37 en ce qui concerne les pouvoirs réglementaires et législatifs) : désormais, la défense est d'une part permanente (et non plus seulement une organisation du temps de guerre) et globale (puisqu'elle prend en compte tous les aspects militaires et non militaires de la protection de la Nation contre les agressions)⁵.

1.2. Une révolution conceptuelle qui n'a pas abouti

Pourtant, on peut douter du caractère effectif et de la portée de cet élargissement consacré par l'ordonnance de janvier 1959.

Le caractère interministériel et non militaire de la défense a été partiellement démenti depuis 1959 par la pratique institutionnelle. D'un côté, personnalité de De Gaulle et arme nucléaire obligent, "le centre de gravité s'est tout de suite déplacé de Matignon à l'Élysée"⁶, c'est-à-dire du responsable interministériel de la défense vers le chef des Armées. De l'autre, après dix années durant lesquelles n'existait au gouvernement qu'un ministre des Armées, M. Debré a été nommé Ministre de la Défense nationale en 1969 et a obtenu d'importantes délégations de pouvoir du Premier ministre. Dès lors, la confusion des rôles a persisté entre le ministre de la Défense et le Premier ministre, avec pour corollaire une relative "récupération" des affaires de défense par l'institution militaire, au détriment des dispositions de l'article 21⁷. Et du même coup, le Secrétariat Général de la Défense Nationale a été rarement en mesure de s'imposer au sein des institutions comme le véritable cœur de la politique de défense française.

Il en est allé de même en ce qui concerne les décisions prises pour assurer la mise en oeuvre des dispositions de l'ordonnance du 7 janvier 1959. Effectuons par exemple la comparaison entre les deux décrets relatifs, l'un à "l'organisation militaire territoriale" (décret du 30 juin 1962) et l'autre à "l'organisation territoriale de la défense" (décret du 12 octobre 1967) : les principaux apports du second décret consistent à décréter que "la zone de défense a les limites territoriales de la région militaire"⁸, que "le général commandant la région militaire exerce le commandement de la zone de défense"⁹ et "la division militaire territoriale a les limites territoriales de la zone d'action régionale"¹⁰. Il est bien clair ici que l'organisation de la défense ne constitue qu'un "greffon" administratif sur l'organisation militaire et qu'elle ne possède, en elle-même, aucune autonomie.

⁵ Cf. par exemple, André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, tome III, p.106 à 108.

⁶ O. Gohin, *op. cit.*, p.12.

⁷ Un autre symptôme de la même tendance fut - après l'affaire Ben Barka - le passage du SDECE de la tutelle de Matignon à celle du ministère des armées.

⁸ article 1er du décret du 12 octobre 1967, modifié par l'article 24 du décret du 20 avril 1983.

⁹ article 2 du décret du 12 octobre 1967, modifié par l'article 25 du décret du 20 avril 1983.

¹⁰ article 7 du décret du 12 octobre 1967.

La difficulté concrète de mise en oeuvre de la "défense économique" (l'un des aspects a priori très novateur de l'ordonnance de 1959) est un autre exemple qui incite à relativiser la portée des mesures de défense non militaire. Le Haut Fonctionnaire de Défense du Ministère des Finances a lui-même reconnu qu'après 1959, "la Défense économique n'a pas su, malgré l'ardente impulsion de Monsieur Debré, profiter de la motivation qu'elle avait suscitée ni, sur sa lancée, confirmer ses réalisations initiales. Le vide ainsi créé par l'absence prolongée d'impulsion ministérielle a privilégié naturellement les préoccupations d'ordre public et de protection des populations, déséquilibrant l'architecture logique de la Défense non militaire, telle qu'elle avait été conçue par l'ordonnance de 1959"¹¹. Et, même si chacun s'accorde - à juste titre - sur l'importance des efforts entrepris depuis 1986 pour relancer cette dimension de la défense, un économiste faisait récemment le constat que "la Défense économique s'est forgée une identité en limitant son ambition à un objet restreint. Ce faisant, elle a perdu une partie de son originalité puisqu'elle n'est alors que l'héritière de l'organisation mise en place pendant les périodes de guerre"¹². On voit donc bien là encore, que derrière le discours officiel, la défense économique n'a pas pu conquérir une autonomie réelle par rapport à la défense militaire au service de laquelle elle demeure intimement liée.

Au total on peut se demander - comme l'a fait dès 1967 Bernard Chantebout - si, dans son principe même, la "défense nationale" ne reste pas d'essence essentiellement militaire. Relevant l'ambiguïté du concept, B. Chantebout en proposait trois sens possibles : "pour les uns, encore nombreux, le terme a conservé sa signification d'avant 1939 : la Défense Nationale, c'est l'Armée ; pour les autres, il désigne l'ensemble des facteurs qui entrent en jeu dans la détermination de l'issue d'un conflit armé. Pour d'autres enfin, la notion de Défense Nationale est tellement large qu'elle se confond finalement - et sans qu'apparemment ils s'en rendent bien compte - avec une autre notion : celle de politique générale de la Nation"¹³. Examinant alors le contenu et les conséquences de l'acception la plus large de la défense, il en venait à démontrer que "la Défense Nationale dès lors est partout (...) mais (que) si la Défense Nationale est partout, elle risque alors de n'être nulle part (...) L'élargissement à l'infini de la notion de Défense Nationale débouche ainsi sur la redécouverte du rôle traditionnel de l'Etat, et sous ses apparences de nouveauté révolutionnaire, justifie donc le statut quo. Par là, il a un effet nocif : il détruit la notion "classique" de Défense Nationale qui seule était susceptible d'exploitation efficace"¹⁴.

Il en a donc déduit une définition beaucoup plus restrictive, que celle communément admise, de la notion de défense sous la Vème République, à savoir "l'ensemble des activités qui ont pour objet principal l'accroissement du potentiel militaire de la nation ou de sa capacité de résistance à une action armée contre elle"¹⁵.

¹¹ Jean Bontoux, "Un outil de prévention et de gestion des crises : la Défense économique", Notes Bleues de Bercy, n°8, 1er février 1993, p.9.

¹² Didier Danet, "La Défense économique, une structure en quête d'identité ?", in "Industrie, Technologie et Défense" (sous la direction de B. Warusfel), Centre Droit et Défense, Documentation Française, 1993, p. 28.

¹³ B. Chantebout, op. cit., p. 21.

¹⁴ B. Chantebout, op. cit., p. 25 et 26. Plus récemment, un économiste, le Professeur Jacques Aben faisait le même type de constatation en évoquant l'argument classique de la contribution des exportations d'armement à l'effort de défense français : "Si cet argument est peu discutable, il revient en réalité à ramener le concept d'offre de défense à une acception globale "à la française", qui risque de tout avaler et de rendre ce concept inutilisable" (Jacques Aben, "Économie politique de la défense", Cujas, 1992, p. 72).

¹⁵ B. Chantebout, op. cit., p. 28.

Cette définition va - certes - à l'encontre de l'analyse traditionnelle selon laquelle la défense nationale serait depuis 1959 totalement globale et interministérielle. Mais elle a, selon nous, l'avantage de bien rendre compte de la réalité administrative et institutionnelle, telle que nous l'avons résumé plus haut : seuls ont été réellement développés depuis 1959, les outils militaires eux-mêmes (forces conventionnelles et nucléaires, réserves, statut des militaires, ..) et les moyens non militaires directement utiles à la mise en oeuvre des forces (mobilisation industrielle, plans de crise en cas de conflit, défense opérationnelle du territoire). Au-delà, le gouvernement et le législateur ont toujours reculé devant la tentation d'établir de véritables dispositifs de défense civile et économique directement reliés à l'ordonnance de 1959 : les mesures d'urgence en matière maritime ou énergétique, tout comme les procédures de contrôle des technologies sensibles à double usage, sont prises sur la base de textes particuliers qui ne font pas référence aux impératifs de défense¹⁶.

Conclure donc que, dans l'état de notre droit positif, la défense consiste essentiellement en la préparation, le soutien et l'emploi des forces armées pour faire face aux agressions contre le territoire ou la population, cela ne veut pas dire pour autant que la collectivité ne se préoccupe pas de parer, par d'autres moyens, à des menaces non militaires. Mais c'est là qu'intervient la notion de sécurité.

II. LA SECURITÉ, UNE DEMANDE SOCIALE QUI DÉPASSE LE CADRE DE LA DÉFENSE

Bien que le terme de "sécurité" soit couramment employé pour évoquer les questions militaires ou de défense, la notion qu'il recouvre dépasse largement cet aspect des choses. A partir d'un sens traditionnel apparu dès la Renaissance, la sécurité a pris aujourd'hui une signification moderne qui en fait une demande sociale et politique majeure dans les sociétés développées. Et, par rapport à ce sens, la notion de "défense" apparaît comme subordonnée.

2.1. La sécurité est un état dont la défense est le moyen

La différence entre la notion de "défense" et de "sécurité" apparaît très clairement lorsque l'on se réfère aux définitions littérales données par les dictionnaires de la langue française. Le terme "défense" renvoie (outre le sens spécifique - et non conforme à l'origine latine "defendere" - d'interdiction, prohibition) au fait de protéger quelqu'un ou de se protéger comme quelqu'un ou quelque chose¹⁷ alors que la "sécurité" se définit comme : "Confiance, tranquillité d'esprit bien ou mal fondée, dans un temps, dans une occasion où il pourrait y avoir sujet de craindre" (Académie Française, 1776), "tranquillité d'esprit, bien ou mal fondée, dans une occasion où il pourrait y avoir sujet de craindre" (Littré), "Confiance, tranquillité d'esprit résultant de la pensée qu'il n'y a pas de péril à craindre" (Larousse Universel).

¹⁶ Par exemple, l'article 1er de la loi du 28 décembre 1986 sur les relations financières avec l'étranger, l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix, l'article 1er de la loi du 20 mai 1969 sur les transports maritimes d'intérêt national ou encore la loi du 29 octobre 1974 sur les économies d'énergie. Et pour les contrôles à l'exportation, le décret du 30 novembre 1944.

¹⁷ Et son sens militaire est assez ancien, puisque le Dictionnaire de l'Académie Française cite, dans son édition de 1776, l'exemple de "prendre les armes pour la défense de son pays".

D'emblée, l'on constate une différence fondamentale : la défense est une action déclenchée pour parer une menace, alors que la sécurité est le sentiment d'un état dans lequel se trouve le sujet. La permanence est donc plus du côté de la sécurité (état qui vise à être permanent sauf durant les périodes de péril) que du côté de la défense (action qui s'effectue à un moment donné en réponse à un péril identifié). Certes, cela n'exclut pas que la défense, comme cela est le cas depuis 1959, possède une forme de permanence minimale dans la mesure où sa préparation doit être ininterrompue. Cette permanence peut même être accentuée par la dissuasion nucléaire en qui la préparation est à ce point dissuasive qu'elle dispense de l'action elle-même. Mais pour autant, la lecture des définitions nous indique bien qu'il y a une différence de nature entre défense et sécurité.

L'analyse historique du concept de "sécurité" renforce cette distinction entre les deux termes. Il semble acquis que le mot de "sécurité" est devenu d'un usage courant à partir du XVI^{ème} siècle, alors qu'auparavant on utilisait "sûreté" et "sauveté". Plusieurs historiens ont estimé qu'il y aurait entre "sûreté" et "sécurité" une différence : "sûreté" indiquant l'état lui-même et la "sécurité" le sentiment d'être en état de sûreté¹⁸. Mais dans notre réflexion présente, cette nuance n'a pas d'incidence réelle, les deux termes étant proches¹⁹ et de même origine étymologique. Si la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 range la "sûreté" parmi les "droits naturels et imprescriptibles de l'homme" (article 2), le Préambule de la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776 évoque, pour sa part, le droit pour le peuple d'organiser les pouvoirs selon des formes "qui lui paraîtront les plus propres à assurer sa sécurité et son bonheur".

L'important est surtout de constater que sous différentes variantes de vocabulaire, l'on a assisté à une "demande croissante de sécurité qui ... a caractérisé et accompagné l'essor de notre civilisation"²⁰. Accompagnant les progrès de l'humanisme, puis du développement de l'État-nation et de la pensée libérale du siècle des Lumières, la sécurité devient un élément-clé de la philosophie politique moderne, ce qui fait dire à Georges Burdeau que "le Pouvoir doit être un pourvoyeur de tranquillité ; sa vertu se révèle par des champs florissants, des affaires prospères et des consciences apaisées" et que "le souci de leur sécurité qui anime les gouvernés rejoint par ses conséquences la volonté des gouvernants d'être tenus pour légitimes"²¹. A cet avènement de la sécurité comme but de l'action politique correspond aussi, le développement parallèle d'une large demande de sécurité dans le domaine économique et social, depuis les théories mercantilistes jusqu'à l'apparition des systèmes de sécurité sociale en passant par le développement de l'assurance²². Et ajoutons qu'aujourd'hui, l'on identifie également une nouvelle forte poussée "sécuritaire", tournée à la fois vers les dangers du chômage et des différentes formes de délinquance.

¹⁸ Cf. notamment, Philippe Bonnichon, "Les notions de sûreté intérieure et de sûreté extérieure de l'Etat dans le droit positif français", S.G.D.N. (étude non publiée) ou Jean Delumeau, "Le sentiment de sécurité dans l'histoire", Cahiers de la Sécurité intérieure, Documentation Française, 1990.

¹⁹ Le Professeur Rivero estime, par exemple que "l'objet de la sûreté est ... la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir" (Jean Rivero, "Libertés publiques", PUF, 4^{ème} édition, 1984, Tome I, p. 32.).

²⁰ Jean Delumeau, op. cit., p. 22.

²¹ Georges Burdeau, "L'Etat", Le Seuil, 1970, p. 41 et 44.

²² Cf. Jean Halperin, "La notion de Sécurité dans l'histoire économique et sociale", Revue d'histoire économique et sociale, XXX^{ème} volume, 1952, n°1, p. 7 et s.

Si l'on accepte donc l'idée que la notion de sécurité renvoie à un sens beaucoup plus large, profond et fondamental que celle de défense, cela conduit à considérer d'un œil critique l'opinion dominante selon laquelle il faut subordonner les questions dites de sécurité à la défense considérée dans sa globalité. Symbole sémantique de cette prétendue subordination, il existe deux organismes chargés de la "sécurité de défense" : le service de sécurité de défense du SGDN (chargé de la protection du secret au niveau interministériel) et, au Ministère de la Défense, la Direction de la Protection et de la Sécurité de Défense (DPSD, chargée de la protection des unités et des établissements des forces armées contre l'espionnage et les menaces subversives). Dans ces deux cas, la sécurité est considérée comme une technique de protection mise au service des objectifs de défense. Dans la même logique, il est fréquent de voir présenter certains problèmes de "sécurité publique" (notamment en matière de terrorisme ou de grande criminalité) comme devant être considérés comme des "menaces de défense", ce qui peut vouloir dire deux choses : soit ne relèvent de la défense que les atteintes à la sécurité qui cachent l'action d'une puissance étrangère (ce qui paraît tout à fait logique), soit tout problème de sécurité publique important est considéré, ipso facto, comme ayant des conséquences indirectes sur le plan de la défense, même en l'absence de toute implication étrangère explicite. On perçoit alors le risque que peut représenter pour les libertés publiques cette mise en tutelle de la sécurité par la défense qui introduit des logiques de guerre - c'est-à-dire non démocratiques - dans la lutte contre un "ennemi intérieur"²³.

Considérer que la sécurité est une notion globale et permanente dont la défense – entendue comme la préparation et l'usage des moyens militaires contre des menaces armées – n'est qu'un moyen, contribuerait à repositionner les deux concepts dans leur acception profonde. Cela réaffirmerait beaucoup plus clairement le principe fondamental "arma cedant togae" qui subordonne l'autorité militaire au pouvoir civil. Bien que, depuis la fin de la guerre d'Algérie, les risques de rébellion des Armées contre le pouvoir politique et la démocratie soient extrêmement faibles, il n'en demeure pas moins que l'inaboutissement de l'extension de la défense évoqué plus haut provient pour partie de la réticence du corps militaire à abandonner au pouvoir civil les prérogatives de défense. Une politique de défense qui dépendrait juridiquement d'une politique globale de sécurité définie par les autorités civiles consacrerait définitivement une situation pleinement démocratique. Et paradoxalement, il serait peut-être plus aisé dans ce contexte de traiter de manière transversale et interministérielle certaines questions de sécurité collective que les ministères civils ont aujourd'hui des réticences à considérer comme intéressant la Défense, de peur d'un empiétement du puissant appareil militaire sur leurs prérogatives. Cela clarifierait également un aspect essentiel de la collaboration civil-militaire, à savoir les missions de police de la gendarmerie qui serait plus clairement qu'aujourd'hui identifiées comme la contribution, en temps de paix, de l'outil de défense à la sécurité publique générale.

Par ailleurs, ce renversement de la relation défense/sécurité facilite la mise en cohérence des textes constitutifs de notre politique de défense avec, d'une part, notre nouveau Code pénal et, d'autre part, les textes européens et internationaux.

²³ cf. par exemple sur ce risque Jacques Robert, "Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques", *Revue du Droit Public*, 1986, n°6, p. 1651 et s.

2.2. Défense et sécurité face aux "intérêts fondamentaux de la nation"

Il y a toujours eu une certaine convergence entre les définitions législatives de la défense et celles des infractions contre la sûreté de l'État (et notamment de la violation du secret de défense). Lorsque seule la dimension militaire de la défense était prise en compte, seuls les secrets militaires étaient préservés, puis un an après la loi de 1938 qui organisait l'économie et la société en temps de guerre, apparut les premières tentatives d'énumération des "secrets de la défense nationale"²⁴. Vingt ans après, lorsque l'ordonnance du 7 janvier 1959 eut finalement renoncé à décrire en détail le contenu de la défense nationale²⁵, l'ordonnance du 4 juin 1960 réforma le Code pénal et fit disparaître l'énumération de l'article 78 pour y substituer une définition très générique : est secret de défense ce qui "doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale". L'histoire nous montre donc bien l'importance qu'il y a à ce que les nouvelles dispositions prévues en la matière dans le futur Code pénal demeurent en harmonie avec les textes fondamentaux de la politique de sécurité et de défense, et réciproquement.

Or, le nouveau Code pénal, adopté par les lois du 22 juillet 1992 et qui rentrera en vigueur dans quelques mois, comporte une innovation juridique très importante qui concerne les atteintes aux "intérêts fondamentaux de la nation". La partie du Code traditionnellement consacré aux crimes et délits contre la sûreté de l'État va être, en effet, remplacée par un livre IV intitulé "Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique" qui débute par un article 410-1 définissant les "intérêts fondamentaux de la nation" comme s'entendant de "son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel".

Cette définition conditionne l'application de toute une série d'incriminations concernant : les intelligences avec une puissance étrangère, la livraison d'informations à une puissance étrangère, le sabotage, la fourniture de fausses informations. Et ce dispositif possède deux caractéristiques particulièrement significatives dans le contexte qui nous intéresse ici :

- la définition de ces intérêts fondamentaux n'évoque la défense qu'au travers de l'expression "les moyens de sa défense et de sa diplomatie". Il paraît ainsi clair que le texte pénal limite la notion de défense aux moyens de protection militaire du territoire alors qu'il traite en parallèle et sur un pied d'égalité des objectifs tels que l'indépendance, l'intégrité du territoire, la sécurité, la forme républicaine des institutions, la sauvegarde des populations, la protection de l'environnement, du potentiel scientifique et économique et du patrimoine culturel. Autrement dit, une large partie de ce qui pouvait être considéré comme couvert par la notion élargie de "défense nationale" est considérée désormais comme des intérêts fondamentaux de la nation distincts de ceux de la défense au sens strict. C'est ce qu'a reconnu le Garde des Sceaux lors des débats parlementaires lorsqu'il affirmait que ce nouveau Code "substitue aux notions de sûreté de l'État et de défense nationale, autour desquelles

²⁴ Article 78 du décret-loi du 29 juillet 1939.

²⁵ B. Chantebout, op. cit., p. 17 et 18.

s'organisent les dispositions du code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation" ²⁶.

- une analyse attentive des nouvelles infractions révèle que "l'atteinte au secret de défense n'est plus qu'une partie limitée des atteintes aux "intérêts fondamentaux de la nation" (...) la prise en compte du caractère dominant des menaces indirectes non militaires amène le législateur à ne plus considérer le secret de défense que comme un instrument d'application limité au service d'une mission beaucoup plus vaste et plus importante qui est la défense tout azimut des intérêts fondamentaux de la nation" ²⁷.

Il y a ainsi dans ce nouveau texte une divergence marquée avec la conception traditionnelle de la défense. Car, comme le souligne le lieutenant-colonel Watin-Augouard, "il semble cependant ériger la défense en sous-ensemble, comme si elle pouvait ne pas porter sur l'ensemble des intérêts fondamentaux de la nation", ce à quoi il ajoute : "cette ambiguïté est levée si l'on donne à l'expression "défense" ou "défense nationale" un sens plus restrictif, limité au domaine militaire et au "complexe militaro-industriel"" ²⁸.

L'architecture retenue par le nouveau Code pénal reflète donc une conception juridique dans laquelle un noyau dur de défense à dominante militaire s'insère dans un dispositif plus vaste prenant en compte la protection d'un large éventail d'intérêts généraux de la nation, qui s'apparente plutôt à ce que recouvre la "sécurité" telle qu'elle est perçue hors de nos frontières.

2.3. La sécurité, notion-clé du droit international et européen

Le dernier aspect à considérer est celui de l'harmonisation de notre terminologie juridique avec le contexte international, et plus particulièrement européen. Il est frappant de constater que, tant en droit international public que dans le droit communautaire et européen, la notion de "défense" est quasi-absente alors que la référence à la notion de "sécurité" (sous différentes appellations : sécurité publique, sécurité nationale) est systématique.

C'est le cas de la Charte des Nations-Unies qui, d'une part institue le "Conseil de sécurité" et fait un large emploi de l'expression "sécurité internationale". Le terme "défense" ne trouve sa place dans la Charte qu'à une seule occasion : l'article 51 qui stipule qu' "aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations-Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales". On reconnaît clairement ici l'interprétation stricte et littérale de la notion de "défense" conçue comme une réplique ponctuelle à une agression armée, laquelle défense est reconnue comme une exception limitée aux règles plus générales du droit de la sécurité internationale.

²⁶ Sénat, séance du 22 avril 1992.

²⁷ Bertrand Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation", in "Industrie, Technologie et Défense", op. cit., p. 149.

²⁸ Marc Watin-Augouard, "Défense et réforme du Code pénal", Droit et Défense, juin 1993, n°93/1, p. 29.

En Europe, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 reprend les termes de la Déclaration française de 1789 pour affirmer dans son article 5 que "toute personne a droit à la liberté et à la sûreté". Mais elle fait plusieurs fois mention d'un ensemble de notions proches telles que "sûreté publique", "sécurité publique", "sécurité nationale", "ordre public", "défense de l'ordre", "intégrité territoriale", ... Toutes ces notions dont l'utilisation ne paraît pas toujours très homogènes d'un article à l'autre, sont introduites pour justifier au nom des intérêts collectifs certaines dérogations à des droits civiques tels que : la publicité des débats (art. 6), respect de la vie privée (art. 8), liberté de manifester sa religion (art. 9), liberté d'expression (art. 10), liberté de réunion (art. 11).

Dans le Traité de Rome du 25 mai 1957, on retrouve également la notion de sécurité invoquée comme motif d'exception à l'application de certaines règles du droit communautaire²⁹. C'est spécifiquement le cas dans l'article 223 qui prévoit qu' "aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité" et que "tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre".

Mais c'est aussi vrai des articles 36 (relatif aux restrictions d'importation et d'exportation) et 48 (libre circulation des travailleurs) qui mentionnent notamment parmi les exceptions possibles la "sécurité publique". Cette expression qui pouvait prêter à interprétation, a été clarifié par une décision de la CJCE du 4 octobre 1991 relative à une mesure de restriction à l'exportation d'un produit stratégique à double usage. La Cour a, en effet, établi, que "la notion de sécurité publique, au sens de l'article 36 du traité, couvre tout à la fois, la sécurité intérieure d'un État et sa sécurité extérieure"³⁰. Et dans sa décision *Campus Oil* de 1984, elle avait déjà admis que cette notion couvrait, au-delà des seuls aspects militaires, différents types de mesures (y compris pouvant avoir des conséquences économiques) nécessaires à la sécurité de la collectivité nationale³¹.

On remarquera aussi que le traité CEE établit une différence de régime entre les mesures de sécurité pouvant être prises par les États membres en temps normal (articles 223, 36 et 48) et le cas spécifique - décrit à l'article 224 - des "mesures qu'un État membre peut être amené à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale". En appliquant aux différentes situations prévues à l'article 224 une procédure spéciale (consultation des États membres en vue de prendre les dispositions nécessaires), le droit communautaire semble faire, lui aussi, une différence implicite entre l'application permanente de mesures de sécurité et la prise en compte ponctuelle et exceptionnelle de mesures de défense visant à répondre à une menace armée ou à des troubles graves.

²⁹ Cf. Peter Gilsdorf, "Les réserves de sécurité du Traité CEE à la lumière du Traité sur l'Union Européenne", *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n° 374, janvier 1994, pp. 17 et s..

³⁰ Cf. Bertrand Warusfel, "Contrôle des exportations de produits stratégiques et droit communautaire (affaire *Aimé Richard*)", *Droit de l'informatique et des télécoms*, n°92/3, p. 50.

³¹ CJCE, 10 juillet 1984, aff. 72/83, Rec. P. 2727.

Enfin, le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 se réfère, à son tour, à une terminologie qui paraît cohérente avec notre présentation des rapports entre "défense" et "sécurité". L'article J du Traité de Maastricht met en place une "politique étrangère et de sécurité commune" dont les objectifs sont notamment : "la sauvegarde (...) des intérêts fondamentaux et de l'indépendance de l'Union ; le renforcement de la sécurité de l'Union et de ses États sous toutes ses formes ; le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale" (article J.1). Il affirme donc bien la prééminence de la notion de sécurité sur tous les autres aspects. Et cette primauté s'exerce explicitement sur la notion de "défense", puisqu'aux termes de l'article J.4, "la politique étrangère et de sécurité commune inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union européenne, y compris la définition à terme d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire, le moment venu, à une défense commune". Il y a donc bien dans le Traité de Maastricht l'indication d'une hiérarchie décroissante entre politique de sécurité, politique de défense et outils et actions de défense.

L'analyse des textes, tant français qu'internationaux, témoigne finalement d'une double réalité :

- malgré tous les efforts déployés depuis plus de trente ans, la défense demeure la préparation des forces à répondre à des agressions armées directes ou indirectes. Et si sa mise en oeuvre nécessite la réalisation d'importantes mesures non militaires parallèles ou préalables (dans le domaine économique, industriel, financier, sanitaire, alimentaires ...), toutes ces mesures demeurent gouvernées par l'ultima ratio militaire. Le général de Gaulle lui-même ne disait d'ailleurs pas autre chose en 1959 : "l'action militaire, l'action sur les champs de bataille, est l'aboutissement de la défense. Mais il est aussi un aboutissement dont, à son tour, tout dépend"³².
- la sécurité est, dans le monde moderne, l'une des principales missions régaliennes des États et son champ d'intervention dépasse largement celui de la seule défense. En toute logique, ce serait sans doute la notion de sécurité nationale³³ qui posséderait pleinement les caractéristiques de permanence et de globalité traditionnellement reconnues à la défense nationale.

Ceci constaté, deux démarches sont théoriquement possibles. L'une – ambitieuse et présentant les avantages de la cohérence intellectuelle – consisterait à réorganiser la hiérarchie des termes (et donc, des concepts) dans nos textes de droit positif. Cette hypothèse a été débattue lors des travaux préparatoires du Livre Blanc sur la Défense, lequel aurait pu recommander une réécriture de l'ordonnance de 1959 dans ce sens. Mais l'autorité politique en a décidé autrement en choisissant de conserver intact notre dispositif, face à une réalité stratégique pourtant changeante.

³² Charles de Gaulle, allocution du 3 novembre 1959.

³³ Cette notion de "sécurité nationale" a, d'ailleurs été introduite subrepticement dans le droit français par l'article 3 de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

Dès lors, il nous reste à travailler dans la seconde perspective qui consiste à faire en sorte que la notion de défense finisse par recouvrir tout ce que l'ordonnance de 1959 souhaitait y voir figurer, y compris tout ce que nos partenaires européens et internationaux comprennent, pour leur part, sous le vocable de "sécurité"³⁴.

Si cet effort de construction d'une véritable "défense nationale" élargie réussit, nous n'aurons plus à gérer qu'une simple question de compatibilité sémantique. Mais, même dans ce cas, notre problématique française risque de demeurer mal adaptée à un contexte européen dans lequel la répartition des compétences entre l'Union et les États membres se fera, en distinguant celles qui relèveront strictement du domaine de la défense militaire de celles liées aux autres missions de sécurité collective. La distinction formelle entre défense et sécurité aurait été là – plus qu'un scrupule de juriste – un instrument efficace pour faire jouer la subsidiarité entre les différents niveaux du système institutionnel européen.

Bertrand WARUSFEL
(octobre 1994)

³⁴ Dans cet esprit, Olivier Gohin propose une tentative de décomposition de la défense en deux volets : sécurité et protection (cf. *Droit & Défense*, 94/4, p. 20).