

LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA DÉFENSE NATIONALE

par

OLIVIER GOHIN

*Professeur à l'Université de Paris V - René Descartes
Directeur de la Revue DROIT ET DÉFENSE*

Il a été beaucoup écrit par la doctrine universitaire sur la nature du régime politique français avec un souci constant de faire entrer la loi fondamentale qui est pourtant un texte de compromis¹, dans les casiers étroits et obsolètes du droit constitutionnel. Si l'exercice a certainement une vertu pédagogique, on voit bien cependant qu'il se heurte assez vite au pragmatisme juridique qui caractérise la matière. Disons, pour résumer, que l'essentiel de la discussion porte, à l'évidence, bien moins sur les relations entre les pouvoirs publics : législatif et exécutif que sur les modalités du partage des compétences au sein de l'exécutif lui-même : Président de la République et Premier ministre.

Or, la rupture de la coïncidence, au moins partielle, entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire fait entrer la France dans un schéma dit de cohabitation, marqué par le phénomène simultané du maintien de la légalité et de la perte de la légitimité de la fonction présidentielle. Tel a été le cas entre mars 1986 et mai 1988 et tel est à nouveau le cas depuis mars 1993, pour une nouvelle période de deux ans au plus, le temps de procéder par voie d'élections au réajustement des deux majorités politiques.

Dès lors, cette situation d'exception sous la Vème République qui résulte du seul refus du Président de la République

d'engager sa responsabilité politique devant le peuple français, estompé provisoirement la pratique institutionnelle et impose le retour à la norme juridique telle qu'elle résulte d'un ensemble passablement hétérogène dont la lettre de la loi fondamentale, mais aussi la coutume constitutionnelle sont les éléments principaux.

En droit positif, il convient de partir d'un texte essentiel, le plus souvent occulté en matière de défense : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en date du 26 août 1789 qui ne comporte pas moins de quatre dispositions applicables, à regrouper deux par deux pour traiter, selon une technique toute militaire, de la mission à accomplir et des moyens à mettre en oeuvre.

La mission d'abord : il s'agit de ce qui doit être défendu, c'est à dire des valeurs énoncées aux articles 2 et 3 de la Déclaration :

- l'article 2 renvoie aux droits universels de l'homme² articulés autour de la liberté, en liaison avec la propriété qui en est la garantie et avec la sûreté et la résistance à l'oppression qui en sont de simples déclinaisons, au titre de la liberté individuelle ou de la liberté politique respectivement ;

¹ Par exemple, Bernard Chantebout, *La Constitution française - Propos pour un débat*, Coll. Connaissance du Droit, Paris, Dalloz, 1992, pp. 26 et s.

² L'article 2 dispose : "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".

- l'article 3 renvoie aux droits du citoyen français³ par les deux prescriptions suivantes : d'une part, celle de l'électorat-fonction et de la souveraineté exclusivement nationale⁴. On soulignera que cette disposition n'interdit pas à la France de s'intégrer à des constructions internationales, réductrices par définition de ses propres compétences, pour autant que ce transfert soit l'effet de sa seule volonté, qu'il demeure d'une ampleur limitée et qu'il soit toujours réversible. D'autre part, celle de la démocratie politique, laquelle repose sur la conjonction entre l'autorité légale et la représentation légitime.

Les moyens ensuite : si le droit français exprime nettement quelles sont les valeurs de la défense avec une force de premier ordre puisque de niveau constitutionnel, la Déclaration de 1789 offre à ces droits de l'homme et du citoyen une garantie qui est celle de la force publique. L'article 12 en énonce le principe tandis que l'article 13 en définit les conditions. Or, cette notion de force publique a un sens précis, donné par le décret du 6 décembre 1790 : la réunion des forces de tous les citoyens, expression à rapprocher du décret Barrère du 23 août 1793 sur la levée en masse pour défendre la Patrie en danger.

Parce que la force publique, c'est la Nation en armes, elle correspond exactement à la défense nationale et globale, notion qui n'a pas été créée, mais seulement reprise par l'article 1er de l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur l'organisation générale de la défense. Que lit-on, en effet, dans la première Constitution écrite française, celle du 3 septembre 1791, Titre IV, article 1er ? Ceci : "La force publique est instituée

3 L'article 3 dispose : "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément".

4 C.C., 29-30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, déc. 76-71 DC, Rec. 15 ; *AFDI* 1977. 895, note Rambaud ; *Cahiers de droit européen* 1977, p. 458, note Boulouis ; *Clunet* 1977, p. 66, note Ruzié ; *D.* 1977. J. 201, note L. Hamon ; *RDP* 1977. 129, note Favoreu et Philip ; *RTDE* 1977. 666, note Kovar et Simon ; *JCP* 1978. I. 2895, note de Villiers.

pour défendre l'Etat contre les ennemis du dehors" (renvoi à la défense militaire) "et assurer au dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois" (défense civile, incluant toutes les missions de sécurité publique confiées principalement à la gendarmerie et à la police nationale).

Ce qui est donc nouveau dans le cadre de l'ordonnance de 1959, mais qui émerge, en réalité, à partir de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre, c'est l'idée d'une défense qui est également économique et culturelle et qui, de plus, est désormais conçue comme permanente. On ne saurait dire d'ailleurs que le dispositif constitutionnel ou législatif exprime parfaitement cette permanence parce que le droit français en est resté fondamentalement à un état dépassé des relations internationales, comme l'établit de façon suffisante l'article 35 de la Constitution de 1958, lequel continue à faire référence à l'autorisation parlementaire pour déclarer la guerre⁵.

Il est sans doute inutile d'insister, à ce sujet, sur le fait que le passage de la paix à la guerre a cessé d'être lent et formalisé : parce que le risque militaire reste permanent, il n'y a que des phases d'activation du dispositif général de défense dans un contexte mondial instable, selon des formes diverses et progressives pouvant aller, en toute logique, de l'intervention extérieure ponctuelle jusqu'au déclenchement du feu nucléaire. Et, de même, les conflits modernes s'engagent sans déclaration de guerre préalable pour la double raison que la stratégie de dissuasion est nécessairement continue et qu'il existe un avantage militaire considérable à opérer une frappe par surprise, essentiellement par voie aérienne.

La crise du Golfe aura bien illustré ce schéma d'ensemble de montée en

5 Disposition qui reprend l'art. 9 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ainsi que l'art. 7 de la Constitution du 27 octobre 1946.

puissance d'un conflit international, depuis la condamnation de l'Irak par la résolution 660 du Conseil de sécurité jusqu'à l'autorisation de l'intervention armée par sa résolution 678 en passant notamment par l'embargo qui, l'espace d'un instant, aura été la stratégie française. Le résultat général est donc une action de forces combinées, conduite en janvier-février 1991 sans déclaration de guerre et au moyen de bombardements préventifs sur des objectifs militaires, d'une précision et d'une efficacité remarquables.

Si donc la France, en tant qu'Etat de la Coalition, a participé aux opérations militaires contre l'Irak, c'est au service du droit international comme membre des Nations-Unies et dans le cadre d'un mandat reçu du Conseil de sécurité, et non au titre d'une guerre que la Charte de 1945 d'ailleurs interdit, au sens de recours à l'emploi de la force entre les Etats membres, sauf en cas de légitime défense⁶. Dès lors que l'article 35 de la loi fondamentale ne trouvait pas à s'appliquer, la participation de la représentation parlementaire au processus de décision aura suivi, à juste titre, la voie constitutionnelle de l'engagement de responsabilité du Gouvernement sur une déclaration de politique générale relative au Moyen-Orient, impliquant le recours à la force armée contre l'Irak faite, pour cet Etat, d'avoir opéré, dans le délai imparti, son retrait inconditionnel du Koweït⁷.

6 Charte du 26 juin 1945, art. 2, 4 et art. 51. A ce sujet, Raphaël Hadas-Lebel, "La déclaration de guerre", *Le Monde*, 22 décembre 1990. On peut également recenser les conflits coloniaux de la IV^{ème} République déclenchés sans déclaration de guerre : à ce sujet, Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Coll. Premier Cycle, Paris, PUF, p. 401.

7 Engagement de responsabilité sur une "déclaration d'intention", fondé sur l'article 49-1 de la Constitution devant l'Assemblée nationale et l'article 49-4 de la Constitution devant le Sénat.

Sur la fonction de contrôle du Parlement en ces circonstances, Guy Carcassonne, Olivier Duhamel et Yves Mény, "Parlement et démocraties en guerre", *Pouvoirs* n° 58, 1991, pp. 75 et s.

Or, il faut ici préciser que ce vote parlementaire, juridiquement inutile pour intervenir à l'extérieur du territoire français dans le cadre d'une opération de sécurité collective⁸, était surtout politiquement habile pour les deux raisons suivantes : d'abord, en tant que moyen de légitimer le recours à la force, c'est à dire d'associer la nation à la guerre ; ensuite, en tant que moyen de protéger l'exécutif contre l'hypothèse où le conflit armé aurait soit mal tourné, soit tout simplement trop duré.

Le contournement régulier de l'article 35 par l'article 49 de la Constitution donne ainsi un bon exemple de la dynamique institutionnelle en matière de défense nationale qui permet une répartition des compétences entre le législatif et l'exécutif, au détriment du premier pouvoir (I), et au sein de l'exécutif entre le Président de la République (II) et le Premier ministre (III), au profit en définitive de la première autorité, sans que d'ailleurs ce partage de responsabilité soit susceptible de varier sensiblement en période de cohabitation.

I. LA COMPÉTENCE RÉSIDUELLE DU LÉGISLATIF

Il faut considérer que le régime politique de la Constitution de 1958 a été conçu et compris d'abord comme un régime essentiellement parlementaire, reposant sur le retour à une collaboration équilibrée entre les pouvoirs publics. Toutefois, c'est moins par la fonction de législation que par la fonction de contrôle que le constituant aura cherché à atteindre cet objectif, la réduction du rôle de la loi en matière de défense nationale tenant à quatre dispositions différentes de l'article 34 de la Constitution, pour s'en tenir à cette seule disposition qui établit, à titre principal, la compétence d'attribution du Parlement :

8 Qualification retenue par le Premier ministre en réponse à M. Jean-François Deniau, député U.D.F. du Cher, Assemblée nationale, séance du 12 décembre 1990.

- la loi fixe les règles concernant les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens, ce qui renvoie, par exemple, au Code du service national (loi du 10 juin 1971) ou encore à la législation sur les réquisitions militaires (loi du 3 juillet 1877) ;

- la loi fixe également les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires militaires de l'Etat, c'est à dire le statut général des militaires fixé par la loi du 13 juillet 1972, plusieurs fois modifiée. Il s'agit, dans le droit de la fonction publique, d'un statut autonome qui vient appliquer le principe révolutionnaire, selon lequel "la force publique est essentiellement obéissante ; nul corps d'armée ne peut délibérer". Pour les militaires ce principe signifie donc l'interdiction du droit syndical et du droit de grève ainsi que de sévères restrictions à l'exercice des libertés publiques, notamment par une relative limitation du droit d'association ou encore par une conception exigeante de l'obligation de réserve et de la liberté d'expression, principalement politique⁹.

- la loi détermine les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale, comme c'est le cas par l'ordonnance du 7 janvier 1959 ou, de façon plus précise et plus récente, par la loi du 22 juillet 1987 sur la sécurité civile. Il y a lieu cependant de souligner combien le rôle du Parlement est des plus réduits en cette matière, bien en-deça des exigences constitutionnelles. C'est que l'ordonnance sur l'organisation générale de la défense n'est, en effet, qu'un texte de l'exécutif à valeur législative¹⁰ et nombre de réglementations dépassent largement l'hypothèse de la simple mesure d'application, qu'il s'agisse par exemple du décret du 18 juillet 1962 portant organisation de la défense nationale ou encore du décret du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques

⁹ Toutefois, le droit de vote est reconnu aux militaires depuis l'ordonnance du 2 avril 1945.

¹⁰ Const., art. 92, al. 1er.

(F.A.S.). Encore faut-il mentionner le cas des forces océaniques stratégiques (F.O.S.) et des forces nucléaires préstratégiques dont l'engagement n'est réglé par aucun texte alors que les F.O.S. constituent - et de loin - la principale composante de la force nucléaire.

- les lois de finances en matière de défense ainsi que les lois de programmation militaire sont, pour leur part, des lois de programme spécialisées qui permettent d'échapper à l'annualité budgétaire des investissements militaires par le jeu des autorisations de programme. Cette planification financière sur le moyen terme, selon une technique actuellement en panne, subit tous les aléas qui s'attachent assez vite à ce type d'exercice législatif face aux exigences de la conjoncture économique et aux arbitrages en faveur d'autres ministères dépeniers.

II. LA COMPÉTENCE RÉELLE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Pour le reste, la défense nationale repose sur l'exécutif dans le cadre de sa compétence de droit commun et selon un dispositif institutionnel qui reste centré, y compris au début de la seconde période de cohabitation, autour du Président de la République, assisté de son Chef d'Etat-major particulier, du ministre de la Défense et du Chef-d'Etat major des armées ainsi que du Conseil de défense, lequel associe notamment le Premier ministre et le Secrétaire général de la défense nationale au processus de décision politique. Mais la difficulté tient précisément au fait que le droit actuel de la défense nationale est, en tout cas au niveau central, mal agencé et peu cohérent dans un domaine qui suppose, au contraire, clarté et logique.

En faveur de la prérogative du Président de la République en matière de défense nationale, on évoque le plus souvent l'article 15 de la Constitution de 1958 ainsi rédigé : "Le Président de la République est chef des armées, selon une formulation exprimant à la fois la subordination du militaire au politique

et la permanence de l'Etat en la personne de son chef contre les fluctuations et les incertitudes inhérentes aux aléas de la vie politique. C'est assez dire combien cette formulation est de règle dans tous les dispositifs de la Constitution. En ce sens, on peut citer, en droit français, la Constitution de 1791¹¹ ou celle de 1852¹² ou, en droit comparé, la Constitution de la République italienne¹³ ou celle du Royaume d'Espagne¹⁴.

De ces différents exemples on ne saurait donc déduire aucune solution certaine qui permette d'affirmer que le Président de la République se serait vu confier par le pouvoir constituant un rôle privilégié ou prépondérant en matière de défense nationale, même si l'on a pu gloser sur la distinction entre la formulation de la Constitution précédente : "Le Président de la République prend le titre de Chef des armées"¹⁵ et la rédaction actuelle précitée de l'article 15 de la Constitution de 1958. Pourquoi, en effet et par ce seul texte, sa situation à la tête des armées françaises serait-elle juridiquement comparable à celle du Président des Etats-Unis plutôt qu'à celle de la Reine Elisabeth II, compte tenu, en particulier, de la coloration parlementaire du régime politique français ?

Toutefois, il est vrai que cette disposition de la Constitution doit être également replacée dans son contexte et confrontée avec la pratique. Or, le contexte c'est la perspective définie par d'autres dispositions relatives aux pouvoirs présidentiels qui visent à maintenir et à renforcer la situation du Chef de l'Etat au sein des institutions françaises et qui en font un régime parlementaire atypique : l'article 9 sur la

présidence du Conseil des ministres, l'article 16 sur les pouvoirs exceptionnels en temps de crise ou encore, et surtout, l'article 52 sur l'exercice de la fonction diplomatique dès lors que, selon l'expression du Professeur Bernard Chantebout, le système de la dissuasion a pour effet de transformer l'art de la stratégie en un véritable discours¹⁶. Et la pratique c'est l'interprétation active qui est donnée, de façon constante, de l'article 15 de la Constitution pour faire du Président de la Vème République le chef réel des armées tant en matière nucléaire¹⁷ que pour les actions extérieures¹⁸.

Dès lors que cette argumentation, basée sur l'article 15, ne saurait emporter la conviction, il faut donc se tourner vers deux autres fondements juridiques, l'un qui est encore de texte : l'article 5 de la Constitution de 1958 et l'autre qui ne l'est pas : la coutume constitutionnelle¹⁹.

L'article 5 sur la fonction d'arbitrage est rarement invoqué alors même que cette disposition définit de façon très nette - en tout cas bien plus clairement que l'on a bien voulu le dire - le cadre de la mission impartie au Président de la République dans le nouvel édifice

16 En ce sens, Bernard Chantebout, "La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel", *Pouvoirs* n° 38, 1986, p. 23.

17 En ce sens, décret du 14 janvier 1964, art. 5. On peut considérer que les missiles du Plateau d'Albion, pris en charge par l'armée de l'Air, sont couverts par ce texte. On notera que l'ordre d'engagement n'est pas un acte et que la formalité obligatoire du contresecing ne s'impose donc pas, à supposer que ce juridisme ait encore un sens en de telles circonstances.

18 Par ex., les expéditions sur Kolwesi en 1978 ou au Tchad en 1983.

19 Occulter la coutume constitutionnelle pour s'en tenir à la lettre stricte des articles 20 et 21 de la Constitution ainsi qu'à l'ordonnance du 7 janvier 1959 qui développe ces dispositions, revient à exposer un état dépassé, et d'ailleurs inappliqué, du droit de la défense nationale : ainsi l'article récent, fort laborieux et mal argumenté, de Marie-Thérèse Viel, "La répartition des compétences en matière militaire entre le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre", *RDP* 1993, pp. 141 et s.

11 Titre III, Chapitre IV, art. 1er.

12 Constitution du 14 janvier 1852, art. 6.

13 Constitution du 27 décembre 1947, art. 87.

14 Constitution du 27 décembre 1978, art. 62.

15 Constitution du 27 octobre 1946, art. 33.

institutionnel. Or, inspiré du discours de Bayeux, voulu par le général de Gaulle et inscrit au début de la loi fondamentale, il constitue une disposition essentielle dont la rédaction caractéristique associe, dans le cadre de la souveraineté²⁰, l'Etat (al. 1er) à la Nation (al. 2) et définit toutes les hypothèses, au nombre de quatre, qui justifient l'action de défense, notamment militaire : la continuité de l'Etat, l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et l'exécution des engagements internationaux. Au demeurant, on observera que c'est précisément cette disposition qui est également mentionnée, mais de façon implicite, au début du règlement général de discipline dans les armées en ces termes²¹ : "Conformément à la Constitution et à la loi, les armées relèvent du Président de la République, chef des armées, garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire".

Il est cependant un autre terrain sur lequel fonder en droit la prépondérance du Président de la République en matière de défense, en tous cas nucléaire : c'est celui de la coutume constitutionnelle dont on ne doit pas douter qu'elle a une part décisive dans l'évolution institutionnelle de la Vème République, au profit principalement du Président de la République au sein de l'exécutif. Or, il faut insister sur le fait que la coutume postérieure rend le texte écrit, et de même niveau normatif, inapplicable pour autant qu'il lui est contraire et que violer la coutume constitutionnelle pour revenir à la loi fondamentale, c'est en réalité violer la Constitution elle-même telle qu'elle résulte désormais de son interprétation ou de son évolution. Sans doute la norme juridique, au titre de la coutume constitutionnelle, est plus fragile car son caractère certain est bien plus discutable en raison de l'absence d'écrit. Mais, si l'on doit considérer que l'article 15 est peu probant et l'article 5 trop implicite, la coutume constitue ici, face à

20 Titre Premier de la Constitution du 4 octobre 1958.

21 Décret du 28 juillet 1975.

l'insuffisance de ces dispositions du texte constitutionnel, un fondement juridique intéressant pour autant qu'il est bien resitué dans le cadre de la dissuasion nucléaire.

Car, il faut lier la révision constitutionnelle de 1962 et la réalisation de l'armement atomique dans la mesure où l'élection du Président de la République au suffrage universel direct est une conséquence directe de la nouvelle stratégie tenant à la légitimité nécessaire de celui qui dissuade pour que, dans un système démocratique, il soit effectivement crédible²². Une explication complémentaire, toujours dans la logique de la dissuasion nucléaire, est relative à la concentration indispensable du commandement dans un système de défense dominé par les forces stratégiques, pour la simple raison que la décision de déclencher une telle arme ne saurait se diviser. Et, dès lors que cette décision appartient à un seul homme, il ne peut s'agir que de celui qui, par son élection, est devenu "l'homme de la Nation", assuré de la durée et de la permanence et responsable politiquement de ses actes devant l'Histoire et, par l'effet de sa propre volonté, devant le peuple français tout entier.

Or, de cette coutume constitutionnelle on peut donner un énoncé indiscutable à travers les propos très explicites du Président François Mitterrand pour qui "la pièce maîtresse de la stratégie de dissuasion en France, c'est le Chef de l'Etat, c'est moi; tout dépend de sa détermination. Le reste ne sont que des

22 Telle est bien l'explication donnée par le général de Gaulle à M. Michel Debré, puis au Gouvernement pour justifier le projet de révision constitutionnelle de 1962 : à ce sujet, Odile Rudelle, "Le général de Gaulle et l'élection directe du Président de la République - Étapes d'un processus stratégique", in Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi, *La Constitution de la République*, Coll. Références, Paris, Presses de la F.N.S.P., 1984, pp. 118 et 121; *adde*, Jean-Claude Masclet, "Commentaire de l'article 15", in Gérard Conac et François Luchaire, *La Constitution de la République française*, 2ème éd., Paris, Economica, 1987, p. 540.

matériaux inertes" ²³. Et c'est alors par la coutume constitutionnelle seulement que l'on est en mesure de donner un fondement juridique convenable au pouvoir du Président de la République de donner l'ordre d'engagement de l'arme nucléaire, en corrigeant la grave insuffisance du texte pour ce qui est des forces aériennes ou encore l'absence préoccupante de texte pour ce qui est des F.O.S. ou des forces nucléaires préstratégiques ²⁴.

III. LA COMPÉTENCE VIRTUELLE DU PREMIER MINISTRE

La question qui toutefois se pose à présent, est de savoir si la prépondérance incontestable du Président de la République en matière de défense nationale ne se limiterait pas à l'hypothèse de la dissuasion nucléaire, comme l'argument de la coutume constitutionnelle tendrait à le faire penser. Dans le cadre de la première cohabitation on a pu ainsi soutenir la thèse intéressante, mais inexacte, d'une "monarchie nucléaire" et d'une "dyarchie conventionnelle" ²⁵. Au demeurant, peu de faits ont pu être notés dans cette dernière direction, tels qu'en juillet 1986, une certaine réunion du Premier ministre et de plusieurs responsables militaires au Camp de Mailly, hors de la présence du Président de la République, ou encore, à l'automne 1986, quelques appréciations publiques divergentes relatives à l'"Initiative de Défense Stratégique" (I.D.S.) du Président américain Ronald Reagan ou encore à la loi de programmation militaire.

23 Déclaration sur Antenne 2, le 16 novembre 1983.

24 On souscrit donc pleinement à l'affirmation suivante : "La coutume issue de la pratique présidentielle en matière de défense a, en France, une place exceptionnelle. C'est elle qui a élaboré et élabore quotidiennement ce droit spécial qui est le droit de la défense nucléaire" (Henri Pac, *Le droit de la défense nucléaire*, Coll. Que sais-je ? n° 2472, Paris, PUF, 1989, p. 10).

25 Samy Cohen, "Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle", *Pouvoirs*, n° 38, 1986, pp. 13 et s.

Rien de sérieux ou de durable en tous cas qui vienne donner l'impression d'une remise en cause de la construction institutionnelle d'ensemble telle qu'elle prévaut, au sein de l'exécutif, depuis 1962, soit en toutes matières en période de fait majoritaire, soit en matière de relations internationales et de défense en période de cohabitation politique : pas de domaine réservé, mais bien un partage systématique donnant au Président le choix des grandes orientations et laissant au Premier ministre ou au ministre techniquement compétent le soin de mettre en oeuvre la politique ainsi définie, avec une marge de manoeuvre plus ou moins grande. Dès lors, comment s'étonner que, dans les deux hypothèses de cohabitation déjà connues, le Président de la République ait été juridiquement en mesure de récuser le choix du ministre de la Défense, soit après la proposition du Premier ministre, dans le cas de M. François Léotard en mars 1986, soit, et de façon plus habile pour les deux protagonistes, avant même cette proposition, dans le cas de M. Charles Pasqua en mars 1993 ?

Il reste qu'en dehors de la défense stratégique où le consensus politique demeure réel, y compris en faveur d'une prochaine reprise des tirs nucléaires souterrains en Polynésie française, les occasions de tensions, voire de conflits entre le Président de la République d'une part, le Gouvernement Balladur et la nouvelle majorité parlementaire d'autre part, sont encore nombreuses : par exemple, sur la professionnalisation des forces conventionnelles, sur l'élaboration de la prochaine loi de programmation militaire ou encore sur les modalités d'une intervention armée éventuelle dans les territoires de l'ex-Yougoslavie.

On peut donc se demander si, en période de cohabitation, il existe bien ce risque potentiel, sur le moyen terme, de voir le Premier ministre retrouver les voies et les moyens de sa compétence virtuelle pour venir enrayer, voire promouvoir telle ou telle orientation politique en matière de défense nationale : il s'agirait soit d'un élément de la défense militaire, à condition

d'être alors conventionnel et détachable du stratégique : par exemple, l'action internationale, soit d'un élément de la défense non militaire : par exemple, la sécurité civile.

Il ne faut pas douter, en ce qui concerne la défense nationale, que l'argument de la lettre de la Constitution est à double tranchant dans la mesure où le système politique conçu et réalisé en 1958 comme un régime parlementaire repose, à titre principal, sur le Gouvernement et, au sein du Gouvernement, sur le Premier ministre : les articles 20 et 21 de la Constitution sont clairement en ce sens :

- article 20 : "Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation", ce qui inclut la politique de défense. "Il dispose de la force armée" ;

- article 21 : "Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale". La compétence de principe lui est reconnue pour qu'"il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois militaires". De même, il lui appartient de suppléer, "le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15".

Or, ce dispositif constitutionnel trouve une traduction manifeste, au profit du Premier ministre, dans l'ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense. En ce sens, l'ordonnance est précédée d'un rapport de présentation émanant de la Présidence du Conseil²⁶ et de l'Etat-major de la défense nationale qui ne se réfère à aucun moment au Président de la République, mais qui souligne que "l'accent est essentiellement mis sur les pouvoirs propres de direction générale et militaire de la défense du Premier ministre ainsi que les possibilités d'action ouvertes au pouvoir exécutif en cas de nécessité".

Dans le texte de l'ordonnance du 7

²⁶ Le général de Gaulle n'est devenu Président de la République que le lendemain de la promulgation de l'ordonnance, soit le 8 janvier 1959.

janvier 1959 l'article 2 est relatif à ce pouvoir exécutif qui, "dans l'exercice de ses attributions constitutionnelles, prend les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs" de la défense. Or, le dispositif de l'ordonnance distingue la politique de défense, définie en Conseil des ministres (art. 7, al. 1er), de la direction générale de la défense, arrêtée en Comité de défense (ibid., al. 2), et de la direction militaire de la défense, arrêtée en Comité de défense restreint (ibid., al. 3), ces deux derniers organismes : Comité de défense (art. 10) et Comité de défense restreint (art. 11) étant, pour ainsi dire, des Conseils des ministres réduits aux seules questions de défense. Encore faut-il souligner que la présidence du Chef de l'Etat dans ces trois hypothèses ne pouvait pas lui donner, par elle-même, un pouvoir particulier, pas plus d'ailleurs que la présidence du Conseil des ministres sous les IIIème et IVème Républiques, alors surtout que le droit écrit ne définit pas le processus d'élaboration de la décision au sein de cette institution.

Mais l'essentiel de l'ordonnance du 7 janvier 1959 tient dans l'article 9 ainsi rédigé : "Le Premier ministre responsable de la défense nationale exerce la direction générale et la direction militaire de la défense. A ce titre, il formule les directives générales pour les négociations concernant la défense et suit le développement de ces négociations. Il décide de la préparation et de la conduite supérieures des opérations et assure la coordination de l'activité en matière de défense de l'ensemble des départements ministériels". A cette fin, le Comité de défense restreint est placé sous l'autorité de Premier ministre (art. 11, al. 2), de même que le Comité d'action scientifique de la défense (art. 12), le Comité interministériel du renseignement (art. 13) ainsi que, pour ce qui le concerne, chaque ministre en matière de défense (art. 14) dont, à titre principal, le ministre chargé des armées (art. 16).

Il est donc clair qu'à l'origine et en application de l'article 21 précité de la Constitution, l'organisation générale de

la défense était centrée sur le Premier ministre et privilégiait en cela une lecture parlementaire des institutions de la Vème République. Et l'écho de ces dispositions de droit positif est celui que donne encore le décret du 25 janvier 1978 fixant les attributions du Secrétaire général de la défense nationale, lequel notamment "assiste le Premier ministre dans l'exercice de ses responsabilités en matière de direction générale de la défense" (art. 2, al. 1er).

Toutefois, ce schéma d'ensemble aura été immédiatement perturbé, comme la pratique en est consignée dès le décret du 18 juillet 1962 relatif à l'organisation de la défense nationale, lequel vise à la fois la Constitution, et notamment son article 15, et l'ordonnance du 7 janvier 1959, même si l'on peut affirmer que les dispositions nouvelles s'inscrivent dans une incohérence juridique totale puisqu'elles sont seulement de niveau réglementaire. Il y a donc lieu de distinguer désormais la politique générale de défense, la direction d'ensemble de la défense nationale et, le cas échéant, la conduite des opérations militaires et, par décantation de l'ensemble des textes au travers d'une longue pratique regardée comme étant de droit, de ne retenir que trois organes associés à la décision, présidés et dominés par le seul Président de la République ²⁷ :

- le Conseil des ministres dont l'intervention, en matière de défense nationale, se limite, selon la Constitution, aux hypothèses où il y a lieu d'arrêter un projet de loi, d'adopter ou de modifier un décret réglementaire pris en Conseil des ministres ²⁸, de procéder

27 Const., art. 15, al. 2.

28 A ce sujet, la jurisprudence C.E. Ass., 10 septembre 1992, *M. Meyet, A.J.D.A.* 1992. 643, chron. Mme Maugué et Schwartz ; *R.D.P.* 1992. 1822, note A.-M. Le Bos - Le Pourhiet ; *D.* 1993. 293, note O. Gohin sur le parallélisme des formes, tout décret délibéré en Conseil des ministres ne pouvant plus être modifié que par un autre décret en Conseil des ministres qui requiert également la signature du Président de la République (Const., art. 13, al. 1er.).

Cette nouvelle jurisprudence ne s'applique pas au décret

à la nomination des officiers généraux ²⁹ ou encore de décréter l'état de siège ³⁰ ;

- le Conseil de défense, dénomination fixée par le décret du 14 janvier 1964, qui reçoit la compétence consultative de principe en matière de défense nationale et dont la composition actuellement stabilisée regroupe ses principaux acteurs. Il s'agit des responsables politiques : Président de la République, Premier ministre, ministre de la Défense, ministre des Affaires étrangères, ministre de l'Intérieur, ministre des Finances, des responsables administratifs : Secrétaire général de la Présidence de la République, Secrétaire général de la défense nationale, Délégué général pour l'armement ainsi que des responsables militaires : Chef d'Etat-major particulier du Président de la République, Chef d'Etat-major des armées et chefs d'Etat-major de chacune des armées). On notera d'ailleurs que les procès-verbaux de séance sont rédigés par le Chef d'Etat-major particulier en liaison avec le Secrétaire général de la défense nationale, largement dépossédé de cette attribution malgré les termes toujours en sens contraire de l'article 1er du décret du 25 janvier 1978 précité, ce qui dit assez combien, en matière de défense, le centre de gravité s'est tout de suite déplacé de Matignon vers l'Elysée ³¹.

- le Conseil de défense restreint qui réunit le Président de la République, le

présidentiel, en date du 14 janvier 1964 et relatif aux F.A.S., qui n'a pas été délibéré en Conseil des ministres.

29 Const., art. 13, al. 3.

30 Const., art. 36, al. 1er.

31 Sur la part prise par le Chef d'Etat-major particulier pendant la phase militaire de la crise du Golfe, voir Jacques Robert, *La Croix*, 20 février 1991 et Raphaël Hadas-Lebel, "Le chef des armées", *Le Monde*, 31 janvier 1991 et "La Vème République et la guerre", *Pouvoirs* n° 58, 1991, p. 19 ; *adde*, Samy Cohen, "Le Président, Chef des armées", *ibid.*, pp. 3536.

Il est remarquable de constater qu'à plusieurs reprises, le Chef d'Etat-major particulier du Président de la République est devenu Chef d'Etat-major des armées. Tel est le cas actuellement de l'Amiral Jacques Lanxade.

Premier ministre, le ministre de la Défense, le ministre des Affaires étrangères, le Chef d'Etat-major particulier du Président de la République et le Chef d'Etat-major des armées en une sorte de Conseil national de sécurité³² apte à gérer les crises internationales et à conduire, si besoin, les opérations militaires comme ce fut d'ailleurs le cas, dans une configuration proche, au terme de la crise du Golfe, en janvier-février 1991.

Le droit positif de la défense nationale, en tous cas dans le domaine de la défense militaire, est donc toujours difficilement lisible et largement inconséquent au moment où le Président de la République réaffirme sa volonté de veiller "à la continuité de notre politique de défense"³³. Ainsi il devient véritablement nécessaire et urgent de reprendre l'ensemble du dispositif dans le cadre d'une législation articulée sur l'article 5 de la Constitution ainsi que sur les données actuelles de la coutume constitutionnelle et, d'autre part, élargie aux perspectives de la sécurité internationale. Or, la période de la cohabitation est sans doute la plus propice à cette évolution dès lors qu'il est acquis que la guerre entre le Président de la République et le Premier ministre n'aura pas lieu, du moins sur le terrain de la défense nationale, pour la bonne raison qu'elle n'est plus juridiquement possible.

Il n'en irait autrement que si la reconquête par le Premier ministre d'un pouvoir qu'il doit continuer à partager en matière de défense, devenait bientôt un enjeu du débat politique. Dans une situation générale et permanente de subordination acceptée de sa part, laquelle à l'évidence ne signifie ni inertie, ni exclusion, une telle revendication ne serait pas autre chose que la volonté de changer de système constitutionnel. Pourtant, au début de la seconde cohabitation, on peut assurément douter que tel soit le cas.

O.G.

32 Sur le Conseil d'Etat-major présidé tous les jours par le Président de la République pendant la phase militaire de la crise du Golfe, voir Didier Maus, chron. à la *RFDC* 1991. p. 50.

Au sujet de la création d'un Conseil national de sécurité, voir la proposition en ce sens de M. Pierre Lellouche, député R.P.R. du Val d'Oise (*Libération*, 30 mars 1993).

33 François Mitterrand, allocution radio-télévisée du 29 mars 1993.

Depuis le début de la seconde cohabitation, le Président de la République réunit, chaque semaine, le Premier ministre et le ministre de la Défense en aparté, à l'Élysée.