

DÉFENSE ET RÉFORME DU CODE PÉNAL

par

Marc WATIN-AUGOUARD

*Lieutenant-colonel, chargé de mission auprès du
Directeur général de la Gendarmerie nationale*

La défense, selon l'ordonnance n°59-147 du 7 janvier 1959, a pour objet "d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population. Elle pourvoit au respect des alliances, traités et accords internationaux". Comme le souligne la répartition des responsabilités opérée entre les différents ministres concernés, les enjeux débordent le domaine strictement militaire puisque les aspects civils et économiques s'inscrivent également dans le concept global de la défense. Les institutions, les hommes, les matériels, les installations, les procédures et les informations qui y concourent, le territoire et la population appellent des mesures de sauvegarde particulières. La défense doit être aussi défendue.

Le droit pénal, qui contribue à la protection de la société contre elle-même, étend son dispositif répressif aux atteintes directes ou indirectes menaçant les intérêts collectifs tels que l'autorité, la sécurité et l'identité de l'Etat. La matière n'est pas unitaire au sein du droit pénal. A côté du code pénal, le code de justice militaire, le code du service national et la loi du 11 juillet 1938, sur l'organisation de la nation en temps de guerre - pour ne citer que les textes principaux - illustrent la diversité des sources.

Dans l'ancien code pénal (encore en vigueur jusqu'au 1er septembre 1993), les infractions, issues de l'ordonnance n°60-529 du 4 juin 1960, concernaient la sûreté de l'Etat (art. 70 à 103).

La loi n°92-686 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions du code

pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, institue le livre IV, dernier volet d'une réforme engagée depuis 1986. Ce livre est "le plus important et le plus original", selon les qualificatifs employés lors des débats parlementaires ; il reprend, dans son titre premier, intitulé "des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation", l'essentiel des incriminations antérieures. Au delà de cette continuité, le législateur a accompli une oeuvre particulièrement novatrice en substituant à la notion étroite de sûreté de l'Etat celle d'intérêts fondamentaux de la nation, en simplifiant et en modernisant des incriminations parfois désuètes ou ambiguës dans leur rédaction. En complément de ce toilettage, de nouvelles infractions apparaissent pour tenir compte de l'évolution de la société et des menaces. Cet effort de rénovation s'accompagne d'une meilleure cohérence, grâce au regroupement d'articles jusqu'alors épars. Mais, conjuguée avec la loi d'adaptation du 16 décembre 1992, la réforme du code pénal ne met pas un terme à la pluralité normative puisque subsistent, même modifiés, les autres textes cités supra. Elle introduit en outre une distinction rationae temporis en renvoyant au code de justice militaire la plupart des infractions commises en temps de guerre.

I. LA NOTION D'INTÉRÊTS FONDAMENTAUX DE LA NATION

Les principales atteintes à la défense se réfèrent dans l'ancien code à la notion de sûreté de l'Etat dont aucune défini-

tion n'était donnée. L'inventaire des infractions en modelait les contours. Relevaient ainsi de ce domaine :

- la trahison, l'espionnage, les "autres atteintes à la défense nationale" (appropriation et divulgation de secrets, intelligences, entraves, entreprise de démoralisation de l'armée...),
- les attentats, complots et autres infractions contre l'autorité de l'Etat et l'intégrité du territoire national, les crimes tendant à troubler l'Etat par le massacre et la dévastation et ceux commis en raison de la participation à un mouvement insurrectionnel.

Avec la compétence de la Cour de sûreté de l'Etat (supprimée par la loi du 4 août 1981) s'ajoutait un critère de procédure. Le nouveau code pénal substitue à la sûreté de l'Etat, fortement marquée par sa connotation politique, la notion d'intérêts fondamentaux de la nation. Si ces intérêts apparaissent déjà, pour la plupart, dans le droit pénal, leur énoncé en tête du titre premier du livre IV et la référence qui leur est faite en totalité ou partiellement dans la définition des incriminations n'élargissent pas seulement le champ d'application des infractions : ils en changent la dimension.

1.1. Les intérêts fondamentaux définis par le code pénal

Selon l'article 410-1, les intérêts fondamentaux de la nation recouvrent :

- son indépendance,
- l'intégrité de son territoire,
- sa sécurité,
- la forme républicaine de ses institutions,
- les moyens de sa défense et de sa diplomatie,
- la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger,
- l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement,
- les éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique,
- son patrimoine culturel.

Abstraction faite de l'environnement et du patrimoine culturel, valeurs inédites, chacun des intérêts figurent déjà dans la Constitution (indépendance, intégrité du territoire, forme républicaine des

institutions) comme dans d'autres textes répressifs, ainsi que le montre le tableau 1.

L'article 410-1 n'offre pas une définition exhaustive des intérêts fondamentaux de la nation mais définit l'un des éléments constitutifs des infractions contenues dans le titre premier. Celles-ci peuvent être classées en deux catégories :

- dans la première sont rangées les infractions qui sont susceptibles de porter atteinte à chacun des intérêts fondamentaux ; il s'agit de certains actes de trahison et d'espionnage (art. 411-5 à 411-10) tels que les intelligences, les livraisons d'informations ou le sabotage ;
- dans la seconde apparaissent celles qui affectent spécifiquement un intérêt fondamental comme les infractions au préjudice de la défense nationale (411-2 à 411-4 et 413-1 à 413-11), des institutions de la République et de l'intégrité du territoire (art 412-1 à 412-8).

La lecture de l'article 410-1 appelle une remarque : la comparaison avec l'ordonnance du 7 janvier 1959 (voir tableau 2) montre que le code pénal est beaucoup plus précis dans l'énumération des domaines protégés (par souci de cohérence, l'ordonnance mériterait, elle aussi, une nouvelle écriture...). 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 (l'objet même de la défense est bien la protection des intérêts fondamentaux).

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". Une telle réduction correspond à l'interprétation jurisprudentielle des articles de l'ancien code pénal et au champ d'application du décret du 12 mai 1981, relatif à la protection du secret de défense, et de son instruction interministérielle d'application n°1300/SGDN/SSSD du 12 mars 1982.

Elle s'observe dans d'autres textes : ainsi les articles 20 et 39 de la loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et

Tableau n° 1

	art 401-1 du CP	ancien art 80 du CP	art 1er loi du 26 juil 1968 (1)	art 4 loi du 10 juil 1991 (2)	ancien art 418 du CP	ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense
indépendance	X		X (souveraineté)			
intégrité du territoire	X					X
sécurité du territoire	X		X	X		X
forme républicaine des institutions	X					
moyens de la défense	X	X				
moyens de la diplomatie	X	X				X
sauvegarde de la population	X					X
équilibre du milieu naturel et de l'environnement	X					
potentiel scientifique et économique	X	X	X (intérêts économiques essentiels)	X	X (secrets de fabrique)	
patrimoine culturel	X					

(1) loi relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique, modifiée par la loi n°80-538 du 16 juill.1980.

(2) loi n°91-648 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

Tableau n° 2

ordonnance du 7 janvier 1959	art 410-1
	indépendance
intégrité du territoire	intégrité du territoire
sécurité du territoire	sécurité du territoire
	forme républicaine des institutions
	moyens de la défense
alliances, traités et accords internationaux	moyens de la diplomatie
vie de la population	sauvegarde de la population
	équilibre du milieu naturel et de l'environnement
	potentiel scientifique et économique
	patrimoine culturel

Tableau n° 3

	anciens articles du code pénal
sécurité du territoire	70 71 79 80 93 94 95 97 98 99
intégrité du territoire	70 71 80 88
défense "militaire"	70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 89 90
sauvegarde de la population	80 93
situation diplomatique	80
intérêts économiques essentiels	80
forme républicaine des institutions	86 87 97 98 99

aux libertés, réglementent les traitements intéressant "la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique". En revanche, l'article 20 de la constitution attribue au Premier ministre une responsabilité de la défense nationale qui englobe les domaines civils et économiques. De même, le secrétariat général de la défense nationale qui lui est rattaché a une compétence générale. Parce qu'elle recouvre des domaines à "géométrie variable", la notion de défense nationale aurait pu faire l'objet d'une définition dans le nouveau code (à l'instar de ce qui a été fait pour l'attentat, le complot, le mouvement insurrectionnel- voir infra).

1.2. Un changement de dimension

La référence aux intérêts fondamentaux de la nation étend de manière significative le champ d'application des infractions. Hormis l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement et le patrimoine culturel, chacun de ces intérêts était visé d'une manière plus ou moins directe par l'ancien code pénal (voir tableau 3).

Mais si un article concernait un ou plusieurs intérêts fondamentaux, il ne les visait pas tous. C'est à cette généralisation que procède le nouveau code. Trois exemples sont significatifs : le sabotage, les intelligences et la livraison d'informations :

- L'ancien article 70-4° réprimait les actes de sabotage portant sur des matériels, des constructions, des fournitures, commis en vue de nuire à la défense nationale. Avec la rédaction de l'article 410-9, le sabotage peut avoir été perpétré en vue de nuire aux intérêts fondamentaux. Ainsi la destruction d'un élément essentiel du patrimoine culturel (il restera à la jurisprudence à en définir le contenu), la détérioration d'un réseau assurant l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement ou l'introduction d'un "virus" informatique peuvent être désormais qualifiés de sabotage.

- Cette extension se vérifie également dans le cas des intelligences avec "l'étranger" : l'ancien article 80-3° sanc-

tionnait les intelligences de nature à nuire à la situation militaire ou diplomatique de la France ou à ses intérêts économiques essentiels. Même s'il permettait de poursuivre l'espionnage industriel, son domaine était plus restreint que celui du nouvel article 410-5¹.

- S'agissant de la livraison d'informations au profit de l'étranger, l'article 411-6 offre également des possibilités plus vastes de répression puisque l'ancien article 72 ne protégeait que les informations secrètes dans l'intérêt de la défense nationale et l'article 77 se limitait aux inventions, renseignements, études ou procédés de fabrication se rapportant à une invention ou à une application intéressant la défense nationale.

II. UNE RÉNOVATION DES INCRIMINATIONS ET DES PEINES

Les textes de l'ancien code pénal étaient souvent très vagues, parfois excessifs dans leur dispositif répressif. Outre les problèmes d'interprétation, il en résultait un faible nombre de poursuites, les infractions les plus couramment évoquées ces dernières années devant les juridictions étant les intelligences avec une puissance étrangère (ancien art. 80-3°). En revanche, l'introduction frauduleuse sur un terrain, dans une construction, un engin ou un appareil militaire (ancien art. 79-1°) n'a jamais fait l'objet de condamnations en raison de l'extrême sévérité des peines encourues (dix à vingt ans de réclusion criminelle). D'où la nécessité de réécrire les différents articles dans une forme respectueuse du principe de légalité. Par ailleurs, l'évolution de la société et du contexte international exige la prise en compte des risques nouveaux par un aménagement des anciens textes ou la création d'incriminations et l'établissement d'un régime de peines, adapté à

¹ Cf. Bertrand Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation" in *Industrie Technologie et Défense*, La Documentation Française, 1993, p. 125 et s..

la qualité des auteurs potentiels et en rapport avec la gravité du trouble causé.

2.1. Le respect du principe de légalité

Comme le souligne l'exposé des motifs, le titre Ier a été conçu avec le "souci de concilier la nécessité de réprimer sans faiblesse des entreprises susceptibles de compromettre l'existence de la nation et des institutions démocratiques avec celle, non moins impérieuse, de respecter les principes fondamentaux de notre droit". Les textes précédents avaient été souvent adoptés, en période de crise, sans l'intervention du Parlement. Il en était ainsi de l'ordonnance du 4 juin 1960 (modifiant le décret-loi du 29 juillet 1939...) prise dans le contexte de la guerre d'Algérie. Certaines infractions, ou éléments constitutifs n'étaient pas définis, laissant à la jurisprudence le soin d'en tracer les frontières. De plus, les dispositions de l'ancien article 103 ouvraient au pouvoir réglementaire la possibilité de créer des infractions. Corrigeant ces imperfections, le nouveau code pénal est en conformité avec le principe de légalité.

2.1.1. Des infractions mieux définies

Quatre définitions nouvelles ou plus précises sont données :

- l'élément matériel de l'attentat réside dans "la commission d'un ou de plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou de porter atteinte à l'intégrité du territoire national" (art. 412-1) ; l'accent est mis sur des critères objectifs et non sur la volonté de l'auteur.

- celui du complot tient à la "résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels" (art. 412-2) ; ce n'est plus, comme l'exprime la définition de l'ancien article 87, une simple résolution d'agir concertée et arrêtée entre plusieurs personnes.

- le mouvement insurrectionnel est constitué par "toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire

national" (art. 412-3). Ce n'est pas le but poursuivi par les insurgés qui est incriminé mais des faits objectifs.

- le contenu de la notion de secret de la défense nationale n'était pas délimité dans l'ancien code pénal. L'ancien article 72 énumérait d'une manière très générale les "renseignements, objets et documents ou procédés qui doivent être tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale". Les anciens articles 75 et 76 étendaient la protection aux renseignements, objets, documents ou procédés dont la connaissance pouvait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale. Faute d'une définition légale, le juge et l'administration pouvaient entrer en conflit à propos de l'interprétation du caractère secret d'une information divulguée.

Désormais, le nouveau code pénal donne une définition formelle du secret de la défense nationale : "présentent un caractère de secret de la défense nationale, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protections destinées à restreindre leur diffusion (...) et dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale" (art. 413-9 al. 1 et 2). Le renvoi à un décret en Conseil d'Etat pour déterminer les degrés de classification (actuellement le décret du 12 mai 1981) complète la définition donnée. Ainsi, le juge pourra désormais vérifier l'existence d'un classement et apprécier la légalité formelle de ce dernier.

2.1.2. Des extensions, en faveur de pays tiers, contrôlées par voie législative

L'ancien article 103 du code pénal autorisait le gouvernement à étendre, en temps de paix ou en temps de guerre, tout ou partie des dispositions relatives aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, aux actes s'y rapportant et commis contre les états de la Communauté (l'ancienne Communauté au sens de l'article 77 de la Constitution) ou

contre les puissances alliées ou amies de la France. C'est ainsi que l'article R.24 du code pénal, visant le décret n° 60-895 du 24 août 1960, appliquait les articles 70 à 85 aux atteintes préjudiciant à la Communauté ou aux puissances signataires du traité de l'Atlantique-Nord, et, s'appuyant sur le décret n° 75-145 du 12 mars 1975, en faisait de même pour les articles 72, 73 (en ce qu'il se réfère à l'article 72) et 74 à 78, à l'égard des pays qui ont signé avec la France des accords généraux de sécurité ².

Maintenir une telle disposition revenait à investir l'exécutif d'un pouvoir de créer des crimes et des délits. Cette liberté était contraire à la délimitation du domaine de la loi posé par l'article 34 de la Constitution et confirmé par l'article 111-3 du nouveau code, selon lequel nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi.

Absent dans le texte initial, le dispositif de l'article 103 a été réintroduit par un amendement gouvernemental. Ainsi peuvent être poursuivis devant les juridictions françaises :

- en vertu de l'article 414-8 du nouveau code, tous les actes de trahison et d'espionnage commis contre un pays de l'OTAN (art. 411-1 à 411-11) et les atteintes à sa défense nationale (art. 413-1 à 413-12),

- plus restrictivement, selon l'article 414-9, la livraison d'informations (art. 411-6 à 411-8) et les atteintes au secret (art. 413-10 à 413-12) au préjudice de la Suède.

Il y a toutefois lieu de s'interroger sur l'application qui sera faite des articles 411-5 à 411-10. Les faits de trahison ou d'espionnage qu'ils répriment sont conditionnés par une atteinte aux "intérêts fondamentaux de la nation"; ces derniers, énoncés par l'article 410-1 (voir supra) ne sont pas transposables

aux alliés. On peut, en outre, s'étonner du fait que le législateur se soit contenté de "légaliser" les extensions déjà prévues par l'article R.24 du code pénal. Les atteintes à la défense nationale des pays de l'Union de l'Europe Occidentale (UEO) ou de ceux liés à la France par des accords de défense auraient pu être visées de la même manière. Ces remarques étant faites, toute nouvelle extension ne pourrait s'opérer que par voie législative.

2.2. Des incriminations modernisées

Le nouveau code pénal crée de nouvelles incriminations, en supprime certaines tombées en désuétude ou faisant double emploi et étend pour d'autres leur champ d'application.

2.2.1. De nouvelles incriminations

Jusqu'à présent, le code pénal ne réprimait que la recherche "ciblée" (art. 72-2°) ou "ouverte" (art. 74 et 76-1°), la divulgation (art. 72, 75-2°, 76-3°, 77, 78, 418) ou la destruction (art. 72, 75-1°, 76-2°) d'informations, actes susceptibles de nuire à la France ou plus spécifiquement à sa défense nationale. Les espions "dormants" ou "taupes" pouvaient se livrer à leurs activités en toute impunité, dès lors qu'ils n'avaient commis aucun des actes matériels précités. Le nouveau code pénal crée une nouvelle infraction : l'activité ayant pour but l'obtention ou la livraison d'informations (art. 411-8). Ainsi, sans qu'il soit nécessaire qu'une information ait été obtenue ou livrée, tombe sous le coup de la loi, le membre d'un réseau d'espionnage, à partir du moment où l'on peut prouver (c'est incontestablement la tâche la plus complexe) que son activité est motivée par l'obtention ou la livraison d'informations dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à nuire aux intérêts fondamentaux de la nation.

Une autre incrimination nouvelle est également liée à l'information : la désinformation (art. 411-10). La matière est particulièrement sensible puisqu'elle est susceptible de compromettre la liberté de la presse. C'est pourquoi, le législateur a volontairement limité les

² C'est le cas du décret n° 76-469 du 28 mai 1976, portant publication de l'accord de sécurité relatif à certains échanges d'information à caractère secret entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du royaume de Suède).

poursuites à la fourniture, en vue de servir les intérêts de l'étranger, aux autorités civiles et militaires françaises de fausses informations présentant cumulativement la caractéristique de les induire en erreur et de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. Comme on le constate, les précautions suffisantes sont prises pour éviter une forme indirecte de censure. Par ailleurs, la désinformation à l'égard du public, voire de décideurs extérieurs aux administrations civiles ou militaires, n'est pas incriminée.

Enfin, s'agissant plus particulièrement des atteintes à la défense nationale, deux nouvelles infractions sont créées : l'entrave au fonctionnement du matériel militaire (art. 413-2) et l'entrave au fonctionnement d'un service, d'un établissement ou d'une entreprise intéressant la défense nationale (art. 413-6). La première incrimination doit être distinguée du sabotage qui consiste en une destruction, une détérioration, un détournement du matériel ou l'apport de malfaçons. Avec la seconde incrimination, ce n'est pas le matériel mais l'organisme qui est protégé (organisme administratif, commercial ou industriel, public ou privé travaillant pour la défense nationale). De même que la désinformation pouvait entrer en conflit avec la liberté de la presse, cette infraction aurait pu être contraire au droit de grève si elle n'avait fait l'objet d'une restriction : l'entrave n'est répréhensible, au sens de l'article 413-6, que si elle est commise avec l'intention de nuire à la défense nationale. La mise en évidence de cet élément moral reste néanmoins complexe et il y a fort à parier que des poursuites sur la base de l'article 413-6 donneront lieu à une abondante jurisprudence.

2.2.2. Des incriminations supprimées

Le nouveau code pénal ne reprend pas certaines infractions ou éléments d'infractions devenus inutiles ou difficiles à caractériser :

- Les crimes tendant à troubler l'Etat par le massacre et la dévastation (anciens art. 93 et s.) ne font plus l'objet d'une répression autonome, l'attentat

dans sa rédaction rénovée et les infractions relatives aux mouvements insurrectionnels (ou les infractions terroristes) couvrant l'éventail des faits susceptibles d'être réprimés.

- N'est plus retenu comme élément constitutif ou aggravant de la participation à un mouvement insurrectionnel le port d'uniforme, de costume ou d'autres insignes civils et militaires (ancien art. 98).

- La proposition non agréée de former un complot, réprimée par l'ancien article 87, n'est pas reprise par l'article 412-2. Ce délit était difficile à mettre en évidence car il fallait à la fois apporter la preuve de l'offre et celle du renoncement ou du refus.

- Enfin, la provocation à l'entrave concertée et violente à la circulation de matériel militaire (ancien art. 83) n'est plus visée par le code pénal (art. 413-2).

2.2.3. Des champs d'application étendus

Le nouveau code pénal reprend l'essentiel des incriminations antérieures. Néanmoins, outre l'ouverture considérable du champ d'application de nombreuses infractions de trahison et d'espionnage (dont le sabotage) favorisée par la référence à la notion d'intérêts fondamentaux de la nation (voir supra), la nouvelle écriture de certains articles fait apparaître d'autres extensions de leur domaine. Certaines sont communes à plusieurs infractions, d'autres sont plus spécifiques :

- Les actes de trahison ou d'espionnage, et parmi eux les intelligences, étaient pour la plupart caractérisés par des relations entretenues avec une puissance étrangère. Élément constitutif, sauf pour le sabotage où elle est une circonstance aggravante, la notion "d'étranger" est désormais élargie pour mieux lutter contre l'espionnage économique. Sont ainsi également mentionnés dans les articles 411-2 à 411-9 les groupements non étatiques : entreprises, organisations étrangères ou sous contrôle étranger. Parmi les organisations peuvent être visées

notamment des sectes, des mouvements politiques, des milices... La notion d'entreprise doit être comprise avec le sens économique qu'on lui attribue et que précise un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1986 : "réunion en un lieu unique de moyens matériels et humains coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif économique déterminé". Le caractère étranger de l'entreprise s'apprécie selon l'implantation de son siège social, de la nationalité de ses dirigeants, de l'origine des capitaux. On notera que, malgré la construction européenne, les états de la Communauté ne font pas l'objet d'un traitement à part dans le nouveau code pénal.

- S'agissant des intelligences, l'ancien article 70-2° sanctionne celui qui entretient de telles activités avec une puissance étrangère en vue de l'engager à entreprendre des hostilités contre la France. L'article 411-4 complète le mot hostilité par celui d'agression qui a une connotation moins militaire. Sont visés des actes plus limités dans leur portée et leur envergure, comme pourraient l'être des menées terroristes.

- Les articles 411-6 à 411-9 (livraison d'information, sabotage) et 413-9 à 413-11 (atteintes au secret de la défense nationale) rangent parmi les informations devant être protégées les données et fichiers informatiques. Cette novation n'est qu'une adaptation au développement des techniques contemporaines d'élaboration, de traitement et de conservation des informations que ne pouvaient prévoir les auteurs de l'ordonnance de 1960. L'article 411-8, relatif à la répression de l'activité de "taupe", ajoute à la liste des domaines protégés dispositifs, c'est-à-dire aussi bien les mécanismes d'une machine que l'ensemble des moyens ordonnés conformément à un plan.

2.3. Un nouveau régime des peines

2.3.1. Un nouveau quantum des peines

Certaines peines excessives faisaient parfois obstacle à l'exercice des poursuites ; ainsi la pénétration frauduleuse dans une enceinte, un bâtiment, un

navire était réprimée d'une peine de dix à vingt ans de réclusion criminelle (ancien art. 79-1). Le nouveau code (art. 413-5) limite la peine à un an d'emprisonnement et 100.000 francs d'amende. De même l'atteinte au secret de la défense nationale, due à l'imprudence ou la négligence d'un dépositaire (punie de cinq à dix ans de détention criminelle selon l'ancien art. 75), est correctionnalisée par l'article 413-10 (trois ans d'emprisonnement et 300.000 francs d'amende).

Ces deux exemples ne doivent pas laisser imaginer que le code pénal "baisse sa garde". Le tableau annexé montre que les infractions les plus graves demeurent sévèrement sanctionnées. Les peines, dont sont désormais assorties les infractions du titre 1er du livre IV, sont diversifiées et mieux adaptées aux actes qu'elles répriment. Elles respectent les principes généraux énoncés au titre III du livre I :

- rétablissement d'une échelle des peines criminelles à temps qui comprend une nouvelle peine de trente ans de détention criminelle, les infractions concernées étant de nature politique (art. 131-1) ;

- création d'une échelle des peines d'emprisonnement comportant sept degrés (art. 131-4), le maximum étant porté à dix ans ;

- généralisation des peines d'amende, rarement prévue dans l'ancien code pour les crimes et délits contre la sûreté de l'Etat. Les peines criminelles ne sont pas, en effet, exclusives d'une telle sanction (art. 131-2). La peine d'amende peut être prononcée à titre principal au lieu et place d'une peine de prison (art. 131-3). Son montant, qui peut atteindre 50 millions de francs, tient compte de l'admission de la responsabilité des personnes morales, importante novation apportée par le nouveau code pénal (art. 414-7) ;

- application du régime des peines complémentaires (art. 414-5). L'interdiction des droits civiques, civils et de famille (art. 131-26), celle d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale (art. 131-27), la confiscation et l'interdiction de

séjour peuvent être prononcées par une juridiction de jugement ;
- institution d'une période de sûreté obligatoire (art. 132-23) pour l'auteur d'une livraison à "l'étranger" de troupes appartenant aux forces armées françaises ou tout ou partie du territoire national (art. 411-2) ou l'auteur d'un attentat (art. 412-1).

Comme pour les infractions de droit commun, les magistrats disposent donc, avec la réforme du code pénal, d'une gamme élargie leur permettant de choisir la sanction appropriée tenant compte de la gravité des faits et de la personnalité de l'auteur.

2.3.2. Le repentir

La prévention des infractions les plus graves portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou, à défaut la limitation des dommages encourus explique que, dès le décret du 29 juillet 1939, des dispositions aient été prévues pour accorder le bénéfice d'une excuse absolutoire à celui qui dénonçait les faits ou les coupables. L'ordonnance du 4 juin 1960 (ancien art. 101 du code pénal) a maintenu un système similaire en exemptant de peine celui qui informe les autorités administratives ou judiciaires avant la commission ou le début d'exécution d'un crime ou d'un délit contre la sûreté de l'Etat, en réduisant d'un degré la peine si la dénonciation a lieu avant l'engagement des poursuites (après les poursuites, l'auteur doit avoir procuré l'arrestation des co-auteurs ou complices).

Le nouveau code pénal maintient le principe du repentir en reprenant pour certaines atteintes majeures aux intérêts fondamentaux de la nation les mesures retenues en matière de terrorisme.

Ainsi est exempté de peine (art. 414-2) celui qui, ayant tenté de livrer tout ou partie du territoire, des forces armées ou du matériel à une puissance étrangère (art. 411-2 et 411-3), de livrer des informations à "l'étranger" (art. 411-6), de commettre un sabotage (art. 411-9) ou un attentat (art. 412-1), permet d'éviter que l'infraction ne se réalise et d'identifier les autres coupables. Une

disposition analogue s'applique à celui qui a participé à un complot (art. 414-3).

Une diminution de moitié de la peine privative de liberté est prévue si l'auteur fait cesser l'infraction ou évite des dommages corporels (mort ou infirmité permanente) et permet l'arrestation des autres coupables (art. 414-4). Cette "bienveillance" n'est accordée que pour les intelligences (art. 411-4 et 411-5), l'espionnage "ouvert" (art. 411-7), l'espionnage "dormant" (art. 411-8) et la direction ou l'organisation d'un mouvement insurrectionnel (art. 412-6).

III. UNE STRUCTURE PLUS COHÉRENTE

3.1. Un regroupement limité

Le nouveau code pénal n'est pas uniquement une oeuvre de réécriture modernisée. En regroupant au sein du titre premier des textes autrefois épars et relatifs à la défense, il se présente d'une manière plus cohérente et plus lisible. Les dispositions de l'article 25 de la loi du 28 juillet 1881 sur la liberté de la presse, réprimant la provocation à la désobéissance d'un militaire et celles de l'article L 132 du code du service national visant la provocation à la désobéissance des assujettis affectés à toute forme de service national sont reprises par le nouvel article 413-3. La pénétration sans autorisation dans les zones protégées (ex art. 418-1 introduit dans le code pénal par la loi n°72-593 du 5 juillet 1972) avait été insérée dans la section "banqueroute, escroqueries et autres espèces de fraudes" au paragraphe 5 "violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts", domaines pour le moins éloigné de son objet. Elle rejoint le chapitre des "autres atteintes à la défense nationale" (art. 413-7).

Ce regroupement connaît cependant des limites. La communication de secrets de fabrique, notamment ceux d'armes ou de munitions appartenant à l'Etat (ancien article 418) est incorporée par la loi d'adaptation dans le code de la

propriété intellectuelle (art. L 621-1) et le code du travail (art. L152-7). Deux autres domaines d'infractions, qui ne sont pas étrangers à la défense, apparaissent sous d'autres titres du livre IV : le terrorisme (titre II), les atteintes à la paix publique (titre III).

S'agissant du terrorisme, on peut s'étonner que les crimes s'y rapportant ne soient pas considérés comme des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. Les poseurs de bombes qui se sont manifestés en France en 1986 ont mis en cause aussi bien la sécurité du territoire que la sauvegarde de la population. La survie des sociétés démocratiques peut être compromise par de tels agissements qui déstabilisent le gouvernement et l'opinion publique. Les frontières qui séparent certains crimes terroristes de l'infraction qualifiée d'attentat (art. 412-1) peuvent être ténues ; c'est l'objectif que l'on veut atteindre qui est le véritable discriminant.

Le traitement particulier réservé aux menées terroristes, érigées par la réforme du code pénal en infractions autonomes, ne peut trouver son fondement dans des considérations d'ordre procédural ; les dispositions spécifiques aux actes de terrorisme, introduites par la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 (régime de garde à vue, centralisation des poursuites, cour d'assises spécialisée), ne justifient pas à elles seules un classement différent des infractions, même si la décision du Conseil constitutionnel en date du 3 septembre 1986 souligne la différence de nature entre les actions terroristes et les infractions à la sûreté de l'Etat. Autre argument écartant la thèse "procédurale", les crimes de trahison et d'espionnage (art. 411-1 à 411-11), les "autres atteintes" à la défense nationale (art. 413-1 à 413-12) et les infractions connexes connaissent un régime également dérogatoire fixé par l'article 702 du code de procédure pénale (compétence en temps de paix des juridictions de droit commun spécialisées).

La place s'explique davantage par la volonté de ne pas accorder aux terroristes, comme c'est le cas pour les

auteurs d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, le statut de délinquant politique. Les conséquences d'ordre moral et juridique dont il est assorti (la France n'extrade pas pour des crimes et délits politiques) ne peuvent être étendues à ceux qui poursuivent le but de troubler gravement la société et l'Etat par l'intimidation ou la terreur.

En ce qui concerne les atteintes à la paix publique qui touchent principalement l'ordre public (et donc la défense civile), on peut admettre que leur moindre gravité ne justifie pas leur amalgame avec les infractions du titre premier. La participation délictueuse à un attroupement, l'organisation d'une manifestation illícite (art. 431-3 à 431-12), même si elles doivent être aussi réprimées, ne sont pas comparables avec l'organisation d'un mouvement insurrectionnel (art. 412-3 à 412-6). En revanche, la position des articles relatifs aux groupes de combat et aux mouvements dissous (art. 431-13 à 431-21) est plus discutable. La constitution d'un groupement de personnes détenant ou ayant accès à des armes, doté d'une organisation hiérarchisée, est bien susceptible de porter gravement atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. Le placement dans le titre III s'explique par le fait que de tels groupes peuvent avoir également pour objectif la commission d'infractions de droit commun.

Le renvoi vers le code de justice militaire de certaines atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation commises en temps de guerre constitue une autre limite au regroupement des textes.

3.2. La dualité paix / guerre

L'ancien code pénal rassemblait les infractions à la sûreté de l'Etat sans distinction de contexte. Certaines d'entre elles, il est vrai ne se réfèrent qu'au temps de paix (anciens art. 83, 84, 85) ; d'autres, en revanche, ne pouvaient être relevées qu'en cas de guerre (anciens articles 82, et 100).

La réforme établit une dualité rationae temporis. Le nouveau code est un code de temps de paix. Lorsque la guerre est

déclarée, conformément à l'article 35 de la Constitution, c'est le code de justice militaire, modifié par la loi d'adaptation, qui est alors applicable pour les crimes de trahison et d'espionnage, les "autres atteintes à la défense nationale" et les infractions qui n'existent qu'en temps de guerre (voir tableau en annexe). Le fond rejoint la compétence puisque les crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation sont alors instruits et jugés par les juridictions militaires, selon les dispositions du code de justice militaire (loi n°82-621 du 21 juillet 1982- art. 701 du code pénal).

Cette dichotomie semble quelque peu anachronique, même si le droit pénal doit tout envisager, y compris le pire. La guerre n'est pas seulement le fait d'un recours à la force armée en vue de mener des opérations de combat. C'est un état juridique, organisé par le droit international public, qui modifie les rapports entre les états belligérants. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, dissuasion aidant, la France n'a pas connu de guerre au sens strict du terme. Pourtant, de nombreux conflits ont nécessité l'engagement des armées, en Indochine, en Algérie et plus récemment au Tchad, au Liban, dans le Golfe, au Cambodge et dans l'ancienne Yougoslavie. La situation de crise correspond mieux à la réalité géostratégique que l'état de guerre. La guerre du Golfe n'a pas été précédée d'une déclaration en bonne et due forme. Juridiquement, la France était toujours en paix, malgré l'envoi de quinze mille militaires sur le théâtre d'opérations.

C'est donc le code pénal qui continue de s'appliquer en de telles circonstances. La prise en compte des nécessités de la défense en temps de crise est-elle bien assurée par ce texte ? Certains parlementaires ont regretté, à l'occasion des débats, l'absence de dispositif répressif s'appliquant à des situations intermédiaires entre la paix et la guerre. Il n'est pas toujours aisé de qualifier juridiquement de telles occurrences (à partir de quel stade d'engagement commence la crise ?). C'est pourquoi, les seules dispositions de crise contenues dans le nouveau code s'appuient sur des critères objectifs : l'état de siège, l'état

d'urgence, la mobilisation générale et la mise en garde.

L'état de siège (prévu par la loi du 9 août 1849, modifiée par la loi du 3 avril 1878) peut être déclaré en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ; les juridictions militaires peuvent avoir connaissance des infractions contenues dans le titre premier du livre IV (art. 297 de la loi d'adaptation).

L'état d'urgence, quant à lui, relève de la loi du 3 avril 1955 (modifié par l'ordonnance du 15 avril 1960) ; il peut être institué en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique.

La mobilisation générale, indépendante de la guerre, permet la mise en oeuvre de l'ensemble des mesures de défense déjà préparées, tandis que la mise en garde autorise l'exécution de mesures de nature à assurer la liberté d'action du gouvernement, à diminuer la vulnérabilité des populations ou des équipements principaux et à garantir la sécurité des opérations de mobilisation ou de mise en oeuvre des forces militaires (art. 3 ordonnance du 7 janvier 1959). En cas de menace portant sur une partie du territoire national, sur un secteur de la vie nationale ou sur une fraction de la population, des décrets pris en conseil des ministres peuvent ouvrir au gouvernement tout ou partie des droits résultant de la mise en garde et de la mobilisation générale (art. 6 ordonnance du 7 janvier 1959) .

Dans chacune des circonstances évoquées, l'article 414-1 aggrave les peines encourues en cas :

- de provocation de militaires à passer au service de l'étranger (art. 413-1),
- d'entrave au fonctionnement ou au mouvement de personnel ou de matériel militaire (art. 413-2),
- de provocation à la désobéissance de militaires ou d'assujettis au service national (art. 413-3).

Il incrimine la tentative d'entrave, non réprimée en temps normal par l'article 413-2.

Ces situations de crises sont également exceptionnelles. La plupart du temps, à défaut d'une prise de décision spécifique, seul le nouveau code pénal sera applicable. Il offre aux magistrats une gamme d'incriminations suffisamment large pour être opérant, même en cas de tension diplomatique et militaire.

* * *

La refonte du code pénal s'imposait. Les anciennes infractions portant atteinte à la défense (au sens large du terme) accusaient "le retard d'une guerre". Si un conflit frontal semble actuellement peu plausible car risqué pour celui qui s'y engage, d'autres méthodes peuvent être employées par un adversaire.

Contournant l'interdit pesant sur la violence ouverte, ce dernier peut causer des dommages à notre pays en se livrant à des agressions de "basse intensité", en cherchant à affaiblir son potentiel économique, technique ou industriel ou en portant atteinte à l'identité voire l'unité nationale. Sans être animé d'une volonté guerrière, l'adversaire peut aussi rechercher l'acquisition d'une position dominante, notamment dans les domaines scientifiques. A la multiplication des risques, le nouveau code pénal répond par une meilleure prise en compte de la diversité des intérêts fondamentaux de la nation. Les principes étant aujourd'hui posés, il convient désormais d'attendre l'entrée en vigueur du texte, prévue le premier septembre prochain, et d'en mesurer, au travers de la jurisprudence à venir, la véritable portée.

M. W.-A.