



Atelier 4 - Droit public de la sécurité et de la défense

Bertrand Pauvert

Maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace

Directeur du CERDACC - EA n° 3992

Administrateur de l'AFDSD

Les travaux du quatrième atelier du colloque annuel de l'AFDSD portaient sur le droit public de la sécurité et de la défense en 2017 et soulevaient une difficulté intrinsèque, celle de rapporter les débats d'un atelier qui se présentait dès l'origine comme le plus transversal des cinq ateliers proposés au cours du colloque. Quatre des cinq ateliers possédaient en effet en commun la caractéristique d'être conceptuellement orientés, à la différence de ce quatrième atelier regroupant, de manière non thématiquement circonscrite, des communications diverses s'intéressant à plusieurs aspects du droit public de la sécurité et de la défense. Cinq communications furent présentées au cours de cet atelier sur le droit public de la sécurité et de la défense ; je les rappelle, dans leur ordre chronologique :

1. Luc Klein, *La conduite des opérations, enjeu de la maîtrise de la force armée par le pouvoir civil*
2. Jérôme Millet, *Participation des forces armées au maintien de l'ordre*
3. Benoît Gremare, *La proportionnalité de l'arme nucléaire en droit public*
4. Olivier Renaudie, *Police administrative et intercommunalité*

5. Bertrand Pauvert, *Sécurité et la défense dans la présidentielle de 2017*

Bien que la synthèse de ces travaux ne soit pas aisée, il semble possible de relever qu'en définitive les cinq communications présentées possèdent un point commun, celui d'illustrer une réalité essentielle, celle du caractère cardinal des enjeux de sécurité et de défense. Au-delà de ce caractère cardinal, les différentes interventions relatives au droit public de la sécurité et de la défense ont comme premier point commun de souligner un certain nombre d'enjeux organisationnels ; un second point commun qui se dessine réside ensuite dans les nécessités opérationnelles.

La dimension cardinale des enjeux de sécurité et de défense

La dimension cardinale est au cœur de toutes les interventions effectuées. Elle le fut bien évidemment lorsqu'il s'est agi d'envisager la question de la prise en compte des enjeux de sécurité et de défense à l'occasion de la présidentielle de 2017. Bertrand Pauvert, maître de conférences HDR à l'Université de Haute-Alsace et directeur du Cerdacc, montrait que l'examen attentif des programmes des onze candidats à la magistrature suprême, révélait une sorte de consensus programmatique sur la nécessaire prise en compte des enjeux de sécurité et de défense, lesquels se sont vus consacrés dans les programmes des différents candidats.

Cette consécration des enjeux se vérifiait tant en ce qu'il s'agissait du plébiscite du droit à la sécurité par les candidats (manifesté, par leurs prises de position globalement semblables en matière d'effectifs ou d'importance). A la lecture des programmes, on pouvait constater une conversion de la gauche aux questions de sécurité, quand il s'agissait pour la droite de labourer un champ dans lequel elle est de longue date réputée plus volontaire. Cette consécration se vérifiait encore au regard de la volonté des candidats de faire prévaloir une vision globale des enjeux de défense, notamment dans leur dimension budgétaire (Marine Le Pen fournissant, sous cet angle, une proposition intéressante, celle d'une sanctuarisation du budget de la défense, par l'inscription constitutionnelle d'une obligation de financement de celle-ci à hauteur de 2% du PIB). Au-delà de cette consécration, la réalité de la campagne présidentielle se sera caractérisée par une véritable éviction pratique de ces enjeux de sécurité et de défense au cours du débat présidentiel et pire encore, depuis la fin de celui-ci. Cela est d'autant plus à regretter que plusieurs points, soulevés, par les candidats auraient mérité un véritable débat. Ainsi en était-il de la question de la pérennité de l'outil industriel de la défense (évoquée par Jean-Luc Mélenchon et Marine Le Pen), d'une actualité brûlante à l'heure du rachat de STX France par l'italien Fincantieri... De même des propositions en

matière de coproduction de la sécurité, qu'il s'agisse des pouvoirs à reconnaître aux policiers municipaux et ASVP (réclamées par Nicolas Dupont-Aignan et François Fillon) et de leur formation (à noter la très intéressante proposition de François Fillon de création d'une école nationale des polices municipales au sein de laquelle interviendrait policiers et gendarmes). Même question fondamentale posée par Jean-Luc Mélenchon d'une nationalisation de la sûreté aéroportuaire, à l'instar de ce qui a eu lieu aux Etats-Unis après le 11 septembre ! Toutes ces questions cardinales n'ayant fait l'objet d'aucun débat. Pour conclure, c'est la pratique du président Macron qui ne manque pas de soulever l'interrogation, au regard de ce qu'il semble sur ce point s'inscrire dans le fil de ses prédécesseurs et faire de Ballard la vassale de Bercy. De la nomination de ministres non spécialement connus pour être attachés ou intéressés aux questions de défense à la remise au pas manifestée par le renvoi du Chef d'état-major des armées, jusqu'aux grandes lignes du projet de budget pour 2018 (l'augmentation du budget étant essentiellement destinée à la rénovation de l'arsenal nucléaire et au financement des OPEX), les premières mesures attestent d'une continuité plus que d'un véritable changement. Seule la lecture de la prochaine *Revue stratégique* confiée à Arnaud Danjean sera peut être de nature à faire évoluer cette impression, si encore elle se trouve suivie d'effets réels dans les futures lois de finance.

Les autres interventions possédaient en commun cette dimension cardinale. En effet qui nierait que la participation des forces armées au maintien de l'ordre, traitée par Jérôme Millet, possède pour nos sociétés une dimension cardinale ? De la même manière la question de la proportionnalité de l'utilisation de l'arme nucléaire, envisagée par Benoît Gremare, est bien cardinale en ce qu'elle induit directement le droit de vie et de mort des peuples et des nations. Moins grave sans doute, mais aussi cardinale, la question de l'organisation de la police administrative en situation d'intercommunalité intéresse l'avenir de nos sociétés en ce qu'elle façonne leur quotidien par les modalités d'exercice du pouvoir de police dans un cadre institutionnel local rénovée. Enfin et sous un autre angle, le sujet proposé par Luc Klein, d'une réflexion sur les modalités de la conduite des opérations, touchait encore à ce point cardinal des conditions de la maîtrise de la force armée par le pouvoir civil ; question plus d'actualité que jamais au regard de la réalité décrite par le président de la République dans son discours devant le Congrès, en novembre 2015 : « *nous sommes en guerre* ». Guerre nouvelle certes, guerre asymétrique sans doute, guerre psychologique également, mais guerre tout de même.

Au-delà de ce caractère cardinal, les communications illustrent certains enjeux organisationnels d'une part et des nécessités opérationnelles d'autre part.

Les enjeux organisationnels de la sécurité et de la défense

Ces enjeux organisationnels du droit public de la sécurité et de la défense étaient au cœur des interventions de Luc Klein et du professeur Olivier Renaudie.

Traitant de la police administrative et de l'intercommunalité, Olivier Renaudie, professeur à l'Université de Lorraine à Nancy, relevait que si préfets et maires ont toujours été les deux acteurs historiques de la police, ces deux autorités tendaient à se voir aujourd'hui dépassées : par les préfets de zone d'une part et par l'émergence, plus récente, du président de l'établissement public de coopération intercommunal à fiscalité propre (ci-après EPCI). Quelques observations liminaires s'imposent lorsqu'il s'agit d'envisager la police et l'intercommunalité ; d'abord, pendant longtemps, ces deux notions d'EPCI et de police semblaient devoir s'opposer, car comme « *la police c'est le pouvoir qui s'exerce* », ce pouvoir étant celui du maire, il n'était donc pas possible qu'il soit dans le même temps celui du président de l'EPCI. Pour autant, on constate depuis une quinzaine d'années une évolution progressive, pointilliste, tendant à accorder un pouvoir de police en faveur des présidents d'EPCI. Cependant le droit régissant les conditions de mise en œuvre de la compétence de police aux EPCI se caractérise par une forme d'obscure clarté. Or, quelles sont les causes d'un tel mouvement ? La première raison en est sans doute à rechercher dans le constat du caractère étriqué du territoire communal en matière de police et la seconde raison se révélant par l'ardente nécessité de la rationalisation budgétaire, laquelle par souci d'économie, commande la mise en commun de compétences. L'examen des rapports entre police administrative et de l'intercommunalité se caractérise ainsi par l'absence de toute cohérence d'ensemble. Pour autant, sans parler d'une véritable intercommunalisation de la police, la dynamique de la police et de l'intercommunalité s'opère en ce qui concerne l'autorité de police d'une part et les forces de police d'autre part.

En ce qui concerne l'autorité de police. Des modifications sont intervenues et des compétences ont été transférées : ces transferts ayant été pour les uns automatiques et pour les autres facultatifs. Ce mouvement ne manque pas de soulever des interrogations sur la nature des pouvoirs transférés : on sait désormais qu'il s'agit de police spéciale, puisqu'elles sont exercées, est-il précisé, sous réserve des dispositions générales du CGCT. Après un temps d'hésitation, l'auteur des mesures est également maintenant clairement identifié, c'est bien le président de l'EPCI. N'en subsistent pas moins quelques difficultés, tout spécialement en matière de concours de police. Dans une telle hypothèse, comment doivent s'articuler les

pouvoirs de police générale du maire et spéciales du président de l'EPCI ? Au regard des compétences transférées (assainissement, déchets...), des tensions ne manqueront pas de naître, forcément et fatalement ; or la loi ne souffle mot de cette question. Si la jurisprudence a pu préciser certains points, son examen révèle une plasticité telle qu'aucune conclusion dogmatique et certaine ne peut en être tirée ! La jurisprudence oscille en effet entre consécration du principe de subsidiarité en faveur de la police municipale (*S^{té} des Films Lutetia*, CE, 1951) et du principe d'exclusivité de la police spéciale (*C^{ne} de Saint-Denis*, CE, 2011). Il n'y a donc pas de réponse univoque et ce pouvoir reste encore marqué par l'incertitude.

En ce qui concerne les forces de police, il est à noter que si l'hypothèse d'une police intercommunale fut longtemps impossible, elles sont désormais autorisées par la loi, depuis 2002. Pour autant, le succès de la formule proposée apparaît assez relatif puisque l'on en compte trente-et-une en France en 2017, illustration claire de la réussite toute relative de cette possibilité offerte aux communes et intercommunalités. La mutualisation de polices municipales est encore autorisée par la loi et elle peut-être occasionnelle, temporaire ou au contraire permanente, reposant sur des conventions entre autorités précisant les modalités de mise en commun. Plus près de nous, certaines pistes d'évolution semblent pouvoir se dessiner avec la loi du 22 mars 2016 sur les transports (précisée par un décret de novembre 2016), laquelle apporte une profonde innovation : la possibilité pour des policiers municipaux de constater des infractions en matière de transport en dehors de leur commune d'appartenance et sur l'ensemble des transports en commun traversant les communes. Il s'agit bien là d'une exception profonde au régime ordinaire de la police municipale. Pour s'engager dans cette voie, les communes partageant un réseau de transports en commun doivent signer une convention précisant les conditions d'usage. Il est d'ailleurs à noter qu'à rebours du mouvement d'autonomie des collectivités territoriales, cette convention doit faire l'objet d'une approbation préalable par le préfet.

La conclusion s'impose donc qu'il n'y a plus d'opposition absolue entre police administrative et intercommunalité, mais bel et bien un enchevêtrement des rapports entre police municipale et EPCI ; dès lors et contrairement à ce que certains croyaient pouvoir avancer, le droit de la police administrative n'est pas un droit relativement simple.

Luc Klein, docteur en droit et ATER à l'Université de Strasbourg, envisageait quant à lui la conduite des opérations, enjeu de la maîtrise de la force armée par le pouvoir civil.

A l'heure d'une médiatisation absolue de nos sociétés, la question des modalités de la conduite des opérations militaires se révèle fondamentale pour les pouvoirs publics et M.

Klein montrait qu'un paradigme de la répartition des rôles avait peu à peu émergé : au civil la décision de recourir à la force armée, au militaire les modalités de réalisation de la décision afin de remporter la victoire. L'essor des moyens de communication a cependant pu bouleverser cet équilibre, en donnant au politique les moyens d'avoir un contact direct et permanent avec les forces armées engagées. Dès lors, se posait la question des réponses institutionnelles à apporter à cette situation : comment organiser la chaîne opérationnelle reliant le pouvoir civil aux opérations militaires, de manière à respecter l'intégrité du domaine de chacun des acteurs ? C'est dans une perspective comparatiste et à la lumière de l'expérience américaine que M. Klein choisissait d'envisager la situation française.

La présentation des deux systèmes lui semblait permettre de pouvoir constater une structure simple et cohérente du système américain que l'on pouvait au contraire opposer avec un système français marqué par son inadéquation résultant de la différence entre son droit dyarchique et sa pratique américanisée. Le président américain dispose en effet et depuis 1787 des prérogatives de *commander in chief*, lesquelles lui permettent d'adresser des ordres à n'importe quelle unité, tandis qu'il résulte de l'organisation américaine des forces l'absence d'un grand état-major disposant d'un commandement général sur les armées. A rebours de ce modèle, la France connaît une structure reposant sur un état-major opérationnel centralisé, mais dans un cadre institutionnel et politique où texte et pratiques divergent sensiblement. M. Klein soulevait les ambiguïtés constitutionnelles françaises en matière de défense, voyant dans cette situation un risque de blocage ou de tension, spécialement en cas d'urgence et que la pratique remplissait le vide en s'appuyant sur la prééminence de Jupiter, mais que cette situation, nonobstant l'importance du Chef d'état-major des armées dans le système français, ne donnait pas totalement satisfaction. L'approche de M. Klein permettait une riche poursuite du débat avec l'assemblée, à propos, notamment, du poids respectifs des normes et des pratiques constitutionnelles, des conventions et des coutumes, spécialement dans le domaine de la défense.

Les communications suivantes revenaient ensuite sur les nécessités opérationnelles du droit public de la sécurité et de la défense.

Les nécessités opérationnelles de la sécurité et de la défense

Deux communications ont ensuite illustré l'enjeu des nécessités opérationnelles du droit public de la sécurité et de la défense, celle de Jérôme Millet sur la participation des forces

armées au maintien de l'ordre et celle de Benoît Grémare sur la proportionnalité de l'utilisation de l'arme nucléaire.

Jérôme Millet, docteur en droit, sous-préfet et directeur de cabinet du préfet du Cher, évoquait alors la participation des forces armées au maintien de l'ordre. Citant le célèbre préfet de police de Paris Lépine, il a d'abord rappelé que « *les méthodes de l'armée et de la police sont différentes* » et que l'histoire avait montré la nécessité de disposer de forces spécialisées pour opérer le maintien de l'ordre (ce qui occasionna la création de la Gendarmerie mobile en 1921). Or et en ce qui concerne la question de la participation des forces armées au maintien de l'ordre, il convient de garder en mémoire, notait-il, que la différence essentielle entre l'intervention des forces de sécurité et des forces de défense résidait dans le fait que les premières agissaient sur ordre hiérarchique, tandis que les secondes n'opèrent que sur réquisition de l'autorité civile ; exigence explicitement réitérée par l'ensemble des textes adoptés en la matière depuis la Révolution française. La logique de la réquisition, simple, n'a pas variée depuis cette date : l'autorité à la source de la réquisition en fixe le but et il appartient alors à l'autorité militaire de déterminer la nature des moyens à mettre en œuvre pour atteindre le but demandé. Etait encore rappelé qu'il s'agit, par la réquisition, de répondre à un besoin ponctuel, ce qui n'est pas sans soulever de difficulté lorsque l'on sait que sur une année, le préfet de police de Paris a pu effectuer plus de deux cents réquisitions ; avec plus de deux cents réquisitions dans l'année, est-il réellement possible de parler d'un « besoin ponctuel ». L'examen des textes, effectué par Jérôme Millet, éclairait, selon lui, la nécessité de réviser le dispositif existant. Plusieurs raisons appellent à cela. D'abord au regard du régime juridique peu clair régissant les conditions du recours à la force armée : le droit applicable en la matière résulte essentiellement d'instructions interministérielles, ce qui semble insuffisant au regard de l'enjeu. En effet, la question des conditions de la participation des forces armées au maintien de l'ordre appelle à une inscription à tout le moins législative. Par ailleurs, le caractère dispersé des textes applicables ne répond sans doute pas aux objectifs de clarté et d'intelligibilité du droit. Enfin, cette participation ne va pas sans soulever des difficultés de compréhension terminologique et de langage au regard du formatage professionnel et des habitudes des uns et des autres : pour ne donner qu'un exemple, Jérôme Millet rappelait que le sens du mot « interdire », dans la terminologie militaire n'avait sans doute pas le même sens que celui qu'il induit pour les civils à l'origine de la réquisition. En langage militaire, « interdire », signifie clairement qu'il s'agit d'empêcher, « par tous les moyens », l'ennemi de franchir une limite, prendre place en un lieu... Et qu'alors, « *le responsable conduit la lutte et poursuit le combat jusqu'au succès ou à l'épuisement de tous*

ses moyens » (TTA 150)... Tous ces éléments justifient donc une correction des dispositions relatives aux conditions du recours à la force armée ; non pas une correction entière, le principe même de la réquisition paraissant devoir être maintenu.

Débutant son intervention sur la proportionnalité de l'arme nucléaire en droit public, Benoît Grémare, officier de marine et doctorant, rappelait que les réactions sur cette question tendaient à être passionnelles et non proportionnelles ! Dans un premier temps, il s'est attaché à présenter les enjeux de la jurisprudence internationale de la proportionnalité rappelant qu'à partir de l'avis de la CIJ de 1996, *Licéité de l'emploi de l'arme nucléaire*, le principe réside dans la proportionnalité des armes. Or, à partir du moment où le principe même du recours à l'arme nucléaire n'est prohibé par aucune stipulation internationale, pas plus que par le *jus cogens*, il y a possibilité de mise en œuvre de celle-ci dans le cadre classique d'une mise en balance par l'Etat des intérêts de la frappe d'une part et des conséquences de l'usage de cette arme d'autre part. Dès lors, dans un second temps, M. Grémare s'attachait à montrer qu'en définitive il relevait de la seule responsabilité de l'Etat de déterminer s'il se considérait ou pas dans une situation de légitime défense l'autorisant à utiliser cette arme. Il pouvait dès lors avancer, en conclusion, qu'à partir du moment où l'usage de l'arme n'est pas proscrite, elle reste alors utilisable ; la question pouvant toutefois se poser quant à la doctrine d'emploi de cette arme, laquelle, elle, pourrait en justifier l'interdiction. La question restant toutefois alors ouverte des moyens susceptibles de permettre de faire respecter l'interdiction.

L'atelier consacré au droit public de la sécurité et de la défense a vérifié cette dimension cardinale de la matière, laquelle innerve les évolutions organisationnelles et opérationnelles de la matière.