

Sous la coordination de

Bertrand Warusfel

***Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université de Paris 8
Vice-Président de l'AFDSD***

et

Florent Baude

Maître de conférences de droit public à l'Université de Lille

Volume 3

**Annuaire 2018 du droit
de la sécurité et de la défense**

Liste des contributeurs

Florent BAUDE, maître de conférences de droit public à l'Université de Lille
Pierre BERTHELET, docteur en droit, chercheur postdoctoral à l'Université Laval (Québec)

Georgina BÉNARD-VINCENT, doctorante à l'Université de Lille

Julie BENMAKHOUF, docteur en droit, chargée de projets à l'ONU

Heddy CHERIGUI, officier de Gendarmerie, doctorant à l'Université de Lille

Nicolas CUER, doctorant allocataire à l'Université de Lille

Franck DURAND, maître de conférences de droit public (HDR) à l'Université de Reims

David CUMIN, maître de conférences de droit public (HDR) à l'Université de Lyon 3 – Jean Moulin

Olivier GOHIN, professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), directeur de l'IPAG de Paris – CEDOCA, Président de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense

Benoît GRÉMARE, officier de Marine, doctorant en droit public, IRENEE, Université de Lorraine

Xavier LATOUR, professeur de droit public à l'Université de Côte d'Azur, CERDACFF (EA 7267), Faculté de droit et de science politique de Nice, Secrétaire général de l'AFDSD

Nicolas LE SAUX, docteur en droit, président d'ATAO

Pascale MARTIN-BIDOU, maître de conférences de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Patrick MEUNIER, professeur de droit public à l'Université de Lille, Directeur de l'Equipe d'Études et de Recherches en Droit Public (ERDP), Centre de Recherche Droits et perspectives du Droit (CRPD) [EA n°4487]

Jérôme MILLET, sous-préfet, docteur en droit, Membre du conseil d'administration de l'AFDSD, Chercheur associé au Centre d'Études et de recherches en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF) de l'Université de Nice Sophia-Antipolis et au Centre de recherches de l'École des officiers de la gendarmerie nationale (EOGN).

Elie PÉROT, doctorant à l'Institut pour les études européennes de l'Université libre de Bruxelles

Dorian PETEY, consultant au cabinet *Althing*, doctorant à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Bertrand PAUVERT, maître de conférences de droit public (HDR) à l'Université de Haute-Alsace à Mulhouse, Directeur du CERDACC (EA 3992)

Éric POMES, docteur en droit, secrétaire général du centre de recherche de l'Institut catholique d'enseignement supérieur (ICES) de La Roche s/Yon (Vendée)

Olivier RENAUDIE, professeur de droit public à l'Université de Lorraine (Nancy)

Charlotte TOUZOT, doctorante en droit public (OMIJ-CRIDEAU), ATER en droit public à l'Université de Limoges, chercheur associée à l'IIRCO, Chaire d'excellence Gestion du conflit et de l'après-conflit

Jean-Christophe VIDELIN, maître de conférences de droit public (HDR) à l'Université de Grenoble-Alpes (GRDPE)

Bertrand WARUSFEL, professeur de droit public à l'Université de Paris 8, Vice-Président de l'AFDSD

Marc WATIN-AUGOUARD, général d'armée (2S), directeur du centre de recherches de l'École des Officiers de la Gendarmerie nationale (EOGN), Fondateur du Forum International de la Cybersécurité (FIC)

Sommaire

Introduction

par Bertrand WARUSFEL et Florent BAUDE

ACTES DU 5^{ème} COLLOQUE ANNUEL DE L'AFDSD SUR LE DROIT DE LA SECURITE ET DE LA DEFENSE EN 2017

Université de Lille – Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales
IPAG de Lille,
jeudi 28 et vendredi 29 septembre 2017

Comité scientifique :

Florent BAUDE, Vincent CATTOIR-JONVILLE, Franck DURAND,
Olivier GOHIN, Patrick MEUNIER, Johanne SAISON,
Bertrand WARUSFEL, Marc WATIN-AUGOUARD

Allocution d'ouverture

par Patrick MEUNIER

ATELIER 1 — SÉCURITE OU DÉFENSE ET LIBERTES FONDAMENTALES

Le contrôle parlementaire de l'état d'urgence

par Florent BAUDE

Libertés fondamentales et contentieux juridictionnel de l'état d'urgence depuis 1985

par Olivier GOHIN

Déontologie et sécurité

par Franck DURAND

Le harcèlement au sein des forces armées

par Georgina BENARD-VINCENT

Entre sécurité et liberté, quel équilibre pour la défense et la sécurité de l'espace numérique ?

par Marc WATIN-AUGOUARD

ATELIER 2 — SÉCURITE OU DÉFENSE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

L'armée française et la cyberguerre

par Jean-Christophe VIDELIN

L'homicide ciblé, le drone aérien militaire et la lutte contre le terrorisme

par David CUMIN

Quelle réponse juridique aux systèmes d'armements létaux autonomes : *statu quo*, régulation ou interdiction préventive ?

par Éric POMES

La modernisation de l'armement de la police municipale

par Dorian PETEY

ATELIER 3 — SÉCURITE ET DÉFENSE ET FACE AU TERRORISME

Le contentieux de la sécurité nationale

par Bertrand WARUSFEL

Les forces de sécurité intérieure et la lutte contre la radicalisation djihadiste : moyens et enjeux

par Heddy CHERIGUI

Le rôle reconnu par l'Organisation des Nations unies aux victimes dans les stratégies de prévention du terrorisme

par Julie BENMAKHOUF

Les données sur les passagers aériens (ou fichiers « PNR ») et les transports internationaux

par Xavier LATOUR

Entreprises privées et lutte contre le terrorisme : atouts et menaces

par Nicolas LE SAUX

ATELIER 4 — DROIT PUBLIC DE LA SÉCURITE ET DE LA DÉFENSE

La sécurité et la défense dans la présidentielle de 2017

par Bertrand PAUVERT

Intercommunalité et police administrative

par Olivier RENAUDIE

La participation des forces armées au maintien de l'ordre

par Jérôme MILLET

La proportionnalité de l'arme nucléaire en droit public

par Benoît GREMARE

ATELIER 5 — SÉCURITE NATIONALE ET RELATIONS INTERNATIONALES

L'activation de la clause d'assistance prévue à l'article 42 § 7 du traité sur l'Union européenne

par Élie PÉROT

La Cour internationale de Justice et l'interdiction du recours à la force

par Pascale MARTIN-BIDOU

Les activités militaires et la protection de l'environnement : l'exemple du Liban

par Charlotte TOUZOT

Le recours aux forces spéciales à l'épreuve du droit international

par Nicolas CUER

Sécurité intérieure européenne et espace pénal européen, garants d'un équilibre global sécurité/liberté à l'échelle de l'Union ?

par Pierre BERTHELET

Remerciements

Ce troisième volume de l'*Annuaire de droit de la sécurité et de la défense* (ADSD) reprend les contributions présentées lors du Cinquième colloque annuel de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense (AFDSD).

Tenu à la faculté de droit de Lille les jeudi 28 et vendredi 29 septembre 2017, ce colloque a été organisé avec le concours de l'Université de Lille 2 (devenue Université de Lille le 1^{er} janvier 2018), de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Lille (FSJPS), de l'IPAG de Lille et de l'*Équipe d'Études et de Recherches en Droit Public* (ERDP), partie intégrante du *Centre de Recherche Droits et perspectives du Droit* (CRPD¹).

Son comité d'organisation était composé des professeurs Johanne Saison-Demars, Vincent Cattoir-Jonville, Olivier Gohin, Patrick Meunier et Bertrand Warusfel, du général Marc Watin-Augouard et de MM. Florent Baude et Franck Durand, maîtres de conférences.

Nous tenons ainsi à remercier M. le président de l'Université de Lille 2, le professeur Xavier Vandendriessche et M. le doyen de la FSJPS, le professeur Bernard Bossu, pour avoir accueilli le colloque annuel à Lille. Nos remerciements vont également aux porteurs du projet, à savoir l'équipe de direction de l'ERDP, composée du Professeur Patrick Meunier, de M. Gilles Toulemonde, maître de conférences, et du Professeur Johanne Saison-Demars. Que cette dernière soit également remerciée en sa qualité de Directrice de l'IPAG.

Remercions également tout spécialement le personnel administratif de l'Université Lille 2 : de l'IPAG, en particulier, M. Denis Bajoux ; du CRDP, en particulier, M. Éric Fouré et de l'ERDP, notamment Mme Agnès Pakosz. Tous ont fait montre d'un soutien sans faille et d'une rare efficacité.

B.W. et F.B.

1. EA n°4487.

Introduction

par Bertrand WARUSFEL

Professeur agrégé à l'Université de Paris 8, Vice-président de l'AFDSD

et

Florent BAUDE,

Maître de conférences de droit public à l'Université de Lille

Le colloque de Lille n'a pas démenti l'attrait grandissant des juristes pour les questions de défense et de sécurité. Pour la première fois, en effet, notre réunion automnale annuelle a comporté cinq ateliers – et non quatre comme cela était la tradition jusque-là – ceci, pour permettre de satisfaire, dans la limite de nos possibilités, les différentes demandes d'intervention de la part des membres de notre association.

Ces interventions, bien que diverses et variées, illustrent les préoccupations actuelles ; préoccupations que l'on retrouve dans la *Revue stratégique de défense et de sécurité nationale*, parue quelques semaines après la tenue de notre colloque¹.

Certaines de ces préoccupations sont désormais incontournables et correspondent à notre époque empreinte d'incertitudes, de remises en cause des ordres établis et donc de crises. De la sorte, figurent dans ce volume, des contributions relatives à l'état d'urgence ; régime de circonstances exceptionnelles appréhendé ici sous l'angle du contrôle : contrôle juridictionnel, d'une part² ; contrôle parlementaire, d'autre part³. L'examen du contentieux de l'état d'urgence a ainsi été l'occasion de rappeler que le juge naturel de l'état d'urgence est le juge administratif, et, par la même occasion, de questionner l'idée défendue par le premier Président de la Cour de cassation qui appelle de ses vœux une unité de juridiction⁴ ; car à dire le vrai, une telle unité ne pourrait se faire qu'au détriment de l'ordre des juridictions administratives... Or, ce qui importe n'est pas tant de savoir quel juge est compétent que de s'assurer de l'existence d'un contrôle juridictionnel effectif et efficace. Ce qui est assurément le cas. Au demeurant, si un contrôle

1. *Revue stratégique de défense et de sécurité nationale*, DICoD, Bureau des Éditions, octobre 2017, 108 p.

2. Contribution d'Olivier Gohin.

3. Contribution de Florent Baude.

4. Bertrand Louvel, « Pour l'unité de juridiction », 25 juillet 2017, *in* [https://www.courdecassation.fr/IMG///Tribune_Pour_lunite_de_juridiction.pdf, consulté le 27 décembre 2017].

parlementaire de l'état d'urgence est le bienvenu, il ne peut être – au regard de sa nature politique – qu'un contrôle subsidiaire.

Relèvent également de l'évidence, désormais, les contributions ayant trait au développement des nouvelles technologies, qu'il s'agisse de la sécurité *de* et *dans* l'espace numérique⁵ ou de la « *cyberguerre* »⁶. Ces thèmes en friche dont on ignore encore toutes les conséquences font état des difficultés rémanentes qui fragilisent les pouvoirs publics, bouleversent les juristes et inquiètent les défenseurs des libertés ; difficultés à l'aune desquelles on mesure les vicissitudes du droit positif à encadrer les phénomènes nouveaux ; autrement dit, à faire face aux nouvelles formes de criminalité, et plus généralement de violence ! De ce point de vue, l'utilisation – dans le contexte actuel de contre-terrorisme – du concept de « *guerre* » par les politiques et les médias sonne comme l'aveu d'une incapacité du droit à faire rentrer dans les catégories juridiques existantes un phénomène complexe. Pareil recours s'apparente ainsi à une incantation, à défaut d'être pertinent et juste.

Dans le même temps, l'incertitude que provoque la remise en cause des ordres établis génère en retour une réponse, souvent improvisée, mais dont l'objectif est manifestement légitime : la recherche de solutions idoines propres à favoriser le retour de la paix et de la sécurité. Ce qui n'est pas une mince affaire et est, par nature, porteur d'insatisfactions, d'incompréhensions, sinon de contestations : en période troublée ou non, la sécurité n'est jamais une addition à somme nulle ! Dans cette optique, il est patent que le concept de « *sécurité nationale* » (art. L. 1111-1, C. déf.) – qui pourrait évoluer d'une simple stratégie vers une norme juridique propre – mérite incontestablement de retenir l'attention des juristes⁷ car elle permet de transcender l'opposition révolue entre défense et sécurité, entre guerre et paix : il n'y pas une sécurité nationale du temps de la paix et une sécurité nationale du temps de la guerre. Il doit y avoir une sécurité nationale tout court qui entraîne l'application d'un régime juridique dérogatoire mais conforme à l'État de droit, et cette sécurité a nécessairement un coût qui varie dans le temps et l'espace ; ce coût étant proportionnel à la menace.

Il n'y a donc guère lieu de s'étonner d'une restriction topique des droits et libertés des citoyens, dont l'ampleur est inédite sous la V^e République. Pareil constat est naturel en cas d'application de l'état d'urgence – il en est même le corollaire – mais paraît aujourd'hui pouvoir être fait également en période normale : ainsi des conséquences induites par l'incorporation en droit commun de normes attentatoires aux libertés que sont les « *mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance* » et autres « *visites et saisies* » instituées par la loi du 30 octobre 2017⁸ ; ainsi, encore, des conséquences induites par la lutte contre la radicalisation djihadiste – qui

5. Contribution de Marc Watin-Augouard.

6. Contribution de Jean-Christophe Videlin.

7 Contribution de Bertrand Warusfel.

8. Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* (JORF, 30 octobre 2017, texte n° 1).

justifie le recours à des techniques de renseignement particulièrement intrusives et, somme toute, peu ou non respectueuses de la vie privée⁹ ; ainsi, enfin, des conséquences induites par les fichiers PNR – qui, par leur contenu, sont de nature à porter atteinte à la vie privée des passagers¹⁰.

C'est cette même incertitude qui pousse, ensuite, les pouvoirs publics à innover en matière de sécurité et de défense, en même temps que se poursuit la modernisation de l'État – ainsi la question de la police administrative doit-elle être envisagée, désormais, dans le cadre de l'intercommunalité¹¹ – ou qui conduit nos gouvernants à mobiliser des ressources juridiques qui, *prima facie*, semblent judicieuses, mais qui, à l'expérience, constituent encore des mécanismes bien fragiles. On songe, ici, et entre autres choses, au recours à la clause de l'article 42 § 7 du Traité sur l'Union européenne ; recours qui a davantage suscité l'interrogation sur sa portée et son bien-fondé, qu'apporté de réelles réponses¹².

Enfin, pareille incertitude conduit à l'acceptation de situations, qui, jusque-là étaient rejetées ou présentaient un caractère sinon exceptionnel, à tout le moins dérogatoire. Ainsi, ce n'est plus tant la question de l'armement de la police municipale – devenue force territoriale de premier plan – qui est posée, que celle de la modernisation de son armement¹³. Dans la même veine, qu'en est-il du recours aux entreprises privées de sécurité dans la lutte contre le terrorisme¹⁴ ? ; entreprises dont certains agents – notamment ceux exerçant des activités physiques de protection des personnes – peuvent, depuis le 1^{er} janvier 2018, être armés¹⁵. Cette possibilité ne heurte-t-elle pas, une fois encore, l'exclusivité régaliennne qui régissait jusqu'à présent les missions de sécurité et de défense ?

Ces quelques exemples illustrent, s'il le fallait encore, l'extrême tension qui existe entre sécurité et liberté, et les embarras actuels des pouvoirs publics en la matière, comme l'a bien montré la campagne présidentielle de 2017¹⁶ qui a opposé les divers candidats sur des questions bien connues : où placer le curseur ? jusqu'où ne pas aller trop loin ?

Cette dernière question s'applique avec une certaine acuité aux moyens mis à dispositions de nos armées, notamment en ce qui concerne les systèmes modernes d'armement, à savoir : les drones aériens¹⁷ et, plus généralement, les systèmes d'armements létaux autonomes¹⁸. Dans cette course vaine à l'efficacité totale, quel rôle doit être réservé à l'humain : contrôle complet,

9. Contribution d'Heddy Cherigui.

10. Contribution de Xavier Latour.

11. Contribution d'Olivier Renaudie.

12. Contribution d'Élie Pérot.

13. Contribution de Dorian Petey.

14. Contribution de Nicolas Le Saux.

15. Décret n° 2017-1844 du 29 décembre 2017 *relatif à l'exercice de certaines activités privées de sécurité avec le port d'une arme* (JORF, 31 décembre 2017, texte n° 32).

16. Contribution de Bertrand Pauvert.

17. Contribution de David Cumin.

18. Contribution d'Éric Pomes.

contrôle incomplet ou simple mise en action ? C'est qu'après tout l'objectif d'une guerre « *zéro mort* » est un leurre ; il ne vaut, dans le meilleur des cas, que pour celui qui emploie un tel système d'armes. Face à ce dilemme, l'éthique le dispute alors à la sécurité. L'emploi de tels systèmes suppose nécessairement des victimes dans les rangs de l'ennemi – c'est l'essence des luttes armées ! – sans que l'on sache *a priori* si la distinction entre populations civiles et objectifs militaires pourra toujours être respectée. Peut-on alors se contenter de les encadrer ou faut-il dès à présent les interdire ? Au total, il est patent que la sécurité apportée par de tels systèmes d'armes hyper-technologiques va engendrer un nouveau clivage entre ceux qui en posséderont et les autres : la sécurité des premiers augmentant *de facto* l'insécurité des seconds. N'y-a-t-il pas, ici, les germes d'une nouvelle course aux armements ? Interrogation qui prend un relief particulier au moment où « *l'émergence stratégique et militaire de plusieurs puissances régionales consacre l'avènement d'un monde multipolaire* »¹⁹.

On voit ainsi que l'éthique est elle-même indissociable du contexte actuel et débouche sur d'autres questionnements. Ne faudrait-il pas mettre l'accent sur la promotion des voix des victimes (et en particulier celles du terrorisme)²⁰ ? L'expérience de l'ONU et de certaines institutions internationales a, là aussi, retenu notre attention.

De même, la protection de l'environnement et sa prise en compte par les forces armées n'est-elle point une exigence éthique et politique ?²¹.

Plus globalement, c'est la confrontation entre déontologie et sécurité qui retient l'attention²². Cette notion de déontologie suppose l'encadrement du « *savoir-faire* » par un « *savoir-être* ». En ce sens, aussi délicate soit la situation actuelle, les dépositaires de la force doivent garder à l'esprit le dogme révolutionnaire, en vertu duquel la force publique est « *instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.* » (art. XII, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 26 août 1789). Il n'est pas acceptable, en effet, dans un État de droit, que sous couvert de tensions – liées au contexte, au stress ou à la fatigue – les dépositaires de la force commettent des abus de droit et autres voies de fait. Fort heureusement, au fil des siècles, la République Française s'est construite autour de règles générales protectrices : telles celle qui encadre la participation des forces armées au maintien de l'ordre²³. Au surplus, le droit positif n'est pas avare de règles plus spécifiques. Le code de la sécurité intérieure comporte ainsi différents codes de déontologie applicables aux forces de l'ordre, tel le *code de déontologie commun à la police et à la gendarmerie nationale* (art. R. 434-1 et s., CSI) ou le *code de déontologie des agents de police municipale* (art. R. 515-1 et s., CSI).

19. *Revue stratégique de défense et de sécurité nationale*, loc. cit., p. 17.

20. Contribution de Julie Benmakhlouf.

21. Contribution de Charlotte Touzot.

22. Contribution de Franck Durand.

23. Contribution de Jérôme Millet.

Les abus ne sont donc pas le lot quotidien. Tant s'en faut ! Les forces de l'ordre et autres dépositaires de la force publique agissent – par principe – dans le respect du droit et des règles de l'art, ou, à défaut, sont sanctionnées. En témoigne, par exemple, dans un registre proche, la sanction, au sein des forces armées, de celui ou celle qui harcèle. Si obligé(e), il persiste aujourd'hui, c'est bien le militaire harceleur, obligé de rendre des comptes à sa hiérarchie ou au juge, et ce, dans le cadre de sa responsabilité professionnelle, disciplinaire et/ou pénale²⁴.

Toutefois, on ne saurait faire l'impasse sur un point qui ne peut qu'alimenter la controverse chez les juristes. Celui du recours aux forces spéciales²⁵. Couvertes par le secret de la défense nationale au plan interne, les « opérations spéciales » se développent en partie à l'insu des prescriptions du droit international. Ce qui revient alors poser la question, d'une part, d'une « raison d'État » qui permettrait des exécutions extra-judiciaires, et, d'autre part, de la licéité de telles interventions – non soumises au contrôle parlementaire prévu à l'article 35 de la Constitution – au regard des règles internationales de non-intervention, de non-ingérence, du droit international humanitaire, ou, plus généralement, de la sécurité collective – dont l'Organisation des Nations unies, est la garante. On sait, en effet, que le recours à la force dans les relations internationales est prohibé par l'article 2, § 4 de la Charte des Nations et que cette norme d'interdiction présente aujourd'hui un caractère général, sinon de *jus cogens*. En outre, ce principe est encadré par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice²⁶.

Cette règle s'applique également aux armes nucléaires, dont la même juridiction limite l'éventualité d'un emploi à la stricte hypothèse d'une légitime défense mettant en jeu la survie de l'État agressé. C'est assez dire que la question de la proportionnalité de l'emploi des armes nucléaires est cruciale²⁷. A cet égard, on ne sera nullement étonné de l'insertion dans cet *Annuaire*, d'une contribution relative à l'arme atomique. Celle-ci fait en effet un retour remarqué sur le devant de la scène internationale. Différents événements récents en attestent : outre l'attitude de la République populaire de Corée du Nord, on relèvera les contentieux introduits par les Iles Marshall à La Haye²⁸, qui bien que rejetés, témoignent d'une volonté de certains États de contester l'existence de l'arme nucléaire ; volonté qui s'est manifestée par l'adoption, le 7 juillet 2017 (par 122 pays sur 192) d'un Traité *sur l'interdiction des armes nucléaires*.

L'actualité renouvelle décidément en permanence le cadre juridique et politique des questions de sécurité et de défense. C'est la raison pour laquelle l'AFDSD – arrivée au terme de ses cinq premières années d'existence – va

24. Contribution de Georgina Bénard-Vincent.

25. Contribution de Nicolas Cueur.

26. Contribution de Pascal Martin-Bidou.

27. Contribution de Benoît Gremare.

28. C.I.J., 5 octobre 2016, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Royaume-Uni ; Iles Marshall c. Inde ; Iles Marshall c. Pakistan).

continuer, à travers ses colloques et séminaires annuels, à jouer ce rôle de vigie et de laboratoire d'idées qu'elle s'est fixée et auquel ses membres concourent activement à travers leurs contributions régulières.