

La France est-elle en état de guerre ?

par Florent BAUDE

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

« La France est en guerre »¹. C'est par ces mots que le président François Hollande, chef des armées, commence son allocution devant le Congrès du Parlement, à Versailles, le 16 novembre 2015. Qui plus est, durant ce discours, le chef de l'État utilise à quinze reprises le terme de « guerre ». Pareille insistance peut étonner. En effet, si le chef de l'État avait pu évoquer une guerre contre le terrorisme en septembre 2014, à New York², la terminologie employée à Versailles, ainsi qu'à l'issue du conseil de défense du 14 novembre 2015³, s'applique directement à notre République ; elle donne à croire, à raison ou à tort, que du fait d'« actes de guerre » commis sur son territoire, la France se trouverait en « état de guerre ».

À raison, peut-être, pour le politique ou le citoyen traversé par l'émotion. Et, à dire le vrai, peut-on valablement fustiger le fait qu'un rapport parlementaire puisse faire état d'une « situation de guerre en plein Paris »⁴.

1. Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, Versailles, 16 nov. 2015, *in* [<http://www.elysee.fr>], consulté le 5 sept. 2016 (ci-après : discours du 16 nov. 2015).

2. Le chef de l'État a déclaré, à New York : « Notre meilleure réponse à cette menace, à cette agression est l'unité nationale dans cette guerre – car c'en est une – contre le terrorisme », Déclaration du président de la République, New York, 23 sept. 2014, *in* [<http://www.elysee.fr>], consultée le 5 sept. 2016. Cette déclaration est consécutive à l'assassinat de M. Hervé Gourdel.

3. « Ce qui s'est produit hier à Paris et à Saint-Denis près du Stade de France est un acte de guerre (...) qui a été commis par une armée terroriste, Daech, une armée djihadiste, contre la France », Déclaration à l'issue du Conseil de défense, 14 nov. 2015, *in* [<http://www.elysee.fr>], consultée le 5 sept. 2016.

4. Cf. G. Fenech (prés.), S. Pietrasanta (rapp.), Rapport n° 3922 *relatif aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*, t. 1, Comm. enq., A.N., 5 juil. 2016, p. 92. La guerre, en effet, n'est pas qu'un concept juridique. Or, si le droit peut rayer d'un trait de plume un concept juridique bien établi, il lui est impossible de s'attaquer à son *essence*, c'est-à-dire à la violence...

À tort, manifestement, pour le juriste, ceint par son carcan de règles positives, desquelles il ressort que la guerre est un concept caduc. Le juriste ne saurait ainsi assimiler « militaire » et « guerre »⁵ ou même « actes terroristes » et « actes de guerre ».

En effet, l'article 2, § 4 de la Charte des Nations unies pose la norme d'une interdiction, pour les États, de recourir à la force armée – et donc à la « guerre »⁶. Au surplus, pour la Cour internationale de justice, cette norme prohibitive présente un caractère général : elle s'impose à tous les États⁷. Aussi, ce n'est donc que par exception qu'un État peut conduire une « action » ou prendre des « mesures » impliquant l'emploi de la force armée – et non faire la guerre ! –, soit sur autorisation du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (art. 42, Charte ONU), soit dans le cadre strict de la légitime défense (art. 51, Charte ONU).

Pourtant, on a du mal à croire que l'affirmation du chef de l'État puisse être dénuée de toute portée. Dire que la « France est en guerre » ne peut pas être considéré, de la part du chef des armées, comme une affirmation gratuite. Il importe donc de saisir la *ratio verbis*, et dans ce registre, si l'on met de côté les arrière-pensées politiques, faire référence à la guerre, c'est simplement affirmer le retour d'une menace massive⁸ ; c'est, par une formule d'insistance, évoquer la réapparition d'un ennemi brutal, décidé à en découdre. L'affirmation n'est donc point d'ordre juridique. Les références à la « guerre » et à l'« état de guerre » sont utilisées, sinon par facilité ou abus de langage, à tout le moins par défaut : parce que notre droit ne permet pas de caractériser autrement la gravité de la situation. Notamment, la terminologie de l'article 1^{er} de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence n'a pas semblé suffisante au chef de l'État ; article qui fait toutefois référence à un « péril imminent » et à des « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

5. Pourtant, en 2014, encore, un article paru à la *Revue du droit public* entend ainsi traiter de la « décision militaire dans le code de la défense » en deux parties traitant respectivement de « la décision de guerre » et de « la décision dans la guerre », v. L. Klein, « La décision militaire dans le code de la défense », *RD publ.*, 2014, 4, p. 983.

6. « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

7. C.I.J., 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Rec. p.* 100, § 188 : « le principe du non-emploi de la force, (...) peut ainsi être considéré comme un principe de droit international coutumier ».

8. Sans être exhaustif, v., par ex., M. Valls, lors du débat préalable au vote de la 4^e loi de prorogation de l'état d'urgence : « cette menace (...) est extrêmement élevée » (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5464) « Il est vrai que nous n'avions jamais connu une menace d'une telle ampleur » (*id.*, p. 5465) ; « Lucides sur la menace, nous sommes également lucides sur les réponses à apporter » (*ibid.*).

Les propos du ministre de la Défense, M. Jean-Yves Le Drian, le confirment pleinement :

– d’une part, en effet, celui-ci affirme que : « un pays est en guerre dès lors qu’il n’est plus en mesure de tenir la guerre à distance »⁹ ;

– d’autre part, le ministre fait référence à un état de guerre, mais dit-il, celui-ci « ne ressemble à aucun de ceux que notre pays a connus par le passé. Le déploiement de dix mille soldats dans les rues de France, pour protéger les lieux de culte et nos lieux de vie les plus sensibles, suffit à traduire le caractère exceptionnel et relativement inédit de la situation à laquelle nous sommes confrontés aujourd’hui »¹⁰.

À le suivre, c’est ainsi de la réaction des Pouvoirs publics qu’est né l’état de guerre ; et ce dernier prendrait la forme d’une « mobilisation ». On peut même dire en paraphrasant le Premier ministre Valls : une « mobilisation sans précédent contre le terrorisme »¹¹.

Ici encore, ce terme n’est pas employé dans un sens commun : il relève du registre martial et constitue assurément un véritable élément de langage destiné à forcer les convictions¹².

Le discours du Premier ministre, prononcé à l’Assemblée nationale, lors du débat préalable au vote de la quatrième loi de prorogation de l’état d’urgence permet d’en prendre la teneur. Y sont mentionnés, sans être exhaustif, l’intervention des forces armées françaises sur le territoire national (déploiement de 10 000 hommes et femmes dans le cadre de l’opération *Sentinelle*) et à l’étranger (Mali depuis 2013, Irak depuis 2014, Syrie depuis septembre 2015) ; l’activation de la réserve opérationnelle de premier niveau ; l’adoption de deux lois antiterroristes¹³ et de deux lois sur le renseignement¹⁴ ; la création de 7 000 emplois au ministère de la Justice et de plus de 1 000 postes dans les douanes ; la mise en application de l’état d’urgence ; et, enfin, le recours à des mesures administratives d’expulsion, d’interdiction d’entrée et de séjour sur le territoire, de gel des avoirs financiers et de fermetures de mosquées ou de salles de prières.

9. J.-Y Le Drian, *Qui est l’ennemi ?*, Paris, Cerf, 2016, p. 11.

10. *Ibid.*

11. Selon M. Valls (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5466).

12. M. Valls utilise ainsi ce terme de « mobilisation » à trois reprises dans son discours précité (*id.*, p. 5465-5466). Le rapporteur de la commission des lois à l’Assemblée nationale, p. Popelin, affirme, par ex., que : « Cette guerre, nous la remporterons grâce à la mobilisation de nos armées en opérations extérieures » (*id.*, p. 5469) et évoque : « une mobilisation inédite des forces de l’ordre » (*ibid.*).

13. Loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 *relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme* (*JO*, 22 déc. 2012, p. 20281) ; Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l’efficacité et les garanties de la procédure pénale* (*JO*, 4 juin 2016, texte n° 1).

14. Loi n° 2015-1556 du 30 nov. 2015 *relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales* (*JO*, n° 0278, 1^{er} déc. 2015, p. 22185) ; Loi n° 2015-912 du 24 juil. 2015 *relative au renseignement* (*JO*, n° 0171, 26 juil. 2015, p. 12735).



À ces différentes mesures, il convient encore d'ajouter la mise en application, le 17 novembre 2015, de la clause de défense de l'article 42, § 7 du *Traité sur l'Union européenne*¹⁵ et l'institution, par décret, d'une garde nationale¹⁶.

On signalera, enfin, le climat martial qui résulte de la réunion régulière et fréquente de Conseils de défense et de sécurité nationale ou, encore, de la proclamation d'un deuil national, d'une durée exceptionnelle de trois jours, après les attentats de novembre 2015 et juillet 2016¹⁷ ; climat qui, manifestement, est nature à faire naître le sentiment d'un état de guerre.

Au total, on voit bien que pour le Gouvernement, l'état de guerre se déduit d'un ensemble de mesures exceptionnelles et d'ampleur, prises dans l'urgence, pour contrecarrer la menace incarnée par Daech. Il ne résulte donc pas de la mise en application d'un régime juridique *ad hoc* prédéfini – et pour cause, l'uniformité d'un tel régime est assurément introuvable (II).

Surtout, il ne saurait être question d'un état de guerre dans la mesure où, la « guerre » sur le sol national, telle qu'elle est actuellement évoquée, ici et là, se trouve elle-même dépourvue de fondement juridique solide. Elle est réduite à un simple constat présidentiel, sinon s'en faire intervenir l'idée de droit, à tout le moins en minimisant la portée des règles et principes juridiques connus (I).

I. La guerre en tant que simple constat présidentiel

L'argumentaire déployé par le ministre de la Défense dans son ouvrage *Qui est l'ennemi ?*¹⁸ – ouvrage de réflexion qui se veut une réponse aux interrogations suscitées par les discours martiaux du chef de l'État et du Premier ministre – est fondé sur un certain nombre d'éléments, assurément précis, mais qui participent

15. Le recours à cette clause est ainsi souligné par le ministre de la Défense, v. J.-Y. Le Drian, *op. cit.*, p. 27. Il s'agit là de la toute première utilisation d'une clause selon laquelle : « Au cas où un État membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres États membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la charte des Nations unies ».

16. Décret n° 2016-1364 du 13 oct. 2016 *relatif à la garde nationale* (JO, 14 oct. 2016, texte n° 20).

17. V. Décret du 14 nov. 2015 *portant déclaration de deuil national* (JO, 15 nov. 2015 p. 21360). Son article 1^{er} dispose que : « Les 15 novembre, 16 novembre et 17 novembre 2015 sont déclarés jours de deuil national en hommage aux victimes des attentats commis à Paris le 13 novembre 2015 ». C'est la première fois, sous la V^e République, qu'une telle durée de deuil national est décrétée par un chef de l'État. Un même décret a ensuite été adopté en juil. 2016, v. Décret du 15 juil. 2016 *portant déclaration de deuil national* (JO, 16 juil. 2016, texte n° 1). Par comparaison, le décret adopté consécutivement aux attentats du 7 janv. 2015 ne prévoyait qu'un seul jour de deuil national (v. Décret du 7 janv. 2015 *portant déclaration de deuil national*, JO, 8 janv. 2015, p. 335).

18. Ouvrage précité, note 9.



d'une interprétation discutable des règles juridiques. Parmi ces divers éléments, deux retiennent particulièrement l'attention : l'évocation d'une déclaration de guerre (A) et d'une agression armée (B).

A. La déclaration de guerre

Les affirmations selon lesquelles Daech a déclaré la guerre à la République française ont fait florès ces derniers mois. Elles émanent notamment du chef de l'État¹⁹, du Premier ministre²⁰ et du ministre de la Défense²¹. L'opposition parlementaire n'est pas en reste²².

Cette déclaration de guerre vient ainsi à l'appui de l'affirmation solennelle selon laquelle : « la France est en guerre ». Elle est, pourtant, surprenante car elle évoque le concept de guerre *au sens strict*, dont on sait par avance qu'il n'est pas applicable. Là encore, l'affirmation est donc contestable (1). Surtout, elle est manifestement contre-productive (2).

1. Une affirmation contestable

En effet, le formalisme de la déclaration de guerre, issu de la Convention III de La Haye du 18 octobre 1907 *sur l'ouverture des hostilités*, avait pour but essentiel de marquer par un avertissement préalable, l'intention hostile d'un État à l'égard d'un autre²³. Or, Daech n'a nullement été soucieux de respecter une quelconque forme d'avertissement. Il n'est nul besoin d'y insister.

En outre, toujours sur un plan formel, une telle assertion renvoie assurément à l'article 35 de la Constitution aux termes duquel : « la déclaration de guerre est autorisée par le Parlement ». C'est que, si l'on doit désormais admettre que le chef de l'État décide seul de l'envoi des forces armées à l'étranger²⁴, l'affirmation selon

19. Discours du président de la République, Saint-Etienne-du-Rouvray, 27 juil. 2016, *in* [<http://www.elysee.fr>], consulté le 5 sept. 2016 : « Nous sommes face à un groupe, Daech, qui nous a déclaré la guerre ».

20. « Les terroristes nous ont déclaré la guerre » (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5469).

21. J.-Y Le Drian, *op. cit.*, p. 28 : « c'est bien Daech (...) qui nous a aussi déclaré la guerre, en nous désignant comme son ennemi en paroles et en actes ».

22. V., entre autres, E. Ciotti : « Oui, vous avez raison, une guerre nous a été déclarée » (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5479) ; G. Larrivé : « Avons-nous tous compris, ici, que des partisans d'un islam politique nous ont déclaré une guerre totale ? » (*id.*, p. 5490).

23. V. art. 1^{er} : « Les Puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer *sans un avertissement préalable et non équivoque*, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle » (nous soulignons).

24. Ce qui résulte notamment de deux décisions du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. 2014-432 Q.P.C., 28 nov. 2014, *Dominique de L.*, § 9 ; Cons. const., déc.



laquelle Daech a déclaré la guerre à la France conduit à s'interroger, en retour, sur le point de savoir si le chef de l'État peut affirmer – solitairement – c'est-à-dire sans l'aval du Parlement, que la France est en guerre. S'il a pu le faire, c'est à notre sens parce que la guerre ne renvoie plus – ou pas suffisamment – à un régime juridique²⁵. En tout état de cause, il faut y voir, une fois encore, l'expression d'une compétence discrétionnaire du chef de l'État en matière de défense.

Il en ressort toutefois une anomalie. À suivre le chef de l'État, la « guerre » actuelle, déclarée par Daech à la France, n'appelle – constitutionnellement – qu'un constat de sa part ; constat présidentiel qui justifierait alors le placement de la France sous le régime de l'état d'urgence.

Cette guerre conduite par et contre Daech est donc d'une autre nature que celle que la France pourrait déclarer à un État digne de ce nom ; car dans ce second cas, le Parlement serait obligatoirement tenu, en vertu de l'article 35 précité de la Constitution, de donner son assentiment préalable au chef de l'État ; et il y a fort à parier, qu'en un tel cas, au regard de la gravité de la situation, l'état d'urgence ne suffirait pas.

Or, justement, chacun sait que le Parlement n'a pas autorisé la déclaration de guerre.

Il y aurait donc « guerre effective » et « guerre par défaut » : guerre par *déclaration avec assentiment préalable du Parlement* et guerre *par simple constat présidentiel*. En résumé, dire que Daech a déclaré la guerre à la France est donc, en soi, contre-productif, car porteur d'incertitude juridique. Nul ne sait, *a priori*, ce qu'implique réellement le constat présidentiel d'une « France en guerre ». Or, l'incertitude juridique s'accommode mal de l'État de droit.

2. Une affirmation contre-productive

Faire référence à une « déclaration de guerre » est également contre-productif s'il s'agit – et c'est pourtant la volonté clairement affichée des pouvoirs publics – de nier la qualité d'État à Daech.

En effet, le droit international humanitaire marque assez bien l'idée selon laquelle la guerre est une situation de belligérance entre États²⁶ ; y faire référence revient alors à affirmer implicitement ce que l'on entend rejeter.

2014-450 Q.P.C., 27 fév. 2015, *Pierre T. et autres*, § 6) : « le Gouvernement décide, sous l'autorité du Président de la République, de l'emploi de la force armée ». Sur ces décisions, v. F. Baude, « Le principe constitutionnel de nécessaire libre disposition de la force armée », cet *Annuaire*, 2016, p. 84-97.

25. Ce que l'on tente de démontrer dans la deuxième partie de cet article.

26. Au plan international, par ex., le protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 renvoie ainsi, pour ce qu'il s'agit de son champ d'application, à l'article 2 commun aux quatre conventions de Genève ; article 2 qui fait référence *expressis verbis* à la « guerre » et à « l'état de guerre » : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en





C'est qu'à tout prendre, le fait même d'affirmer, de la part des autorités politiques françaises, que Daech nous a déclaré la guerre ou que nous faisons la guerre à Daech, participe d'une certaine manière, même si l'on s'en défend, à l'affirmation d'un État *in statu nascendi*²⁷.

Cela contribue à rendre effective l'idée d'un État islamique, et ce, alors surtout que le chef de l'État, dans son discours au Congrès, évoque une organisation « disposant d'une assise territoriale, de ressources financières et de capacités militaires »²⁸.

Sentiment qui est encore renforcé par l'hypothèse d'une agression armée.

B. L'agression armée

Selon le chef de l'État, les actes commis en novembre 2015, « constituent une agression contre notre pays ». Une nouvelle fois, la terminologie employée n'est pas innocente. Elle renvoie à la notion d'agression au sens du droit international et, en particulier, à la notion de légitime défense.

Le raisonnement présidentiel est le suivant : en situation de légitime défense, la France est en droit d'intervenir en Syrie, mais aussi de prendre sur son territoire national des mesures d'exception.

Or, s'il est manifeste que l'article 51 de la charte des Nations unies conditionne l'ouverture du droit de l'État à la légitime défense à la constatation d'une « agression armée »²⁹, un tel raisonnement ne va pas sans poser plusieurs

vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de *guerre* déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles » (Nous soulignons).

27. C'est-à-dire un État en train de naître. Le ministre de la Défense évoque, pour sa part, un proto-État ; ce qui constitue la traduction en langue française de l'expression latine citée ci-dessus, v., J.-Y. Le Drian, *op. cit.*, p. 30-34.

28. Discours du 16 nov. 2015, *loc. cit.*

29. « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une *agression armée*, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales » (nous soulignons). On notera qu'une telle affirmation reprend *ex post facto* l'argumentaire du président Georges Bush en 2001. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a validé, semble-t-il, une telle interprétation dans sa résolution 1368 en considérant, « tout acte de terrorisme international, comme une menace à la paix et à la sécurité internationales », en reconnaissant « un droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la charte » et en condamnant « les épouvantables attaques terroristes qui ont eu lieu le 11 septembre 2001 » (v. S/Res. 1368, 12 sept. 2001 ; S/Rés. 1373, 28 sept. 2001). Toutefois, on ne saurait omettre de rappeler que la doctrine a critiqué une telle interprétation (v., par ex., L. Condorelli, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDI publ.*, 2001, p. 829-848) et que le Conseil de sécurité n'est pas un organe juridictionnel. Ainsi, au mieux, l'interprétation qu'il donne ne revêt



difficultés. D'une part, en effet, il s'inscrit à rebours de la définition internationale de l'agression (1) ; d'autre part, parce que si agression il y a eu, elle n'a pas pu, au regard de notre Constitution, porter atteinte à l'intégrité du territoire français (2) ; ce qui revient alors à douter de son existence.

1. Une affirmation contraire à la définition internationale de l'agression

C'est qu'en effet, l'agression armée, telle qu'elle est définie par la résolution 3314 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, s'entend d'un « emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État »³⁰. Autant dire, qu'en principe, la légitime défense ne joue qu'entre États.

Certes, cette définition ne saurait lier les États, l'Assemblée générale ne disposant pas de pouvoir normatif.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour internationale de justice ne la contredit nullement. Au contraire, les juges de La Haye ont expressément validé l'une des hypothèses d'agression prévues par ladite résolution, à savoir « l'envoi *par un État* ou *en son nom* de bandes ou de groupes armés qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État d'une gravité telle qu'ils équivalent à une véritable agression armée accomplie par des forces régulières »³¹.

On constate ainsi que si la C.I.J. qualifie d'« agression armée », l'intervention de groupes armés sur un territoire étranger, elle le fait à la double condition : d'une part, que ces groupes agissent sous le contrôle d'un État tiers ; et, d'autre part, que leurs actes présentent un degré suffisant de gravité et équivalent ainsi à l'action d'une armée régulière.

Or, l'« agression » dont serait victime notre République, en novembre 2015, n'est l'œuvre que de trois commandos composés de trois hommes chacun, équipés de dispositifs explosifs, et pour deux d'entre eux, de fusils d'assaut ; surtout, ces commandos agissent au nom de Daech, c'est-à-dire d'une organisation terroriste, et non d'un État³².

qu'un caractère purement politique. Au surplus, il semble difficile d'y voir un précédent cristallisant une révision coutumière.

30. Cf. art. 1, A/Rés. 3314 (XXIX), *Définition de l'agression*, 14 déc. 1974.

31. Cf. art. 3, g, A/Rés. 3314 (XXIX), préc. ; C.I.J., 27 juin 1986, préc., § 195, Rec., p. 103-104 (nous soulignons).

32. On notera que le chef de l'État tente de forcer les convictions en faisant justement référence à cette hypothèse d'un groupe armé venu de l'extérieur : « Les actes de guerre de vendredi ont été décidés, planifiés en Syrie, préparés ; ils ont été organisés en Belgique, perpétrés sur notre sol avec des complicités françaises », *in* discours du 16 nov. 2015, *loc. cit.*

En outre, on notera que depuis son adoption en 1974, la résolution 3314 a incontestablement acquis une « certaine valeur normative »³³. À preuve, la définition nominale du « crime d'agression », adoptée par la conférence de Kampala de juin 2010³⁴, se fonde en partie sur un critère organique exclusivement centré sur l'État – un tel crime étant commis par une « personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »³⁵ ; mieux, la conférence de Kampala reprend *in extenso* la définition onusienne de 1974 dans l'article 8 bis, § 2, du statut de la Cour pénale internationale (CPI) et y énumère l'ensemble des exemples tirés de l'article 3 de ladite résolution. À chaque fois, l'agression suppose une action *directe* ou *indirecte* d'un État³⁶. La conclusion s'impose alors d'elle-même.

33. Dans son avis consultatif du 8 juil. 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (Rec., p. 254-255, § 70), la Cour internationale de Justice affirme que : « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* ».

34. Cf. annexe I, Rés. RC/Res.6, 11 juin 2010.

35. Cf. art. 8 bis, § 1, Statut CPI : « Aux fins du présent Statut, on entend par “crime d'agression” la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies » (nous soulignons).

36. Cf. art. 8 bis, § 2, Statut CPI : « Aux fins du paragraphe 1, on entend par “acte d'agression” l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. Qu'il y ait ou non déclaration de guerre, les actes suivants sont des actes d'agression au regard de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1974 :

- a) L'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État ou l'occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou l'annexion par la force de la totalité ou d'une partie du territoire d'un autre État ;
- b) Le bombardement par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État, ou l'utilisation d'une arme quelconque par un État contre le territoire d'un autre État ;
- c) Le blocus des ports ou des côtes d'un État par les forces armées d'un autre État ;
- d) L'attaque par les forces armées d'un État des forces terrestres, maritimes ou aériennes, ou des flottes aériennes et maritimes d'un autre État ;
- e) L'emploi des forces armées d'un État qui se trouvent dans le territoire d'un autre État avec l'agrément de celui-ci en contravention avec les conditions fixées dans l'accord pertinent, ou la prolongation de la présence de ces forces sur ce territoire après l'échéance de l'accord pertinent ;
- f) Le fait pour un État de permettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre État, serve à la commission par cet autre État d'un acte d'agression contre un État tiers ;
- g) L'envoi par un État ou au nom d'un État de bandes, groupes, troupes irrégulières ou mercenaires armés qui exécutent contre un autre État des actes assimilables à ceux de forces armées d'une gravité égale à celle des actes énumérés ci-dessus, ou qui apportent un concours substantiel à de tels actes ».

Un terroriste ne peut pas, s'il n'agit pas pour le compte d'un État, être poursuivi et condamné pour la commission d'un crime d'agression, au sens du statut de la Cour pénale internationale.

2. Une agression n'ayant pas porté atteinte à l'intégrité du territoire

On peut également douter de l'existence réelle d'une agression si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 89, al. 4, de notre Constitution aux termes desquelles : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

C'est que, comme on le sait, le chef de l'État, a, après avoir indiqué lors de son allocution au Congrès du Parlement que la « France est en guerre », annoncé une révision de la Constitution. S'il a pu le faire, c'est donc qu'il a estimé – ou alors il faut admettre qu'il fait peu de cas de la Constitution – que les attaques terroristes n'ont pas porté atteinte à l'intégrité du territoire.

C'est assez dire que, là encore, l'entreprise du chef de l'État est sujette à discussion, et ce, pour au moins deux séries de raison. Les unes relevant du droit interne, les autres du droit international.

Au plan interne, d'abord, car l'article 412-1 du code pénal assimile les attentats terroristes à une atteinte à l'intégrité du territoire : « Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national »³⁷, de sorte que l'article 89, al. 4, peut assurément faire l'objet d'une interprétation large³⁸.

Au plan international, ensuite, car la définition de l'agression issue de la résolution 3314 précitée évoque, on le sait, trois hypothèses caractérisant une agression, à savoir l'emploi de la force armée par un État contre : i) la souveraineté d'un autre État ; ii) son intégrité territoriale ; et iii) son indépendance politique.

Or, si l'on admet que les attaques terroristes de novembre 2015 n'ont pas porté atteinte à l'intégrité du territoire de la République, il faut également convenir que de telles attaques n'ont nullement eu pour effet de remettre en cause la souveraineté ou l'indépendance politique de la République française ; bref, que l'agression n'est pas, au regard du droit international positif, caractérisée.

L'agression est donc – en droit – juridiquement introuvable. C'est également le cas de l'état de guerre...

37. Nous soulignons.

38. Ce raisonnement est celui, par ex., de N. Mamère (*J.O.A.N.*, déb., 1^{re} séance, 5 fév. 2016, p. 1015).



II. L'introuvable état de guerre

Alors qu'il en était à ses balbutiements, l'État de droit s'est accommodé, en France³⁹, d'un droit public de la guerre⁴⁰. Principalement élaboré au cours de la Grande Guerre, ce droit public de la guerre, a, depuis, fait l'objet d'un nettoyage par le vide. La codification du droit de la défense en témoigne, qui fait désormais l'impasse sur l'état de guerre⁴¹. Ainsi l'identification d'un tel régime n'est-elle point une mince affaire, et ce, tant en droit (A) que dans les faits (B).

A. L'identification du régime juridique de l'état de guerre

Il est aujourd'hui difficile de se faire une idée précise de ce qu'implique l'état de guerre. Pareille expression a disparu des ouvrages qui lui préfèrent celle de « circonstances exceptionnelles » ou de « temps de crise ». C'est que notre droit positif ne comporte pas – ou plus – de définition de l'état de guerre (1). En raison de l'absence d'un régime textuel uniforme, l'état de guerre ne s'identifie ainsi que par référence au « temps de la guerre » (2).

1. L'absence de définition de l'état de guerre

Aussi étonnant que cela puisse paraître, le code de la défense ne comporte effectivement aucune définition de l'état de guerre.

39. En effet, le concept d'État de droit a été introduit en droit français au début du xx^e siècle, notamment par L. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 2^e éd., Paris, 1923, De Boccard, p. 547 s.), M. Hauriou (*Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 17 s.) et R. Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, Sirey, 1920, p. 488 s.). Ce dernier, s'inspirant de la théorie allemande du *Rechtsstaat* entendait notamment l'opposer à l'« état de police », c'est-à-dire, celui dans lequel le pouvoir n'est pas autolimité et « peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures (...) utiles (...) en vue de faire face aux circonstances » (*id.*, p. 488, § 164). L'État policier, dit Carré de Malberg, correspond à « l'idée que la fin justifie les moyens » (*ibid.*).

40. Sur le droit public de la guerre, v., not., J. Barthélémy, « Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre », *RD publ.*, 1915, p. 134-162 ; J. Barthélémy, « Le droit public en temps de guerre », *RD publ.*, 1915, p. 545-575 ; J. Barthélémy, « Le droit public en temps de guerre », *RD publ.*, 1916, p. 73-119 ; J. Barthélémy, « Le droit public en temps de guerre », *RD publ.*, 1916, p. 295-304 ; J. Barthélémy, « Le droit public en temps de guerre », *RD publ.*, 1916, p. 552-586 ; G. Jèze, « L'exécutif en temps de guerre », *RD publ.*, 1917, p. 4-13 ; L. Rolland, « Le Pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 fév. 1918 », *RD publ.*, 1918, p. 542-580 ; R. Bonnard, « Le Droit public et la Guerre », *RD publ.*, 1939, p. 549-647 ; R. Bonnard, « Le Droit public et la Guerre », *RD publ.*, 1940, p. 90-125 ; R. Bonnard, « Le Droit public et la Guerre », *RD publ.*, 1940, p. 229-271.

41. Sur la codification du droit de la défense, v. F. Baude, *in* F. Baude, F. Vallée, *Droit de la défense*, Paris, Ellipses, 2012, p. 71-98.





En outre, si ce code entend faire une place à part entière à la « guerre » – un titre complet lui est consacré tant en partie législative que réglementaire (Titre I^{er}, Livre I^{er}, Partie 2) – il ne s'étend guère sur le sujet et n'y consacre, en réalité, en partie législative que trois articles : un sur les pouvoirs du préfet à l'égard des communes (art. L. 2112-1, C. déf.) et deux autres, l'un sur les conditions dans lesquelles les personnes non soumises à des obligations militaires peuvent s'engager dès le temps de paix (art. L. 2113-1, C. déf.) et, l'autre, sur la collaboration des ressortissants étrangers (L. 2113-2, C. déf.).

Un même constat peut être fait pour le Titre *ad hoc* figurant en partie réglementaire qui ne comporte en tout et pour tout qu'un seul article consacré à la mise en demeure du maire et à la suspension du conseil municipal en temps de guerre (art. R. 2112-1, C. déf.).

Sur ce point, le code de la défense constitue assurément une coquille vide : son contenu est extrêmement maigrelet et de fort peu d'utilité si l'on cherche à définir le régime juridique de l'état de guerre.

Constat navrant qui est encore accentué par le fait, qu'en pratique, la seule définition d'un tel régime figure dans un document qui n'a pas de valeur juridique : le *manuel de droit des conflits armés* : « L'état de guerre est l'état juridique qui découle d'une déclaration de guerre ou d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle »⁴².

Ceci est d'autant plus déroutant que le ministre de la Défense affirme lui-même qu'il faut « prendre garde de ne pas galvauder des notions aussi lourdes qu'«ennemi», «guerre» ou «stratégie» »⁴³.

Car, à dire vrai, c'est justement parce que nul ne sait *a priori* ce que recèle cette notion d'état de guerre – la seule certitude étant qu'il s'agit d'un état d'exception – qu'y faire référence fait naître des attentes et emporte diverses remarques, émanant de l'opposition parlementaire, affirmant la nécessité : « de combattre à l'extérieur [et] à l'intérieur (...) car c'est une même et unique guerre que nous devons livrer »⁴⁴ ; de « prendre des mesures radicales »⁴⁵, d'élaborer « une stratégie de guerre »⁴⁶ ; « de mettre des actes efficaces en face de ces mots »⁴⁷ ; bref, de « tirer toutes les conséquences [d'une situation] qualifiée de guerre »⁴⁸.

C'est un même constat qui justifie alors les propositions tous azimuts visant à la fermeture des mosquées salafistes⁴⁹, à l'interdiction des manifestations quand

42. Min. Déf., S.G.A., *Manuel de droit des conflits armés*, 2012, p. 54, in [[http://www.cicde.defense.gouv.fr/spip.php?article 1210](http://www.cicde.defense.gouv.fr/spip.php?article%201210)], consulté le 5 sept. 2016.

43. J.-Y. Le Drian, *op. cit.*, p. 13.

44. C. Jacob (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5471).

45. *Ibid.*

46. J.-C. Lagarde (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5481 et 5482).

47. E. Ciotti (*id.*, p. 5479).

48. L. Wauquiez (*id.*, p. 5486).

49. C. Jacob (*id.*, p. 5471).



les préfets considèrent qu'ils n'ont pas les moyens d'en assurer la sécurité⁵⁰, à la rétention de sûreté des personnes condamnées pour fait de terrorisme, à l'assignation des individus revenant du *djihad*, à la construction « d'un arsenal juridique de mesures coercitives sur la base d'un fichier S », à la mise à l'isolement systématique des détenus islamistes⁵¹, à l'application de l'article 411-4 du code pénal prévoyant une peine de trente ans de détention pour la commission d'actes d'intelligence avec l'ennemi ou encore à la résurgence d'une cour de sûreté de l'État⁵². On peut, ou non, être en accord avec de telles propositions manifestement liberticides. Ce n'est pas dire pourtant qu'elles s'inscrivent à rebours de ce que l'on sait du vieux droit public de la guerre.

2. L'absence d'un régime textuel uniforme de l'état de guerre

S'il existe toujours un régime juridique de l'état de guerre, on le découvre d'abord en jurisprudence.

Ce régime prétorien, né des conséquences de la Première Guerre mondiale, a, d'abord, été dénommé « théorie des pouvoirs de guerre » ou « doctrine de l'état de guerre »⁵³ avant que de devenir la « théorie des circonstances exceptionnelles » en raison de son application à d'autres circonstances que la guerre. En temps de guerre, le juge reconnaît à l'administration le droit de se soustraire à la légalité ordinaire, et ce, même sans texte. Très précisément, ce sont deux grands arrêts du Conseil d'État qui sont à l'origine de cette théorie. Il s'agit, d'une part, de l'arrêt *Heyriès* (CE, 28 juin 1918, *Rec.* 651 ; *S.*, 1922, 3, p. 49, note M. Hauriou) par lequel, le président de la République se voit reconnaître le droit de suspendre l'application d'une loi par décret en dehors de tout fondement textuel⁵⁴. Il s'agit, ensuite, de l'arrêt *Isabelle Dol et Jeanne Laurent* (CE, 28 fév. 1919, *Rec.* 208 ; *RD publ.*, 1919, p. 238, note G. Jèze ; *S.*, 1918-19, 2, p. 33, note M. Hauriou), par lequel, l'autorité militaire se voit reconnaître le droit de limiter la liberté d'aller et de venir, ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie. Il est d'ailleurs

50. *Ibid.*

51. Ces diverses propositions sont notamment formulées par C. Jacob (*J.O.A.N.*, déb., 2^e séance, 19 juil. 2016, p. 5471 et 5472).

52. Deux propositions formulées, entre autres, par N. Dupont-Aignan (*id.*, p. 5487).

53. M. Hauriou affirmait ainsi dans une note sous l'arrêt *Dame Dol et Laurent* (*S.*, 1918-19, 3, p. 33) : « Il y a un grand danger, qui est de créer de toutes pièces une théorie jurisprudentielle de l'état de guerre, dont on ne sait pas où elle s'arrêterait », « n'est-il pas à redouter que la doctrine de l'état de guerre, comme une colossale éponge, ne serve à laver toutes les illégalités et toutes les fautes et à diluer toutes les responsabilités ? ».

54. On notera que dans deux arrêts rendus le même jour (CE, 1^{er} août 1919, *S.A. des établissements Saupiquet et Vion et fils*, *Rec.* 713, concl. Riboulet ; *S.*, 1920, 3, p. 67 ; *RD publ.*, 1919, p. 341, note G. Jèze), le ministre de la Guerre se voit également reconnaître le droit de suspendre l'application d'une loi durant le temps de guerre, mais cette fois-ci, sur le fondement d'une législation d'exception.

possible de citer un arrêt moins connu qui marque assez bien les conséquences de l'état de guerre sur la liberté d'aller et de venir. Dans un arrêt *Graty* (CE, 4 janv. 1918, Rec. 1 ; *RD publ.* 1918, note Jèze), en effet, la haute juridiction fait application de la théorie des actes de gouvernement et refuse ainsi de statuer sur la légalité d'une décision, prise par le ministre de l'Intérieur, qui avait prescrit et maintenu pendant toute la durée des hostilités l'internement d'un citoyen belge, pourtant national d'un pays allié. On appréciera, à sa juste valeur, la simplicité du raisonnement au regard de certains débats actuels.

Pour le reste, si l'on s'emploie à identifier, dans les textes, un régime juridique de l'état de guerre, cela suppose de faire référence aux règles juridiques applicables au temps de la guerre, c'est-à-dire, pour l'essentiel, en cas de menace ou d'agression.

En ce sens, les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 1111-2 du code de la défense précisent, aujourd'hui encore, qu'en cas de *menace*⁵⁵, différentes « mesures » peuvent être adoptées.

De telles « mesures » sont intimement liées à la guerre et sont en principe de mise dès lors que l'état de guerre est décrété. Il s'agit de la mobilisation générale (art. L. 2141-1, al. 1, C. déf.⁵⁶) ou de la mobilisation partielle (art. L. 2141-4, al. 1, C. déf.), de la mise en garde (art. L. 2141-1, al. 2, C. déf.⁵⁷) et encore des « dispositions particulières⁵⁸ » ; « dispositions qu'il appartient au Gouvernement de préparer et d'adapter à tout moment aux nécessités de la défense ». Prévues par l'article L. 2141-3 du code de la défense, elles sont rendues possibles lorsque la mobilisation ou la mise en garde ont été décrétées en Conseil des ministres.

La défense opérationnelle du territoire doit également être mentionnée. En effet, celle-ci « concourt au maintien de la liberté et de la continuité d'action du Gouvernement, ainsi qu'à la sauvegarde des organes essentiels à la défense de la nation » (art. R.*1421-1, C. déf.) et sa mise en œuvre est rendue possible « en cas de menace extérieure, d'agression ou d'invasion » (art. R.*1422-1, C. déf.).

55. « En cas de menace, ces mesures peuvent être soit la mobilisation générale, soit la mise en garde définie à l'article L. 2141-1, soit des dispositions particulières prévues à l'alinéa suivant » (al. 1) ; « En cas de menace portant notamment sur une partie du territoire, 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 définis à l'article L. 2141-3 » (al. 3). On notera le singulier ; ce qui augure assez bien du caractère massif de « la » menace.

56. « La mobilisation générale met en œuvre l'ensemble des mesures de défense déjà préparées ».

57. La mise en garde « consiste en certaines mesures propres 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 œuvre des forces armées et formations rattachées ».

58. L'expression de « dispositions particulières » figure à l'article L. 1111-2, al. 2 du code de la défense.



Il importe aussi de faire état des normes applicables « dès lors que les conditions de la défense de la Nation l'exigent ou que les objectifs assignés aux armées le nécessitent » : c'est le rétablissement de l'appel sous les drapeaux (art. L. 112-2, C. serv. nat.⁵⁹) ; de celles applicables en cas de « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » (art. L. 2121-1, C. déf.) : c'est l'état de siège ; ou encore de celles applicables lorsque l'intégrité du territoire est menacée d'une « d'une manière grave et immédiate » et que « le fonctionnement régulier des Pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » : c'est l'article 16 de la Constitution.

Enfin, on ne peut pas faire l'impasse sur l'existence d'une norme, qui, pour le coup, constitue assurément l'accessoire de l'état de guerre et est donc, en principe, *jure et facto*, mise en application dès lors que, pour reprendre le propos du chef de l'État, « la France est en guerre ». C'est le rétablissement des juridictions militaires⁶⁰. En effet, aux termes de l'article L. 112-1 du code de justice militaire : « En temps de guerre, il est établi, sur le territoire de la République, des tribunaux territoriaux des forces armées ».

B. L'absence d'état de guerre

Si le constat est patent (1), il n'est pas sans intérêt (2). Il met, en effet, en lumière les carences du droit actuel et la nécessité de son actualisation.

1. Un constat patent

Il est relativement aisé d'affirmer que la France n'est pas en état de guerre. Et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, car aucune des mesures susvisées n'a été décidée par les Pouvoirs publics. Ainsi, dans son discours au Congrès de novembre 2015, le chef de l'État rejette-t-il tout recours à l'article 16 de la Constitution – parce qu'il n'y a pas interruption du fonctionnement des Pouvoirs publics – ou à l'état de siège – en raison de son inadaptation à la situation actuelle⁶¹. De même, ni la mobilisation

59. L'appel sous les drapeaux « est rétabli à tout moment par la loi dès lors que les conditions de la défense de la Nation l'exigent ou que les objectifs assignés aux armées le nécessitent ».

60. V., par ex., X. Labbée, « Va-t-on rétablir les juridictions militaires ? », *Gaz. Pal.*, 26 juil. 2016, 28, p. 10.

61. Le chef de l'État affirme ainsi : « Premier régime, c'est le recours à l'article 16 de la Constitution. Il implique que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics soit interrompu. Le Président de la République prend alors les mesures exigées par les circonstances en dérogeant à la répartition des compétences constitutionnelles. Et puis il y a l'article 36 de la Constitution qui porte sur l'état de siège. Il n'est pas non plus approprié. L'état de siège, il est décrété en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée. Dans ce cas, différentes compétences sont transférées





générale ou partielle, ni la mise en garde, ni le recours aux dispositions particulières ou à la défense opérationnelle du territoire n'ont été de mise. On peut d'ailleurs valablement se demander si certaines de ces mesures ne présentent pas, de nos jours, une dimension archaïque.

Ainsi, la réplique essentielle a consisté en la mise en application de l'état d'urgence ; état d'urgence qui est, certes, un régime de circonstances exceptionnelles, mais nullement un régime juridique du temps de la guerre, ni même, au demeurant, un régime juridique de défense.

Ensuite, car les juridictions militaires n'ont pas été rétablies⁶². Au contraire, les modifications récentes apportées à la loi n° 55-385 du 3 avr. 1955 *instituant un état d'urgence* ont emporté l'abrogation de son article 12 qui prévoyait, justement, qu'un décret pris sur le rapport du ministre de la Justice, garde des Sceaux, et du ministre de la Défense pouvait autoriser la juridiction militaire à se saisir de crimes, ainsi que des délits qui leur sont connexes, et ce, en lieu et place de la cour d'assises⁶³. De plus, le Gouvernement a rejeté d'un revers de la main, la création d'une Cour de sûreté de l'État.

Enfin, car le juge administratif ne fait nullement référence à l'état de guerre ou, à tout le moins à sa philosophie, dans sa jurisprudence récente.

Au contraire, et pour s'en tenir à un exemple symbolique, le contrôle de proportionnalité qu'il réalise récemment sur les mesures de police interdisant le burkini est parfaitement conforme au contrôle qu'il réalise en temps de paix.

Il dénie ainsi toute possibilité à un maire de se fonder sur le contexte. Selon les juges du Palais-Royal : « l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée »⁶⁴.

de l'autorité civile à l'autorité militaire. Chacun voit ici qu'aucun de ces deux régimes n'est adapté à la situation que nous rencontrons. Le fonctionnement régulier des pouvoirs publics – et nous le prouvons aujourd'hui – n'est pas interrompu et il n'est pas concevable de transférer à l'autorité militaire des pouvoirs. Pourtant nous sommes en guerre », *in* discours du 16 nov. 2015, *loc. cit.*

62. Ce qui fait dire au Professeur Labbé : « À quoi sert le code de justice militaire si l'on ne peut s'en servir ? Mais peut-être qu'après tout, nos représentants vont nous dire qu'après réflexion, nous ne sommes pas en guerre », *loc. cit.*, p. 10.

63. V. art. 4, Loi n° 2015-1501 du 20 nov. 2015 *prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions* (JO, 21 nov. 2015, p. 21665).

64. CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et alii*, n° 402742 : « les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public ».



Dans un dernier registre, dire que nous sommes en état de guerre au regard de la mobilisation massive de militaires dans le cadre de l'opération *Sentinelle* constitue un argument trompeur. En effet, ces militaires agissent sur le fondement de réquisitions au maintien de l'ordre (art. L. 1321-1, C. déf.). Ils ne font donc pas la guerre sur le territoire national, et ce, alors surtout qu'ils sont confinés à des tâches de surveillance et de garde, et que, partant, ils ne sauraient « sans plan d'action prédéfini » intervenir dans un lieu clos où se produirait un massacre⁶⁵. En outre, ils ne peuvent – en principe – utiliser leurs armes qu'en situation de légitime défense, d'état de nécessité et, depuis peu, de « périple meurtrier »⁶⁶ ; conditions d'emploi, qui, il faut bien le dire, n'ont que peu à voir avec les règles de l'usage des armes en temps de guerre.

Ainsi, sur un strict plan juridique, il faut admettre que la France n'est ni en guerre, ni en état de guerre ; ce qui ne signifie pourtant pas que la situation actuelle corresponde en tous points au temps de la paix.

2. Un constat utile

Finalement, l'intérêt de la question de savoir si la France est en état de guerre tient en un constat : celui de la nécessité de réinventer le droit, c'est-à-dire sinon un nouveau régime de l'état de guerre, à tout le moins, un régime propre à la situation actuelle, dont on ne cesse de nous dire qu'elle va durer.

En effet, l'ensemble du *corpus* juridique pertinent a été conçu – pour l'essentiel – avant et pendant la Grande Guerre ; époque au cours de laquelle le droit de faire la guerre était un attribut de la souveraineté de l'État ; époque, aussi, au cours de laquelle, la manière dont un État réglait le sort des individus – nationaux

65. Cf. G^{al} B. Le Ray : « En mon âme et conscience, je n'aurais donc pas donné l'ordre à mes soldats de pénétrer dans le bâtiment sans un plan d'action prédéfini. Je peux concevoir que l'on intervienne en appui des forces de sécurité intérieure, qui décident de donner l'assaut parce qu'elles connaissent les lieux et savent ce qu'elles vont y trouver, mais pas que l'on se lance dans l'inconnu », in G. Fenech (prés.), S. Pietrasanta (rapp.), Rapport n° 3922 *relatif aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*, t. 2, Comm. enq., A.N., 5 juil. 2016, p. 406.

66. En effet, aux termes de l'art. 122-4-1 du code pénal (mod. par l'art. 51 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, J.O., 4 juin 2016, texte, n° 1) : « N'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale, le militaire de la gendarmerie nationale, le militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du code de la défense ou l'agent des douanes qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme ».

et étrangers – résidant sur son territoire, relevait uniquement de sa compétence nationale, en temps de paix comme en temps de guerre ; le tout, hors du regard des juridictions internationales ou constitutionnelles⁶⁷ ; époque, encore, on l'a dit plus haut, au cours de laquelle le concept d'État de droit n'en était qu'à ses balbutiements.

Force est ainsi de constater que le régime juridique de l'état de guerre, tel qu'applicable en France, n'est pas apte, pour l'heure, à prendre en compte *in globo* la situation de terroristes en lutte contre les forces armées de leur gouvernement national et qui commanditent des actions armées à l'encontre d'États tiers, depuis les territoires qu'ils contrôlent.

Par suite, la réponse à l'action armée conduite par le « soldat de Daech » sur le territoire français relève essentiellement d'un droit lacunaire, improvisé, qui alimente une tension détestable : celle d'opposer « état de guerre » et « État de droit ». Le moment est donc venu de faire preuve d'inventivité. Une réforme – de nature constitutionnelle⁶⁸ – s'impose donc, car elle seule permettra d'inventer un nouvel « État de droit »⁶⁹ ; celle-ci devrait prendre appui sur le concept de sécurité nationale ; concept idoine qui s'avère pourtant, selon nous, le grand oublié des épreuves actuelles.

En effet, c'est bien le seul concept qui cadre parfaitement avec la situation actuelle et la disparition de la frontière entre menace intérieure et menace extérieure : il n'est pourtant pas mentionné par le chef de l'État devant le Congrès.

On pourrait ainsi envisager la mise sur pied d'un « régime constitutionnel de sauvegarde de la sécurité nationale » qui conférerait, déjà, une assise constitutionnelle au concept de sécurité nationale⁷⁰, ainsi qu'à la lutte contre le terrorisme

67. En ce sens, la loi du 11 juil. 1938 *sur l'organisation de la Nation pour le temps de la guerre* (J.O., 13 juil. 1938, p. 8330) et l'ordonnance 59-147 du 7 janv. 1959 *portant organisation générale de la défense* (J.O., 10 janv. 1959, p. 691), en partie codifiées, ont été adoptées hors du regard du juge constitutionnel et du juge européen des droits de l'homme.

68. Plusieurs auteurs sont de cet avis : ainsi du Professeur Dominique Rousseau selon lequel, la Constitution « doit prévoir toutes les situations qui pourraient y porter atteinte. C'est pourquoi la constitutionnalisation de l'état d'urgence est, a priori, recevable, puisqu'elle a pour objet de ne pas laisser hors des garanties le mode de gouvernement pendant cette période », *in* D. Rousseau, « Un projet recevable, mais qui doit être réécrit », *Le Monde*, 22 déc. 2015 ou du Professeur Bastien François, pour lequel : « Quand on prévoit de déroger à la légalité ordinaire en mettant en œuvre un état d'exception, fût-il temporaire, il vaut mieux que le principe et le cadre de cette dérogation soient prévus au sommet de la hiérarchie des normes », *in* B. François, « Faut-il constitutionnaliser l'état d'urgence ? La séparation des pouvoirs mise à mal », *ibid.*

69. N. Dupont-Aignan (*id.*, p. 5487). Le député affirme ainsi que : « gagner la guerre contre un ennemi aussi déterminé (...) n'est pas possible dans le cadre d'un État de droit du temps de la paix ».

70. Parce que le concept de sécurité nationale ne figure pas à l'article 34 de la Constitution, on rappellera en effet que : « la définition de la stratégie de sécurité nationale, laquelle



de masse⁷¹ ; régime qui prévoirait ainsi les conditions dans lesquelles l'usage de la force pourrait être modulé de manière contextuelle (paix, conflit armé international, conflit armé non international ou plus spécifiquement combat contre le terrorisme)⁷² ; régime qui poserait, enfin, la possibilité de suspendre certains droits et libertés ; le cas échéant, en prévoyant l'impossibilité de déroger à certains droits et libertés fondamentaux ; et ce, à l'instar de ce que prévoit la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15) ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 4).

On objectera sans doute à cela, qu'une telle révision ne viserait « pas à mieux encadrer les pouvoirs exorbitants accordés à l'exécutif (...) mais à renforcer ces pouvoirs, en leur donnant une base constitutionnelle qui les mette à l'abri d'une éventuelle censure du Conseil constitutionnel »⁷³. Or, « en quoi est-ce un renforcement de l'État de droit que de modifier la Constitution afin de prendre des mesures normalement inconstitutionnelles ? »⁷⁴. Ces arguments sont assurément pertinents, mais ils oublient un point essentiel.

C'est que, tant en droit international qu'en droit interne, l'*ultima ratio* du droit de la guerre, ou selon, droit de l'état de guerre, consiste – puisque la guerre est interdite ! – à organiser, de manière préventive et non arbitraire... l'illicite.

visé à répondre aux menaces et risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population et l'intégrité du territoire, (...) ne saurait, à ce titre, être conçue et mise en œuvre indépendamment de la politique de défense », V. Conseil d'État, *Rapport public 2009*, Paris, Doc. fr., 2010, p. 175-176 (nous soulignons).

71. Cf., sur ce point, T. Tuot, « Faut-il donner un fondement constitutionnel au combat contre les organisations terroristes ? », *Nouv. cah. Cons. const.*, 1^{er} avr. 2016, 51, p. 17.

72. Raisonement défendu par la Directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense, v. C. Landais, p. Ferran, « La Constitution et la guerre. La guerre est-elle une affaire constitutionnelle ? », *id.*, p. 35.

73. Collectif « Refuser un état d'exception permanent », *Le Monde*, 22 déc. 2015.

74. O. Beaud, C. Guérin-Bargues, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique – § V », *in* [<http://juspoliticum.com/article/L-etat-d-urgence-de-novembre-2015-une-mise-en-perspective-historique-et-critique-V-1085.html>], consulté le 5 sept. 2016.

