

# Un droit de la sécurité nationale ?

## Approche constitutionnelle

par Olivier GOHIN

*Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas – Paris II*  
*Directeur de l'IPAG de Paris-CEDOCA*

Le *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale* de 2008, réitéré sous le même intitulé en 2013, laissait entrevoir, par son intitulé, que la défense et la sécurité seraient traitées séparément. Tel aura été le cas : la codification du droit de la défense remonte initialement à l'ordonnance du 20 décembre 2004, en ce qui concerne sa partie législative, et aux décrets du 23 avril 2007, en ce qui concerne sa partie réglementaire ; la codification, de la sécurité, limitée à la sécurité intérieure : comprendre, d'une part, la sécurité publique, renseignement compris, à présent, ainsi que la sécurité privée dans sa participation à la sécurité publique et, d'autre part, la sécurité civile, résulte initialement de l'ordonnance du 12 mars 2012, dans sa partie législative, et des décrets du 4 décembre 2013, dans sa partie réglementaire.

On a ainsi le code du ministère de la Défense ou des forces armées et le code du ministère de l'Intérieur et des forces de sécurité, non sans des recoupements inévitables, notamment dans la détermination du droit applicable à la Gendarmerie nationale.

Or, il devrait en être autrement, sous couvert du concept fédérateur de la sécurité nationale, ce que dément aussi le conseil de défense et de sécurité nationale de 2009 qui additionne le conseil de défense de 1962 et le conseil de sécurité intérieure de 2002 ; de même, le SGDN de 1962 est devenu SGDSN de 2009, et non le SGSN. Qu'a-t-on fait en ce sens ? On a délaissé une phrase simple, claire et précise dont le tort ou, plutôt, l'obsolescence, était de faire prévaloir la défense et de lui subordonner la sécurité : « La défense a pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire ainsi que la vie de la population » (ord. 7 janv. 1959, art. 1<sup>er</sup>). La remplacer efficacement signifiait l'inversion et l'ajustement des termes de la

proposition, ce qui aurait permis d'écrire, par exemple : « La sécurité nationale a pour objet d'assurer en tout temps, en tout lieu et contre toutes les formes d'agression, la vie de la population et la défense de l'intégrité du territoire ». On ne l'a pas fait : on a préféré remplacer la cathédrale par une église à plusieurs chapelles, en une phrase complexe, confuse et vague sur la sécurité nationale qui se lit, d'ailleurs, au début du code de la défense, comprenez qui peut.

De ce texte, à l'article L. 1111-1 de ce code, il résulte que la sécurité nationale n'est pas une politique publique, et même la première de ces politiques : c'est seulement une stratégie qui « a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques (...) et de déterminer les réponses ». Cette stratégie n'est pas d'action, elle est de réflexion car l'action c'est « l'ensemble des politiques publiques » : la sécurité nationale est donc globale, comme l'était la défense de 1959 qui devient ainsi l'une de ces politiques publiques au service de la sécurité nationale. On veut même bien dire qu'il résulte de la rédaction de l'article L. 1111-1 du code de la défense que cette politique publique est privilégiée.

Cette politique de défense est centrée sur deux menaces : l'atteinte à l'intégrité du territoire (depuis l'extérieur) et les agressions armées contre la population (à l'intérieur), sans menace plus précisément identifiée ni autre réponse fournie que le respect des alliances, des traités et des accords internationaux, dont – dans le cadre des traités européens en vigueur – la mythique politique européenne de sécurité et de défense commune.

Il n'est pas dit que la sécurité est permanente. Il n'est pas dit qu'elle est intérieure et extérieure. Il n'est pas dit que la sécurité intérieure est publique et civile. Il n'est pas dit que la dissuasion nationale garantit le territoire national. Il n'est pas dit que la menace peut être le terrorisme. Il n'est pas dit que la réponse à l'agression armée doit être, d'abord, nationale et que, sur le territoire, elle peut n'être que nationale. Il n'est pas dit que l'agression armée doit être prévenue et qu'elle peut l'être à l'extérieur du territoire national ou sur ce territoire, et ce par tous les moyens de la législation ordinaire ou, le cas échéant, d'exception.

Disons le : le concept de sécurité nationale est indigent pour cette première raison que, à défaut de base constitutionnelle, le législateur n'a ni voulu ni su dépasser les querelles entre ministères ou entre services, au sein des ministères, et construire une organisation générale de la sécurité nationale, à même de contribuer à résoudre la crise politique que traverse la France et qui est, d'abord, une crise de confiance envers le politique, et donc de légitimité du politique, incapable, dans la profondeur, d'anticiper globalement les menaces et d'adapter efficacement ses réponses.

Tout ceci a pour conséquence de perdre de vue la globalité de la sécurité nationale pour un double fractionnement : la sécurité et défense ; au sein de la sécurité, d'une part, la sécurité fonctionnelle (on aurait pu dire, tout aussi bien, matérielle ou opérationnelle) : les missions de sécurité et, d'autre part, la sécurité

institutionnelle (on aurait pu dire, tout aussi bien, organique ou structurelle) : les institutions de sécurité, réunies, en particulier, dans le cadre de la police administrative, en tant qu'action et force de prévention de l'atteinte à l'ordre public intérieur ; au sein de la défense, d'une part, la défense fonctionnelle : les missions de défense et, d'autre part, la défense institutionnelle : les institutions de défense, confondues dans le champ de la défense nationale en tant qu'action et force de protection contre l'agression armée extérieure. Encore faut-il préciser que la césure des opérations dans le temps est hasardeuse : prévenir, c'est guérir et c'est aussi, pour la Police et la Gendarmerie nationales, rétablir l'ordre public ; défendre, ce n'est pas subir et c'est aussi, pour les armées françaises, attaquer pour riposter ou même pour frapper en premier.

Or, le droit de la sécurité et de la défense – et non le droit de la sécurité nationale – est un droit de permanence, en tant qu'il renvoie à une mission essentielle de l'État, certainement la première de ses missions de souveraineté en tant que l'État est – et lui seul – le lieu d'exercice de la souveraineté. Mais, il est aussi un droit de circonstance, en tant qu'il doit s'adapter aux menaces nouvelles : c'est ainsi que, pour faire face à des modalités inconnues du terrorisme, le régime de l'état d'urgence, fixé par la loi initiale du 3 avril 1955 a été encore repris, deux fois de suite, en vue de l'actualiser et de le renforcer, d'abord par la loi du 20 novembre 2015, pas plus de huit jours après les attentats de Paris et de Saint-Denis, puis par la loi du 21 juillet 2016, pas plus de sept jours après l'attentat de Nice.

Dès lors, construire solidement un droit de la sécurité et de la défense suppose de reprendre l'ouvrage à la base, en commençant par une approche constitutionnelle qui fait défaut. Dans ce droit enfin révélé, pris ici dans sa seule dimension constitutionnelle, en France, quelle est donc la part respective des fonctions et des institutions de sécurité et de défense ? La réponse à cette première question permet d'établir la prépondérance dans la Constitution de l'institutionnel sur le fonctionnel (I). D'où une rigidité et donc une obsolescence des aspects fonctionnels de la sécurité et de la défense qui, en réaction aux nouveaux risques encourus par la population dans sa vie, et même pour sa vie sur le territoire national, conduit à une réponse en faveur d'une redéfinition dans la Constitution de l'institutionnel, en relation avec le fonctionnel (II).

## **I. La prépondérance dans la Constitution de l'institutionnel sur le fonctionnel**

Tout le droit n'est pas dans le droit écrit et tout le droit écrit n'est pas dans l'écrit constitutionnel : ce serait trop simple ! Mais, même en injectant dans le droit de la coutume et de la jurisprudence, même en injectant dans l'écrit, de l'administratif et du financier, on ne parvient pas à sortir de la distinction de base, si ancienne, entre sécurité et défense telle qu'elle émerge dans la première



Constitution écrite française, celle du 3 septembre 1791, en ces termes qui, aux deux premiers articles du titre IV<sup>1</sup>, sont fonctionnels et institutionnels, tout à la fois :

– article 1<sup>er</sup> : « la force publique » : l'expression est générique et elle renvoie aussi bien au fonctionnel (la force) qu'à l'institutionnel (publique)<sup>2</sup> « est instituée pour défendre l'État contre les ennemis du dehors »<sup>3</sup> (c'est la défense fonctionnelle) « et assurer au dedans le maintien de l'ordre et de l'exécution des lois » (c'est la sécurité fonctionnelle) ;

– article 2 : cette force publique, instituée pour cette double fonction, « est composée de l'armée de terre et de mer » (c'est la défense institutionnelle) ; « de la troupe spécialement destinée au service de l'intérieur » (c'est la sécurité institutionnelle, à travers la Gendarmerie nationale qui vient d'être créée<sup>4</sup>) « et subsidiairement des citoyens actifs et de leurs enfants en état de porter les armes, inscrits sur le rôle de la garde nationale » (c'est, là encore, la sécurité institutionnelle).

D'un seul coup, en 1791, tout est dit et bien dit. Mais, pour s'en tenir au droit constitutionnel écrit, il faut avouer que cette conjonction des missions et des structures est exceptionnelle car c'est bien la force de l'institutionnel (**A**) et la faiblesse du fonctionnel dans les Constitutions françaises (**B**) que l'on identifie dans le temps long.

## A. La force de l'institutionnel dans les Constitutions françaises

La force de l'institutionnel se mesure déjà, avant la Constitution de 1791, dans la Déclaration de 1789, le préambule de la Constitution de 1791, qui consacre, notamment, à la force publique l'article 12 de la Déclaration sur la force publique, pour en retenir une conception institutionnelle, et non fonctionnelle : « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

Or, plus de trente-six ans après la décision de principe du Conseil constitutionnel, en date du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*<sup>5</sup>, qui faisait prévaloir l'égalité

1. Sur les sept titres de la Constitution, le titre IV est entièrement consacré à la force publique, en treize articles.

2. La Constitution de 1791 dit aussi « force armée » (Titre III, chap. I<sup>er</sup>, section IV, art. 3). La Constitution de 1793 ne dit que « force publique » (art. 112 et 113 préc.) et celle de 1795 que « force armée » (art. 274 préc.)

3. Égal., titre III, chap. III, art. 1<sup>er</sup>-7<sup>o</sup> : « défendre l'introduction des troupes étrangères sur le territoire français et des forces navales étrangères dans les ports du royaume ».

4. Loi du 16 févr. 1791 : elle succède alors à la Maréchaussée de France de l'Ancien régime.

5. CC, 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, déc. 73-51 DC, Rec. 25 ; *GDCC*, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2013, n<sup>o</sup> 42.



devant l'impôt, tirée de la seconde phrase de l'article 13 de la même Déclaration, la discrète décision du 10 mars 2011 *LOPPSI* retient enfin la positivité de cette prescription de l'article 12, dès lors re-constitutionnalisée : « Considérant qu'en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords "*immédiats*" de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "*force publique*" nécessaire à la garantie des droits »<sup>6</sup> ; une telle motivation renvoie bien à une signification institutionnelle de la force publique, ici confirmée *a contrario*.

Mais, dans les Constitutions françaises<sup>7</sup>, la conception institutionnelle de la défense se mesure aussi, dès la Constitution de 1791 et ce jusqu'à la Constitution de 1958, étant souligné que cette conception est même exclusive entre la Charte de 1814 et la Constitution de 1946 incluse. Ainsi, de même qu'en 1791, « le roi est le chef suprême de l'armée de terre et de l'armée navale »<sup>8</sup>, de même, après un long blanc juridique en dehors du Directoire<sup>9</sup>, sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, sous la Seconde République, sous la République décennale et le Second Empire, comme sous la III<sup>e</sup> République, il n'y a plus qu'une référence institutionnelle aux armées, au profit du chef de l'État en tant qu'il est, sous des formulations diverses, celui qui les commande<sup>10</sup> ou qui, du moins, en dispose<sup>11</sup>.

Et, il n'en va pas autrement après 1946 : si, avec IV<sup>e</sup> République, la défense est, à nouveau, mentionnée nommément dans l'écrit constitutionnel, c'est encore au titre d'une conception exclusivement institutionnelle, et aucunement fonctionnelle, pour venir traiter du Président de la République et, surtout, du président

6. CC, 10 mars 2011, *LOPPSI*, déc. 2011-625 DC, *Rec.* 122, consid. 19.

7. Il n'est tenu compte, ci-après, ni des révisions de la Constitution de 1799, même dénommées « Constitutions de l'an X » ou « de l'an XII », ni de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire de 1815 ni de la révision de la Charte de 1814, même dénommée « Charte de 1830 » ni de la Constitution de 1870.

8. Titre III, chap. IV, art. 1<sup>er</sup>, al. 3.

9. La Constitution de 1795 prévoit que le Directoire « dispose de la force armée » tout en interdisant à ses membres, collectivement ou individuellement, de la commander (art. 144). Les Constitutions de 1793 et de 1799 ne disent rien à ce sujet.

10. « le roi (...) commande les forces de terre et de mer » (Charte de 1814, art. 14, devenu art. 13 en 1830) ; « le président de la République (...) commande les forces de terre et de mer » (Const. de 1852, art. 6)

11. La Constitution de 1848 prescrit que « le président de la République dispose de la force armée sans pouvoir jamais la commander en personne » (art. 50). La loi const. du 25 févr. 1875 se contente de prévoir que « le président de la République dispose de la force armée » (art. 3, al. 3).

du Conseil : selon l'article 33 de la Constitution de 1946<sup>12</sup>, « le président de la République (...) prend le titre de chef des armées » et c'est lui qui préside le comité de la défense nationale (art. 30 et 33). Et, selon l'article 47 de la même Constitution, « le président du Conseil assure la direction des armées et coordonne la mise en œuvre de la défense nationale » (al. 3).

Et, à son tour, en termes guère si différents de ceux retenus par la Constitution de 1946, la Constitution de 1958<sup>13</sup> vient disposer, de même, que le Président de la République est « chef des armées » (art. 15)<sup>14</sup> et le Premier ministre « responsable de la défense nationale » (art. 21). On a cru devoir déduire de cette nouvelle rédaction de l'écrit constitutionnel, aussi institutionnelle que le précédente, que le président de la V<sup>e</sup> République serait également, dès 1959, un chef fonctionnel des armées alors que cette conception résulte de la coutume constitutionnelle, y compris en cohabitation<sup>15</sup>. Si, d'ailleurs, il y avait, de ce point de vue, une expression de défense fonctionnelle, dans l'écrit constitutionnel initial, ce serait au profit du Premier ministre, ce que l'organisation générale de la défense nationale permet de vérifier sans difficulté, non à l'article 34 de la Constitution, mais à travers l'ordonnance d'application du 7 janvier 1959<sup>16</sup>, abrogée sans doute en 2004, mais reprise par sa codification obsolète, à droit législatif constant<sup>17</sup>.

On ajoutera qu'en revanche, la sécurité institutionnelle est inconnue des Constitutions françaises. Mais, il est vrai que, dans le cadre de l'État, il n'existe pas de police d'État généralisée avant l'acte dit loi du 23 avril 1941<sup>18</sup>.

12. On laisse de côté, ici, le Préambule de 1946 qui mentionne « la défense de la paix » (al. 15) ainsi que, dans la Constitution elle-même, la défense de l'Union française (art. 62).

13. Il s'agit ici de la Constitution de la République, pas de la Constitution de la Communauté qui inscrivait « la défense » dans le domaine de compétence de la Communauté (art. 78, al 1<sup>er</sup>, abrogé tardivement, avec le reste du titre XII initial, par la révision de 1995 alors que la révision de 1960 avait déjà mis fin, de façon implicite mais nécessaire, à la Constitution de la Communauté, dans le cadre d'une construction, non plus fédérale, mais confédérale).

14. Cette dimension organique de la Constitution de 1958 est confortée par la prescription sur la présidence des « conseils et comités supérieurs de la défense nationale », à l'art. 15, pour ce qui est du président de la République ; de même, à l'art. 21, al. 3, pour ce qui est du Premier ministre.

15. Olivier Gohin, « La coutume dans le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République », in Denis Mazeaud et Thierry Bonneau (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Ed. Panthéon-Assas, 2016, p. 41-53, spéc. p. 52-53.

16. Art. 9 : « Le Premier ministre responsable de la défense nationale exerce la direction générale et la direction militaire de la défense. À ce titre, il formule les directives générales pour les négociations concernant la défense et suit le développement de ces négociations. Il décide de la préparation et de la conduite supérieure des opérations et assure la coordination de l'activité en matière de défense de l'ensemble des départements ministériels ».

17. C. déf., art. L. 1131-1, al. 2, en termes identiques à ceux de l'art. 9 préc. de l'ord. du 7 janv. 1959.

18. La création de la Police nationale étend le régime des polices d'État que connaissaient déjà Paris (1800), Lyon (1851), Marseille (1908), Toulon (1918) ou Nice (1920), à toutes les villes de 10 000 habitants et plus.

Pourquoi alors telle ou telle Constitution qui est le statut de l'État, traiterait-elle d'une compétence qui n'est pas d'État ? Pourtant, les Constitutions de 1946 et de 1958 qui sont postérieures à la généralisation de la police d'État, sont également restées silencieuses à cet égard : rien n'est dit sur les responsabilités institutionnelles de sécurité, qu'il s'agisse même du président du Conseil, en 1946, ou du Premier ministre, en 1958. La convergence n'aura pas eu lieu.

## B. La faiblesse du fonctionnel dans les Constitutions françaises

La dichotomie fonctionnelle entre sécurité et défense, au regard de leur missions imparties à la force publique, en 1791, est celle qui était déjà affirmée à l'article 13 de la Déclaration de 1789 et qui sera reprise dans les trois Constitutions suivantes :

- d'une part, l'article 13 est, quant à lui, d'une rédaction fort intéressante dès lors que l'on est attentif, non à sa seconde, mais à sa première phrase sur la contribution commune indispensable « pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration » qui vient ainsi distinguer la force publique de l'administration publique et amorcer ainsi une conception fonctionnelle de la force publique ;

- d'autre part, cette même conception fonctionnelle est reprise sous la Première République :

- d'abord découplée en ses deux éléments : sécurité et défense, dans la Constitution de 1793 (la sécurité fonctionnelle à l'art. 112<sup>19</sup> et la défense fonctionnelle à l'art. 113<sup>20</sup>) ;

- ensuite, regroupée, à nouveau, dans la Constitution de 1795 (art. 274<sup>21</sup>) ;

- enfin regroupé également, mais dévolue au Gouvernement, dans la Constitution de 1799 (art. 47<sup>22</sup>).

---

19. « la force publique employée pour maintenir l'ordre et la paix dans l'intérieur ».

20. « la force publique employée contre les ennemis du dehors » ; *adde*, l'art. 55 qui mentionne « la défense du passage des troupes étrangères sur le territoire français », c'est-à-dire de son interdiction juridique, suivie de son empêchement pratique.

21. « La force armée est instituée pour défendre l'État contre les ennemis du dehors et assurer au dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois » ; *adde*, art. 328 : « En cas d'hostilités imminentes ou commencées, de menaces ou de préparatifs de guerre contre la République française, le directoire exécutif est tenu d'employer, pour la défense de l'État, les moyens mis à sa disposition, à la charge d'en prévenir sans délai le corps législatif. // Il peut même indiquer, en ce cas, les augmentations de force et les nouvelles dispositions législatives que les circonstances pourraient exiger ». On notera que la mission de police est implicitement confiée à la force publique, au service de l'autorité tant administrative (art. 292) que judiciaire (art. 293).

22. « le gouvernement pourvoit à la sûreté intérieure et à la défense extérieure de l'État ».

Or, cette définition fonctionnelle de la sécurité et de la défense s'est-elle maintenue par la suite dans le droit constitutionnel écrit ? La réponse est négative jusqu'à la Constitution de 1958 :

– en matière de sécurité fonctionnelle, le texte évolue de façon tardive et incidente, à l'alinéa 4 des articles 73 et 74, révisées par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : il ne s'agit que d'exclure l'intervention normative des collectivités territoriales d'outre-mer concernées dans le champ des missions de souveraineté de l'État sur place dont « la sécurité et l'ordre publics » (au pluriel) ;

– en matière de défense fonctionnelle, le trait est plus épais :

– d'abord, dès 1958, la nouvelle définition explicite d'un domaine législatif d'attribution par la nouvelle Constitution conduit à réamorcer une conception fonctionnelle de la défense, à travers les « sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens » (art. 34), comprendre, notamment, le service, le statut ou la réquisition militaires ;

– ensuite, la révision de la Constitution de 1958, en 2003, introduit également, à l'alinéa 4 des articles 73 et 74, « la défense » (al. 4), en tant que matière tout autant exclue de l'intervention normative des collectivités territoriales d'outre-mer concernées, car dans le champ des missions de souveraineté de l'État sur place ;

– enfin, comment ne pas mentionner aussi « les interventions des forces armées à l'étranger », à l'article 35 de la Constitution, révisé en 2008 ? La formule inscrit implicitement la défense nationale dans la logique fonctionnelle des opérations extérieures qui est de prévention et/ou de répression contre un ennemi identifié, pas nécessairement un État hostile, mais, du moins, de façon asymétrique, un groupement hostile sur le territoire d'un autre État, et encore pas de n'importe quel État : la défense à l'étranger par les moyens conventionnels des armées françaises n'est certainement pas « tous azimuts » ;

## **II. La redéfinition dans la Constitution de l'institutionnel en relation avec le fonctionnel**

Cette percée, dans la Constitution de 1958, des missions de défense, est la conséquence lointaine de la première guerre du Golfe, avec le souci tardif du constituant de fonder enfin le contrôle parlementaire des interventions à l'étranger sur un dispositif plus performant et mieux ajusté que

– d'une part, neuf fois entre 1991 et 2008, l'obscur l'article 132, alinéa 7 du règlement de l'Assemblée nationale : déclaration du Gouvernement sans débat ni vote ;

– d'autre part, le lourd article 49 de la Constitution,

• soit, dans ses alinéas 1<sup>er</sup> et 4, en 1991 : déclaration de politique de générale avec vote de confiance de la majorité,



• soit dans son alinéa 2, en 2008 : motion de censure avec vote de défiance de l'opposition<sup>23</sup>.

Mais, il faut croire que le droit est incapable d'être autrement que réactif et que décidément, en tant que la sécurité ou la défense sont concernées, il traite toujours de la dernière opération en date, dans le champ déjà parcouru, sans jamais savoir anticiper sur la prochaine opération à venir si elle devait être hors champ. Autrement, en restant dans une problématique de droit constitutionnel, face à la difficile prise en compte, dans la Constitution, du fonctionnel en évolution (A), c'est vers la recherche de nouvelles solutions par la Constitution (B) qu'il faut se tourner.

### **A. La difficile prise en compte dans la Constitution du fonctionnel en évolution**

On observera que ce qui vaut pour les opérations extérieures, à l'article 35 nouveau de la Constitution<sup>24</sup>, ne vaut pas pour les opérations intérieures, liées à des problématiques de sécurité intérieure, tant de sécurité publique que de sécurité civile, y compris à l'occasion de la mise en œuvre de l'état d'urgence en novembre 2015, déjà prorogé par trois fois, en février, mai et juillet 2016. C'est peu dire que le pouvoir politique s'est trouvé pris au dépourvu lorsqu'il lui a fallu formuler une réponse crédible aux attentats terroristes de novembre 2015 alors même qu'il n'avait pas réagi, de façon suffisante ou, en tout cas, suffisamment probante, à ceux de janvier de la même année. On observera aussi que, s'étant placé dans une rhétorique de guerre, dès son discours devant le Congrès du 16 novembre 2015, le Président de la République s'est bien gardé de faire déclarer cette guerre par le Parlement français, et, d'ailleurs, à qui ? dans le champ du droit international public.

Pourtant, la loi du 20 novembre 2015, a bien entendu, hors Constitution, soumettre le Gouvernement au contrôle parlementaire. L'article 4-1 nouveau de la loi du 3 avril 1955 prévoit, à cet effet, que « l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». On est ici en présence d'un dispositif d'une inconstitutionnalité certaine par un double motif :

– d'une part, en tant qu'il instaure, à l'encontre du Gouvernement, une obligation envers la représentation nationale : « l'informer », qui plus est sans délai,

23. Motion de censure déposée par le groupe socialiste de l'Assemblée nationale, à l'occasion du débat sur l'envoi de troupes supplémentaires en Afghanistan, et défendue, le 8 avril 2008, par le député de la Corrèze, François Hollande.

24. Olivier Gohin, « Le contrôle parlementaire sur les opérations extérieures des forces armées françaises », in Christian Vallar et Xavier Latour (dir.), *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, PUAM, 2014, pp. 63-78.

« des mesures prises pendant l'état d'urgence », selon une rédaction décalquée, d'ailleurs, *mutatis mutandis*, sur l'article 35, alinéa 2 ;

– d'autre part, en tant qu'un pouvoir de réquisition du Gouvernement est donné aux assemblées parlementaires, dans le cadre d'une nouvelle mission de contrôle et d'évaluation qui n'entre pas dans le cadre et sous les conditions strictement définis par les articles 24, alinéa 1<sup>er</sup> et 51-2 de la Constitution.

Faut-il rappeler ici que, dans sa décision du 9 mai 1991, *Collectivité territoriale de Corse*, le Conseil constitutionnel a censuré le pouvoir d'injonction faite au Premier ministre d'avoir à donner suite à une proposition de l'Assemblée de Corse, en méconnaissance des compétences propres au Gouvernement et au Parlement que la Constitution leur attribue (cons. 50) ?

Il est vrai qu'à tort, la loi du 20 novembre 2015 n'a pas été soumise au contrôle de constitutionnalité par voie d'action, même en urgence (Const., art. 61, al. 2). Mais, il faut croire que le pouvoir exécutif n'était pas très sûr de lui quand on vérifie que le projet de loi constitutionnelle du 23 décembre 2015, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, le 10 février 2016, comportait, à l'article 36-1 nouveau, un alinéa 4 reprenant, mot à mot, l'article 4-1 précité en vigueur et en application de la loi du 3 avril 1955 modifiée, étant précisé, au surplus, que « les règlements des assemblées prévoient les conditions dans lesquelles le Parlement contrôle la mise en œuvre de l'état d'urgence ». Si le détour par la Constitution est nécessaire pour que les règlements le prévoient, comment ne serait-il pas aussi nécessaire pour que la loi le prévoit ?

## **B. La recherche de nouvelles solutions institutionnelles dans la Constitution**

Il résulte de la dichotomie fonctionnelle entre sécurité et défense que la sécurité nationale, en tant que « stratégie », et non en tant que politique, n'est pas en mesure de surmonter, une bipolarisation institutionnelle entre une administration de la sécurité et une administration de la défense qui est une source indéniable de retards, d'erreurs ou de complexités. On est là *de constitutione ferenda* car la Constitution continue, par exemple, à mentionner « les conseils et comités supérieurs de la défense nationale » (art. 15, auquel il est renvoyé, à l'article 21), au titre des « conseils ou comités », là où, en revanche, on devrait avoir « conseil de sécurité nationale ».

Une telle position qui prend en compte la force d'un institutionnel prudemment divisé entre défense et sécurité, est réaliste et donc raisonnable car elle correspond à l'histoire politique française :

– d'une part, le ministère de la Guerre et celui de la Marine, dans le prolongement de la distinction ancienne – elle remonte à 1669, au profit de Colbert – entre deux secrétariats d'État, selon une structure qui s'est avérée durable, avec quelques variantes jusqu'au lendemain de la Seconde guerre mondiale, dont la création, en 1928, d'un ministère de l'Air qui sera maintenu pendant une vingtaine d'années.

Et, il ne sera pas difficile de venir dérouler cette spécialisation entre les composantes d'un ministère définitivement unifié depuis octobre 1947 lorsque l'on vérifie la stabilité de la structuration en trois armées distinctes : Terre, Marine et Air, chacune sous le commandement d'un chef d'état-major, même si le décret du 21 mai 2005 codifié les a enfin placées sous l'autorité hiérarchique du chef d'état-major des armées, avec une spécialisation si poussée au sein de chacune des armées, selon les armes, pour commencer, au sein de l'Armée de terre, que le poids des structures institutionnelles l'emporte largement sur les besoins fonctionnels : ainsi, l'Armée de l'air n'a pas été en mesure, par exemple, d'empêcher la création de l'Aéronavale au sein de la Marine, en 1936, ou celle de l'Arme légère de l'Armée de terre, en 1954, ou encore celle du commandement interarmées de l'Espace, en 2010 ;

– d'autre part, le ministère de l'Intérieur, issu du secrétariat d'État à la Maison du roi<sup>25</sup> et tardivement établi en 1791, mais constamment préservé depuis lors, même si son périmètre s'est progressivement réduit à l'administration publique et à la sécurité sur le territoire, avec, là encore, quelques variantes jusqu'à la fin de la colonisation, en 1946, et l'indépendance de l'Algérie, en 1962.

Mais, ce ministère de l'Intérieur, véritable matrice de l'organisation gouvernementale en France depuis près de deux siècles, ne doit-il pas être, à nouveau, durablement transformé, et ce sur la base enfin d'une loi à laquelle la Constitution révisée doit nécessairement renvoyer pour que le statut organique lui soit reconnu<sup>26</sup>. Or, cette solution d'une loi organique d'organisation des ministères avait été imaginée par le rapport Picq *L'État en France*, de 1995<sup>27</sup>. Et du reste, de façon bien modeste, la révision constitutionnelle entreprise au printemps 2008 l'avait envisagé, à son tour, mais sans précision et sans suite : « Une loi organique fixe le nombre maximum des ministres et celui des autres membres du Gouvernement »<sup>28</sup>. Une telle loi organique retiendrait, sans doute, comme l'excellent rapport Picq – il y a plus de vingt ans, tout de même – ces quatre ministères distincts sur les quinze énumérés, dans un ordre, sous des dénominations et selon des périmètres intangibles, du moins à législation organique constante : la Justice, la Défense, l'Intérieur et les Affaires étrangères pour les quatre premiers d'entre eux<sup>29</sup>. Mais, on pourrait aller plus loin et

25. À ce sujet, Olivier Renaudie, « Ministère de l'Intérieur », in Stamatios Tzitzis, Guillaume Bernard et Denise Jolivet (dir.), *Dictionnaire de la police et de la justice*, coll. Major, Paris, PUF, 2012, p. 221.

26. CC, 7 janv. 1988, déc. 87-234 DC, Rec. 26, consid. 1.

27. Jean Picq, *L'État en France : servir une Nation ouverte sur le monde*, coll. des rapports officiels, Paris La Documentation française, 1995.

28. Projet de loi const. n° 820 du 23 avr. 2008, art 3 complétant l'art. 8 de la Constitution de cet al. 3 nv.

29. Le rapport Picq donne le schéma d'un gouvernement resserré, avec un Premier ministre, 15 ministres et 7 ministres délégués (p. 100). Est mentionné, au troisième rang protocolaire, « un ministre de l'Intérieur et du territoire (un ministre délégué) », sur le modèle pratiqué tant à gauche, en 1982-84, dans les gouvernements Mauroy II et III, avec

sortir de la nomenclature usuelle : contrairement aux préconisations du rapport Picq qui envisageait encore un ministère de l'Intérieur et du Territoire, avec un ministre délégué à la Sécurité, une telle réforme permettrait ainsi de créer enfin un grand ministère de la Sécurité, déjà envisagé dans la campagne de la primaire de la droite et du centre de fin novembre 2016<sup>30</sup>. Un tel ministère serait sans doute découpé d'un nouveau ministère de l'Administration publique, en charge, pour sa part, de la déconcentration de l'État et de sa décentralisation, en métropole et outre-mer, mais aussi de la fonction publique et des réformes administratives<sup>31</sup>. Un grand ministère de la Sécurité nationale en France devrait être le ministère de tout le renseignement et, dès lors, se voir rattacher, de façon efficace et durable, non seulement la douane et l'administration pénitentiaire, mais aussi la sécurité extérieure : le fonctionnel commencerait alors à prendre le dessus sur l'institutionnel<sup>32</sup>.

Mais, dans le même temps, il faut concevoir d'introduire, dans le Préambule de la Constitution de 1958, un principe constitutionnel de coopération au service de la sécurité nationale comme il existe, depuis 2005, un principe constitutionnel de sécurité au service de l'environnement. Un tel principe pourrait conduire à vérifier la conformité à la Constitution des lois, des règlements administratifs autonomes ou encore des règlements intérieurs des assemblées afin de permettre, que, comme en conseil des ministres ou en conseil devenu de sécurité nationale, au niveau central, soit surmontée fonctionnellement l'inévitable dichotomie entre institutions de sécurité et institutions de défense. Peut-on se satisfaire, par exemple, de la double situation actuelle où, hors pouvoir exécutif, on a

– en consultation et donc hors pouvoir, un Conseil d'État qui, en tant que conseil d'un Gouvernement uni dans la conduite de la politique de la Nation, connaît, cependant, une distinction entre la section de l'intérieur, en charge des questions de sécurité, et la section de l'administration, créée en 2008, en charge des questions de défense ;

---

Gaston Defferre, ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation, et Joseph Franceschi, secrétaire d'État à la Sécurité publique, qu'à droite, en 1986-88, dans le gouvernement Chirac II, avec Charles Pasqua, ministre de l'Intérieur, et Robert Pandraud, ministre délégué à la Sécurité.

30. Ainsi, dès 2016, dans son programme électoral, François Fillon, le candidat à la présidentielle de 2017 issu de la primaire de la droite et du centre, envisage la création d'un ministère de la Sécurité intérieure regroupant, non seulement la Police et la Gendarmerie nationales, mais aussi la Douane et la Pénitentiaire.

31. En 2012, le professeur Olivier Renaudie évoquait déjà, pour sa part, la création d'un nouveau ministère de la Sécurité intérieure, distinct d'un nouveau ministère de l'Administration territoriale de l'État, des collectivités territoriales et de l'outre-mer, ce qui mettrait fin au ministère de l'Intérieur, après plus de deux siècles d'existence continue (*op. cit.*, p. 222).

32. Réciproquement, on pourrait concevoir que la police judiciaire rejoigne fonctionnellement le ministère de la Justice même si l'unité organique entre officier ou agent de police administrative, d'une part, et officier ou agent de police judiciaire, d'autre part, devrait être préservée.

– en législation et donc hors exécutif, des assemblées parlementaires qui, dans le contrôle du Gouvernement solidaire dans sa responsabilité politique, ont mis en place, néanmoins, des commissions permanentes dont, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, la commission des lois, en charge des questions de sécurité<sup>33</sup>, et la commission distincte de la défense, en charge des questions de défense<sup>34</sup>. Dès lors, dans chaque assemblée, il y a bien séparation institutionnelle dans le traitement des questions de sécurité et de défense : ce qui se ressemble, désormais, ne s'assemble toujours pas. À quand, dans chaque assemblée parlementaire, en application obligatoire d'un nouveau principe constitutionnel de coopération, une commission permanente de la sécurité et de la défense ?

**En conclusion**, on doit bien admettre qu'il est illusoire, et même dangereux de continuer à vouloir, d'une part, la sécurité sur le territoire et pour l'intérieur et, d'autre part, la défense depuis le territoire, mais vers l'extérieur. Ce schéma est dépassé : la sécurité doit être extériorisée et la défense internisée et, par conséquent, sécurité et défense conjuguées. Dans la réalisation d'une véritable sécurité nationale, est-il cohérent de distinguer sécurité intérieure et sécurité extérieure ? Est-il efficace de séparer la sécurité intérieure de la sécurité publique et même de la sécurité civile ? Est-il suffisant que le renseignement ne soit qu'une communauté ? Est-il convenable que, par exemple, la douane continue de vivre sa vie à part et cachée, que l'exécution des peines relève de la Justice ou qu'en ambassade, l'attaché de défense ne soit pas aussi de sécurité et donc de douane ? Étrange paradoxe, cruelle désillusion, réelle impréparation d'une police surprise, car largement confrontée sur le territoire national à une violence mondialisée, et d'une défense tardive, car longtemps désengagée du territoire national, conçu comme sanctuarisé.

La vérité, c'est que, malgré bien des alertes, bien des menaces et bien des attentats, la France est encore, une fois de plus, face à l'imprévu ou plutôt à l'impensé, et qu'elle cherche, de façon brouillonne, à rattraper de si nombreux retards accumulés, en hommes et en matériel, quand les conflits contemporains sont rarement des guerres, quand ils sont rarement le fait des États et quand ils reposent sur de nombreuses et redoutables asymétries où la part des faits sociaux n'a pas été clairement mesurée. Il est tout de même extravagant de maîtriser la fission de l'atome et d'être incapable d'expliquer l'Islam quand la religion aura bien fini par l'emporter sur la science. Le risque pour la population française,

---

33. Parmi bien d'autres compétences. Il faut, d'ailleurs, bien prendre en compte qu'en dehors d'une mention tardive et marginale de « la sécurité et l'ordre publics » (art. 73, al. 4 et, par envoi, art. 74, al. 4, depuis la loi const. du 28 mars 2003), la Constitution est muette sur la question de la sécurité.

34. La commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale est également distincte alors qu'elle peut être impactée, à l'occasion des interventions des armées françaises à l'étranger, en particulier. Ces mêmes commissions permanentes sont, d'ailleurs, dans une configuration bien différente et plus cohérente au Sénat : la commission de la défense est aussi celle en charge des affaires étrangères.



ce n'est pas Hiroshima, c'est Nice. Dans une logique de sécurité nationale, un risque d'une telle ampleur appelle une réponse à la hauteur du risque qui soit de sécurité hors du territoire et de défense sur le territoire.

Ainsi, dans la perspective d'une sécurité globale et permanente, les institutions de la sécurité et de la défense ne peuvent ni continuer à s'ignorer ni même se contenter de s'influencer : elles ont à converger, sur le modèle de la Gendarmerie nationale, ce qui signifie d'avoir à mettre en place, sur le territoire, une véritable coopération policiaro-militaire, axée, en métropole, sur les préfets de région, préfets de zone de sécurité et défense<sup>35</sup>, sauf en Ile-de-France où cette compétence est et resterait celle du préfet de police<sup>36</sup>. Ce préfet de zone viendrait coordonner, en toute hypothèse<sup>37</sup>, tous les services déconcentrés de la sécurité publique, à la fois intérieure et civile<sup>38</sup>, ainsi que de la défense civile dans la zone.

En contrepartie, le préfet de la région dont le chef-lieu est chef-lieu de zone<sup>39</sup>, serait déchargé de l'administration publique qui relèverait du secrétaire général de la préfecture de région, sauf à Paris où la compétence serait encore celle du préfet de la région Ile-de-France. Et, ce serait au préfet de département de continuer à assurer, dans chaque département,

– sous l'autorité hiérarchique du préfet de région ou, le cas échéant, du secrétaire général de la préfecture de région<sup>40</sup>, l'administration territoriale de l'État dans le département, au titre notamment du contrôle administratif<sup>41</sup> ;

---

35. Nouvelle dénomination proposée pour les actuelles zone de défense et de sécurité. Le décret n° 2015-1625 du 10 déc. 2015 redessine la carte des zones en métropole pour suivre la redéfinition de la carte des régions opérée depuis la loi du 16 janv. 2015.

36. CSI, art. L. 122-5. La zone de Paris (égal., C. déf., art. R. 1211-4) devrait être dénommée zone Ile-de-France.

37. Le décret du 29 avr. 2004 modif. D. 16 février 2010 est confus : il dit que le préfet de région « a autorité sur les préfets de département » (art. 2-I), d'ailleurs en principe, alors même que « les recours hiérarchiques contre les décisions des préfets de département » sont adressés, non au préfet de région, mais « aux ministres compétents » (art. 2-II). Il va de soi que l'autorité hiérarchique du préfet de région sur les préfets des départements de la région supposerait qu'il cesse d'être aussi préfet de département.

38. La question doit être posée de savoir si la sécurité civile doit rester prise en charge, en principe, par les collectivités territoriales, et non par l'État, et, au sein des collectivités territoriales, par les départements, et non par les régions.

39. L'art. R. 1211-4 du code de la défense dit « siège », et non chef-lieu.

40. Tel serait le cas, hors Ile-de-France, lorsque le chef-lieu de la région est chef lieu de zone : Lille, Strasbourg, Lyon, Marseille, Bordeaux et Rennes, à supposer que l'institution du préfet de police ne soit pas étendue, au moins, à Lyon et à Marseille. Le préfet de police actuel qui remonte à l'arrêté consulaire du 12 messidor an VIII (1<sup>er</sup> juill. 1800 ; en droit positif, CSI, art. L. 122-2 et 5 et R. 122-39, – 53 et – 54) prendrait enfin le titre de préfet de police de Paris et le préfet de police de Marseille reprendrait les compétences du préfet de police des Bouches-du-Rhône (décret du 16 oct. 2012 et, en droit positif, CSI, art. R. 122-55) ainsi que celles du préfet de la zone de défense et de sécurité Sud (CSI, art. R. 122-45), y compris la protection de la forêt méditerranéenne (CSI, art. R. 122-51).

41. Décret du 29 avr. 2004 préc., art. 10.



– sous l'autorité hiérarchique du préfet de zone, l'ordre public, la sécurité et la protection des populations, y compris en matière d'entrée et de séjour des étrangers et de droit d'asile<sup>42</sup>.

Ainsi, hors préfet de police à Paris, le pouvoir de police administrative du préfet de département serait préservé<sup>43</sup> et même accru dès lors que la compétence de police des maires serait à réduire<sup>44</sup> et celle des présidents d'intercommunalité à supprimer<sup>45</sup> : est-il normal que, dans un État, même décentralisé, la police administrative soit encore définie par la police municipale ? Est-il convenable que des maires bien trop nombreux disposent de pouvoirs de police bien trop importants qu'ils ne peuvent pas ou ne veulent pas ou ne savent pas exercer bien trop souvent ?

Il est de bonne méthode, en tout cas, de poser ce problème qui n'est pas conjoncturel, mais structurel : celui de l'inadéquation contemporaine de l'institutionnel au fonctionnel, en matière de sécurité et de défense sur le territoire, pour commencer à le comprendre et pour envisager de le résoudre. C'est la mission qui prime et l'intendance doit suivre. Mais, bien entendu, on ne fera rien ou si peu ou si lentement ou encore si provisoirement. Car, à cet égard aussi, soyons pessimistes : cela permet, tout à la fois, de garder l'espoir et d'éviter la déception.

---

42. *Ibid.*, art. 11 et 11-1.

43. Il serait même rétabli dans les trois départements de la Petite couronne : Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis et Val-de-Marne, contrairement à l'art. L. 122-2 CSI.

44. CGCT, art. L. 2212-2.

45. CSI, art. 512-2.