



HAL
open science

La sécurité nationale, nouveau concept du droit français

Bertrand Warusfel

► **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. La sécurité nationale, nouveau concept du droit français. Vincent Cattoir-Jonville et Johanne Saison. Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecocq, pp. 461-476, 2011, 978-2-7466-4186-0. hal-04372256

HAL Id: hal-04372256

<https://hal.science/hal-04372256>

Submitted on 4 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

La sécurité nationale, nouveau concept du droit français

Bertrand WARUSFEL,
*Professeur à l'Université de Lille 2,
avocat au barreau de Paris*

Dans sa préface au Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale publié en 2008, le Président de la République n'hésitait pas à affirmer : "*de ce travail émerge un nouveau concept ; celui d'une stratégie de sécurité nationale*". Pourtant un an plus tard, ni la refonte des articles essentiels de l'ordonnance du 7 janvier 1959 ni la consécration officielle de la notion de "*sécurité nationale*" n'ont été relevées par les commentateurs lors du vote de la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009¹. Il est vrai que malgré les efforts persistants de quelques précurseurs comme les Professeurs Pierre Lecocq, Bernard Chantebout ou Olivier Gohin, les études juridiques de défense peinent encore à prendre leur place au sein de la doctrine.

C'est une raison supplémentaire pour revenir sur cette révolution silencieuse qui a discrètement modifié au détour d'un début d'été la terminologie bien établie de "*défense nationale*" qui consacrait jusqu'alors la mission régaliennne ultime de l'Etat en France.

En effet, si le choix des mots peut faire croire à une simple américanisation du vocabulaire, la lecture des nouvelles dispositions du Code de la défense montre qu'à l'évidence, il s'agit d'une volonté de faire évoluer les concepts. Mais bien que cette évolution paraisse s'intégrer logiquement dans le nouveau contexte stratégique international, il reste à lui donner un contenu juridique et opérationnel précis et compatible avec les principes fondateurs d'un Etat de droit.

I. Du glissement des mots au retournement des concepts

Bien que les termes "*sécurité nationale*" n'aient pas été totalement absents du vocabulaire administratif français², c'est indiscutablement à l'influence du vocabulaire politique américain que l'on doit leur introduction récente en droit français.

1 Loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, JORF, 31 juillet 2009, p. 12715. Pour des commentaires des dispositions ne concernant que la protection du secret de défense (autre volet du texte) : Cédric Ribeyre in *Revue de science criminelle* 2009, p. 886 et Patrick Mairé in *Gazette du Palais*, 3 septembre 2009 n° 246, p. 2. Pour une première analyse de l'apparition de la notion de sécurité nationale, v. B. Warusfel, "Le cadre juridique des relations entre défense et sécurité nationale", *Cahiers de la sécurité*, n° 14, INHESJ, décembre 2010, pp. 61-67, et pour une réaction critique : Vincent Boulanin, "Retour sur l'adoption du concept de sécurité nationale, ou l'assimilation d'un discours de sécuritisation dominant", *Le débat stratégique*, n°176, mai 2009.

2 On peut citer l'article 3 de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 qui cite la sécurité nationale parmi les motifs pouvant justifier la mise en oeuvre d'une interception de sécurité, ou encore l'article 4 du décret n°2002-890 du 15 mai 2002 relatif au Conseil de sécurité intérieure qui prévoyait que ce Conseil instruit notamment les questions intéressant "le renseignement et la planification de la sécurité nationale".

C'est le 26 juin 1947 que le Président Harry S. Truman signa le National Security Act qui, non seulement institua les structures administratives essentielles de la défense et du renseignement aux Etats-Unis³, mais aussi consacra la notion de "*national security*". L'exposé des motifs de ce texte lui donne comme premier objectif de "*fournir un programme cohérent pour la sécurité future des Etats-Unis*" et de permettre "*l'établissement de politiques intégrées et de procédures pour les départements, corps et fonctions du gouvernement liés à la sécurité nationale*". Par ailleurs, la loi organise "*une direction unifiée sous contrôle civil*" du département de la Défense et dote le Président des Etats-Unis d'un instrument de renseignement et d'action (la CIA) et d'une instance d'analyse et de décision (le NSC) spécifiquement chargée de le conseiller "*sur l'intégration des politiques, internes, étrangères et militaires liées à la sécurité nationale*". De cet ensemble se dégage un concept large qui confie à l'exécutif la charge d'assurer la défense des intérêts des Etats-Unis en menant une politique coordonnée d'anticipation des menaces (par le renseignement) et d'action dans tous les domaines civils et militaires pouvant affecter la sécurité du pays⁴.

Or au-delà des termes, l'on retrouve bien dans la réforme française de 2009 deux des caractéristiques du concept américain de sécurité nationale : la volonté d'intégrer très largement tous les domaines de la vie sociale dans la stratégie nationale de sécurité et la recherche d'une coordination centralisée au plus haut sommet de l'exécutif pour la mener à bien.

1.1. La sécurité nationale devient la notion centrale et dominante

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009, l'article L1111-1 du Code de la défense commence ainsi :

"La stratégie de sécurité nationale a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République, et de déterminer les réponses que les pouvoirs publics doivent y apporter. L'ensemble des politiques publiques concourt à la sécurité nationale."

La loi de 2009 a en réalité réécrit entièrement le vénérable article 1^{er} de l'ordonnance du 7 janvier 1959 dont les termes célèbres définissaient la défense comme ayant "*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*".

En lieu et place, le premier paragraphe du nouvel article contient au contraire une définition de ce qu'est la sécurité nationale. Il s'agit donc bien d'une substitution directe entre la notion antérieure de

3 La loi de 1947 a créé le Conseil national de sécurité, la Central Intelligence Agency (CIA, relié au NSC) et organisa le Secrétariat à la Défense qui supervise les différentes forces armées (sur l'histoire et l'impact de ce texte essentiel, v. D.T. Stuart. *Creating the National Security State—A History of the Law That Transformed America*, Princeton University Press, 2008).

4 Deux influents intellectuels ont développé ce concept durant la seconde guerre mondiale : le journaliste Walter Lippmann (futur inventeur du terme "cold war") dans son ouvrage de 1943 *US Foreign Policy. Shield of the Republic* et le politologue Edward Pendleton Herring qui travailla au département de la Guerre et publia *The Impact of War : our American democracy under arms* dès 1941. Stuart considère par ailleurs que l'attaque de Pearl Harbour est certainement l'évènement déclencheur de l'institutionnalisation de ce concept de sécurité nationale (Stuart, précité, p. 6).

"*défense nationale*" et celle de sécurité nationale. On en a une preuve irréfutable lorsque l'on compare la nouvelle rédaction de l'article L1131-1 modifiée par la même loi du 29 juillet 2009 avec l'article 21 de la Constitution : alors que ce dernier dispose toujours que le Premier ministre "*est responsable de la Défense Nationale*", l'article L1131-1 indique désormais que "*le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement en matière de sécurité nationale*". On ne peut exprimer plus clairement que la sécurité nationale tient la place qui - dans la terminologie constitutionnelle (et celle de l'ordonnance de 1959) - était celle de la défense nationale.

Mais cette substitution n'est pas simplement une question de mots, puisque le nouvel article donne également un contenu différent à cette notion nouvelle de sécurité nationale par rapport à celui de la défense.

On note tout d'abord que la sécurité nationale est décrite comme une "*stratégie*". Ainsi le texte de 2009 veut sans doute illustrer son caractère de politique publique cohérente et construite à long terme (ce qui correspond bien à la logique originelle du concept américain).

Cette stratégie a pour objet d' "*identifier*" les menaces et risques en vue de "*déterminer les réponses que les pouvoirs publics doivent y apporter*", ce qui insiste sur sa dimension anticipatrice (identifier pour prévenir la menace et préparer la réaction) par rapport à l'approche antérieure qui était plus nettement réactive (assurer la défense contre l'agression).

Il en résulte implicitement une importance accrue des moyens de renseignement au sein de ce nouveau dispositif de sécurité nationale, dont ils deviennent en quelque sorte les yeux et les oreilles. Ce lien était déjà très clairement établi dans le Livre Blanc de 2008, qui fut justement dénommé "*Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*" (rompant ainsi avec les deux livres blancs antérieurs sur la défense nationale ⁵) : proposant pour la première fois une stratégie de sécurité nationale, il a retenu au premier rang des principes qui devraient la guider les fonctions complémentaires d'anticipation et de réactivité, en raison des incertitudes de l'environnement international et du risque de surprises ou de ruptures stratégiques dont la prise en compte "*impose de développer d'une part des capacités d'anticipation et de connaissance, d'autre part des capacités d'adaptation et de réaction rapides. Les unes comme les autres doivent être à la base de notre stratégie et recevoir une très haute priorité dans l'effort que la nation consent pour sa défense et sa sécurité*" ⁶. Le renseignement a d'ailleurs fait l'objet d'une large part du chapitre consacré à la fonction anticipation-connaissance "*érigée pour la première fois en fonction stratégique à part entière*" ⁷.

Cette nouvelle centralité du renseignement parmi les moyens de la sécurité nationale se déduit également des modifications institutionnelles introduites par la même loi du 29 juillet 2009. L'article L1111-3 consacré désormais au "*Conseil de défense et de sécurité nationale*" indique que "*les orientations en matière de renseignement sont arrêtées en Conseil national du renseignement, formation spécialisée du conseil de défense et de sécurité nationale*". De même, la réécriture des articles définissant les prérogatives des ministres permet d'attribuer expressément au ministre de la défense la charge "*du renseignement extérieur et du renseignement d'intérêt militaire*" (article

5 Le Livre blanc rédigé sous les auspices de Michel Debré, alors ministre de la défense en 1972, puis le Livre blanc de 1994 rédigé durant le mandat d'Edouard Balladur comme Premier ministre.

6 *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, La documentation française/Ed. Odile Jacob, 2008, 1er tome, p. 63.

7 Idem, p. 133.

1142-1 CD) et au ministre de l'intérieur, celle *"du renseignement intérieur, sans préjudice des compétences des ministres chargés de l'économie et du budget"* (article 1142-2 CD).

Enfin, le nouveau texte couvre un champ de préoccupations beaucoup plus large que celui de 1959. Là où il n'était question que de répondre aux différents types d'*"agression"* (ce qui suppose l'intervention volontaire d'un tiers), il s'agit désormais d'anticiper non seulement des *"menaces"* (c'est-à-dire des actions organisées) mais aussi des *"risques"* (ce qui ouvre largement la voie à la prévention de situations potentiellement dangereuses, même en l'absence de toute volonté extérieure⁸). De plus, ces menaces ou risques doivent *"affecter la vie de la Nation"*, ce qui est une formulation large qui pourrait aller parfois au-delà des trois exemples non limitatifs qui sont donnés : *"la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République"* (lesquels se trouvaient déjà dans le périmètre défini par les dispositions constitutionnelles des articles 5 ou 16).

On peut également identifier une autre source dans la définition que le nouveau Code pénal a donné à partir 1992 de la notion des *"intérêts fondamentaux de la nation"* (innovation qui s'est alors substituée à la notion antérieure de la sûreté de l'Etat⁹). On y retrouve déjà en effet non seulement la notion générique de sécurité de la Nation, mais aussi mention de l'intégrité de son territoire, la forme républicaine de ses institutions et la sauvegarde de sa population¹⁰.

Cette ambition globalisante de la sécurité nationale est d'ailleurs confirmée par le second alinéa de l'article L1111-1 qui affirme tout simplement que *"l'ensemble des politiques publiques concourt à la sécurité nationale"* ainsi que par le Livre blanc de 2008 qui considérait que *"la stratégie de sécurité nationale embrasse aussi bien la sécurité extérieure que la sécurité intérieure, les moyens militaires comme les moyens civils, économiques ou diplomatiques. Elle doit prendre en compte tous les phénomènes, risques et menaces susceptibles de porter atteinte à la vie de la nation"*¹¹.

1.2. La politique et les moyens de défense occupent une position subordonnée

Par rapport à cette sécurité nationale large et désormais placée au sommet du champ conceptuel, la notion de défense nationale se retrouve dans une position subordonnée. Si elle continue à avoir pour objet d'assurer la protection ultime du territoire et de la population, son objet est désormais restreint puisqu'elle ne vise plus à répondre à toute forme d'agression mais seulement (et logiquement, à notre sens) aux seules *"agressions armées"*¹².

De plus si elle contribue aussi *"à la lutte contre les autres menaces susceptibles de mettre en cause la sécurité nationale"*, elle n'est plus qu'un moyen essentiel et d'ultime recours au service de la finalité globale que vise à satisfaire la stratégie de sécurité nationale.

8 Le Livre blanc évoque ces menaces non intentionnelles sans les exclure totalement de son champ d'analyse, indiquant qu'*"une différence de nature demeure entre les atteintes à la sécurité résultant d'initiatives hostiles, et celles que ne sous-tend aucune intention malveillante, comme les catastrophes naturelles. Mais l'exigence d'anticipation, de préparation et de rapidité dans la réaction est la même pour nos concitoyens dans les deux cas"* (idem, p. 62-63).

9 Sur cette nouvelle notion pénale, voir notre ouvrage : Bertrand Warusfel, *Contre-espionnage et protection du secret – Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Lavauzelle, 2000, pp. 166-176.

10 Article 410-1 du code pénal.

11 Livre Blanc, 2008, op. cit., p. 63.

12 Article L1111-1 du code de la défense, paragraphe 3.

Cette subordination a, là aussi, été bien explicitée par le Livre Blanc de 2008 qui indique que concourt à l'objectif de sécurité nationale *"la politique de défense, en totalité"*. Elle est par ailleurs conforme à la manière dont les traités européens eux-mêmes conçoivent que la politique de défense n'est qu'un aspect second de la politique étrangère et de sécurité commune.

Il s'agit bien d'un renversement dans la hiérarchie des concepts. Car si la défense nationale concourait notamment à assurer la sécurité et l'intégrité du territoire, c'est maintenant la sécurité nationale qui se réalise notamment par le biais de la mise en oeuvre de la politique de défense.

Et cette mutation conceptuelle nous paraît convergente avec un autre *"retournement copernicien"* que nous avons déjà observé avec l'introduction dans le nouveau Code pénal de la protection des intérêts fondamentaux de la nation et le cantonnement parallèle de la protection du secret de la défense nationale (dont la seule violation n'est plus qu'un simple délit). Le garde des Sceaux de l'époque faisait d'ailleurs lui-même le lien entre l'évolution du droit pénal et celle des menaces portant sur la sécurité de la Nation : *"Force est de constater que les menaces pesant aujourd'hui sur notre nation ne sont plus exclusivement militaires. (...) Afin de tirer les conséquences de ces évolutions, le nouveau Code pénal étend le champ de la répression. Il substitue aux notions de sûreté de l'État et de défense nationale, autour desquelles s'organisent les dispositions du Code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation."*¹³. Et commentant cette même refonte du code pénal, nous écrivions que *"le cantonnement du secret de défense dans le nouveau Code pénal n'est finalement qu'une conséquence du renversement conceptuel qui s'opère progressivement entre une "défense nationale", qui n'a pas su s'imposer après sa nouvelle définition de 1959, et un concept plus global de "sécurité", que le droit international et communautaire consacrent et auquel s'apparente implicitement la logique des "intérêts fondamentaux de la nation"*¹⁴.

II. Un concept de défense nationale qui n'a pas réussi à s'imposer dans le nouveau contexte stratégique

Si le législateur a finalement décidé en 2009 de changer de terminologie et de procéder à un retournement des concepts, c'est aussi parce que la pratique institutionnelle sous la Vème République n'a pas su donner à la défense nationale toute la dimension que voulaient lui reconnaître ses promoteurs et qu'exigeait par ailleurs la nouvelle situation internationale.

2.1. L'échec de l'élargissement du concept de défense nationale

La notion de défense nationale était apparue progressivement à partir de la fin du XIXème siècle. Il s'agissait, à l'origine, d'une notion exclusivement militaire dont le champ d'application a eu tendance à s'étendre après la seconde guerre mondiale et sous la Vème République, mais comme l'a bien démontré Bernard Chantebout, ce terme était alors à peu près synonyme du mot "guerre"¹⁵.

¹³ Sénat, séance du 22 avril 1992, *Sénat Débats*, n° 24 S (C.R.) du 23 avril, page 768 et suivantes.

¹⁴ B. Warusfel, op. cit., 2000, précité, p. 187.

¹⁵ Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967, p. 6 et 7.

Cette conception strictement militaire de la défense nationale perdura durant les deux guerres mondiales. Certes, la création en 1921 d'un Secrétariat Général Permanent du Conseil Supérieur de la Défense Nationale, à vocation interministérielle, donna à certains (dont le futur général de Gaulle qui y travailla) l'occasion de réfléchir à une acception plus vaste de la défense. Il en sortit la loi du 11 juillet 1938 sur "*l'organisation de la Nation en temps de guerre*", qui prenait en compte les aspects économiques et industriels de la vie nationale, mais demeurait une loi de circonstances à finalité exclusivement militaire : préparer la Nation à supporter et à gagner un conflit militaire.

Ce n'est qu'entre 1948 et 1950 que quelques textes commencèrent à évoquer des aspects non militaires de la défense (financier, économique, psychologique, scientifique, ...) ¹⁶. Mais comme dans d'autres domaines, c'est la Constitution de la Vème République qui va reprendre à son compte et systématiser les innovations de la IVème et notamment confier au Premier ministre (par l'article 21) le soin d'une défense nationale élargie (tout en donnant au Président la direction des armées, ce qui rendait "*le droit positif de la défense nationale (...) difficilement lisible*" ¹⁷).

En complément, l'ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense donnait pour la première fois une définition large de la défense, précédemment rappelée, dans son célèbre article 1er. L'interprétation officielle a voulu y voir une révolution juridique majeure : désormais, la défense était d'une part permanente (et non plus seulement une organisation du temps de guerre) et globale (puisqu'elle prenait en compte les aspects militaires et non militaires de la protection de la Nation).

Pourtant, on peut douter du caractère effectif et de la portée de cet élargissement consacré par l'ordonnance de janvier 1959. Le caractère interministériel et non militaire de la défense a été partiellement démenti par la pratique institutionnelle, laquelle eu pour effet – notamment du fait de l'influence personnelle du général de Gaulle – que "*l'organisation effective de la défense se construisait en marge des textes institutionnels*" ¹⁸. Le Premier ministre perdit en 1962 la direction directe des questions de défense militaire au profit d'une délégation au ministre des Armées et celui-ci devint en 1969 (à la faveur de l'arrivée de l'ancien Premier ministre Michel Debré) ministre de la Défense, contribuant à une certaine "récupération" des affaires de défense par l'institution militaire, au détriment des dispositions de l'article 21 de la Constitution et du rôle du Secrétariat Général de la Défense Nationale (SGDN).

Si l'on ajoute à cela la prééminence présidentielle définitivement installée à partir du décret du 14 janvier 1964 sur les forces nucléaires qui acheva d'écartier la réalité politique de la théorie et complexe organisation d'une défense nationale interministérielle pilotée par le Premier ministre et intégrant largement les aspects non militaires ¹⁹.

Le résultat concret de ces évolutions politiques et institutionnelles fut que ni le Premier ministre ni le SGDN censé l'assister dans la mise en place d'une politique de défense associant défense militaire, défense civile et défense économique, ne purent donner vraiment à ce concept toute sa

16 Idem, pp. 16-17.

17 Olivier Gohin, "Les fondements juridiques de la défense nationale", *Droit et Défense*, juin 1993, n°93/1, p. 13.

18 Bernard Chantebout, *Constitution et Défense nationale*, *Droit & Défense*, n°1999/4, p. 5.

19 Voir également sur cette évolution et les incertitudes d'interprétation qu'elle a suscitées, Julien Thomas, "Controverse sur la répartition constitutionnelle des compétences en matière de Défense", *Contribution pour le VIème Congrès de Droit constitutionnel*, Montpellier, 9-11 juin 2005.

portée et que la défense nationale demeura largement une notion centrée sur l'action militaire et la préparation de la Nation à un éventuel conflit armé (que l'on imaginait possible en l'Europe du fait de la guerre froide)²⁰.

Mais une fois réduit l'antagonisme Est-Ouest, le décalage entre cette défense nationale insuffisamment élargie et les nouvelles menaces internationales qui appurent dans les décennies 1990 et 200 devint évident et, dès les travaux préparatoires du Livre Blanc sur la défense de 1994, se posa la question de faire référence à la notion de "sécurité" en lieu et place de celle de "défense", tant il apparaissait notamment que la sécurité était une notion mieux reçue dans le contexte juridique international et européen²¹.

2.2. Une notion concurrente qui s'intègre bien dans le contexte juridique international

Tant en droit international public qu'en droit communautaire et européen, la notion de défense est quasi-absente alors que la référence à la notion de sécurité (sous différentes appellations : sécurité publique, sécurité nationale) est systématique.

C'est le cas de la Charte des Nations-Unies qui institue le "Conseil de sécurité" et fait un large emploi de l'expression "sécurité internationale". Le terme "défense" ne trouve sa place dans la Charte qu'à une seule occasion : l'article 51 qui stipule qu' *"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"*. On reconnaît ici l'interprétation stricte et littérale de la notion de défense conçue comme une réplique ponctuelle à une agression armée et qui constitue une exception limitée aux règles plus générales du droit de la sécurité internationale.

En Europe, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 fait plusieurs fois mention d'un ensemble de notions proches telles que *"sûreté publique"*, *"sécurité publique"*, *"sécurité nationale"*, *"ordre public"*, *"défense de l'ordre"*, ... Toutes ces notions dont l'utilisation ne paraît pas toujours très homogène d'un article à l'autre, sont introduites pour justifier au nom de ces intérêts collectifs certaines dérogations aux droits fondamentaux que sont : la publicité des débats (art. 6), le respect de la vie privée (art. 8), la liberté de manifester sa religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10) ou la liberté de réunion (art. 11).

Il en est de même dans le Traité de Rome où l'on retrouve la sécurité invoquée comme motif d'exception à l'application de certaines règles du droit communautaire. C'était spécifiquement le cas dans l'article 223 (aujourd'hui devenu l'article 346 du Traité de l'Union européenne) qui prévoit qu'

20 Le Haut Fonctionnaire de Défense du Ministère des Finances reconnaissait que "la Défense économique n'a pas su, malgré l'ardente impulsion de Monsieur Debré, profiter de la motivation qu'elle avait suscitée ni, sur sa lancée, confirmer ses réalisations initiales. Le vide ainsi créé par l'absence prolongée d'impulsion ministérielle a privilégié naturellement les préoccupations d'ordre public et de protection des populations, déséquilibrant l'architecture logique de la Défense non militaire, telle qu'elle avait été conçue par l'ordonnance de 1959" (Jean Bontoux, "Un outil de prévention et de gestion des crises : la Défense économique", *Notes Bleues de Bercy*, n°8, 1er février 1993, p.9).

21 Témoigne de ces interrogations cet article issu d'une contribution présentée lors des travaux du Livre Blanc en 1994 : B. Warusfel, "Les notions de défense et de sécurité en droit français", *Droit & Défense*, n° 94/4, octobre 1994, pp. 11-20.

"aucun Etat membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité" et que "tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre".

De même, l'article 36 mentionne depuis l'origine la "sécurité publique" parmi les motifs d'exceptions possibles à la libre circulation. Cette expression qui pouvait prêter à interprétation, a été clarifiée par la jurisprudence de la CJCE, notamment les arrêts *Campus Oil* de 1984²² et l'arrêt *Richardt* du 4 octobre 1991 relative à une mesure de restriction à l'exportation d'un produit stratégique, la Cour statuant à cette occasion que *"la notion de sécurité publique, au sens de l'article 36 du traité, couvre tout à la fois, la sécurité intérieure d'un Etat et sa sécurité extérieure"*²³.

Enfin et surtout, depuis le traité de Maastricht a été instituée parmi les missions de l'Union, la définition de la politique étrangère et de sécurité commune, cette compétence comportant également *"la définition progressive d'une politique de défense commune qui peut conduire à une défense commune"* (nouvel article 24 du traité de l'Union européenne), ce qui établit bien la prééminence de la notion de sécurité sur la politique de défense.

Pour toutes ces raisons, nous écrivions déjà en 1994 que *"la sécurité est, dans le monde moderne, l'une des principales missions régaliennes des États et son champ d'intervention dépasse largement celui de la seule défense. En toute logique, ce serait sans doute la notion de sécurité nationale qui posséderait pleinement les caractéristiques de permanence et de globalité traditionnellement reconnues à la défense nationale"*²⁴.

Depuis lors, le développement des formes non-conventionnelles de violence (terrorisme, conflits asymétriques, affrontements ethniques ou religieux, ...) et des nouvelles menaces indirectes que le Livre Blanc de 1994 avait déjà bien identifiées, a fait émerger des réflexions autour de la notion de *"sécurité globale"*²⁵. Dès lors, le concept français de défense nationale tel qu'il était effectivement mis en oeuvre a été mis en question, car *"le concept de 1959, qui demeure tout à fait juste dans son esprit, ignorait le crime organisé, la multiplication des formes de violence, la finance criminelle et le nouveau « champ de bataille » économique"*²⁶.

La réforme de 2009 n'est donc que l'aboutissement légal de ce processus de concurrence normative entre deux concepts théoriques et politiques. Il importe maintenant de lui donner un contenu juridique adapté.

III/ Une mutation théorique dont la traduction juridique est encore à construire

Analysant le projet de loi de programmation militaire, les rapporteurs de la commission de la défense écrivaient : *"L'adjonction de la notion de sécurité nationale bouleverse la vision*

22 CJCE, 10 juillet 1984, aff. 72/83, Rec. p. 2727.

23 CJCE, 4 octobre 1991, aff. C-367/89, *Richardt*, Rec. 1991, I-4621.

24 B. Warusfel, 1994, précité.

25 Le livre blanc de 1994 parlait déjà de la *"globalisation de la sécurité"* (Livre blanc sur la défense, 1994, p. 19). Pour une vision récente, voir Nicolas Arpagian & Eric Delbecq (dir.), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, Dalloz, 2008.

26 Jean-François Daguzan & Pascal Lorot, "Repenser la sécurité nationale", *Sécurité globale*, mars 2008, n° 3.184

traditionnelle de la « Défense nationale » transcrite par l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur le fondement de l'article 34 de la Constitution. L'insertion de ce nouveau concept au sein du code de la défense permet d'élargir le champ de la loi à d'autres politiques publiques mais l'absence de point d'accroche dans le texte constitutionnel en limite la portée. Il en résulte ainsi une certaine ambiguïté qui rend délicate l'articulation entre les notions de défense nationale et de sécurité nationale"²⁷.

Cette réserve paraît en effet justifiée tant le périmètre du nouveau concept demeure imprécis et tant les enjeux qui y sont liés imposent qu'il soit juridiquement encadré.

3.1. Un périmètre encore imprécis

Le Livre blanc de 2008 nous a fourni par anticipation une première interprétation autorisée de ce qui devrait relever désormais du champ de la sécurité nationale, notion assez polysémique en soi. Au-delà de l'ensemble des politiques et des moyens de la défense nationale, la sécurité nationale recouvrerait notamment la "*politique de sécurité civile*" et une partie de la politique de sécurité intérieure, "*pour tout ce qui ne relève pas de la sécurité quotidienne et individuelle des personnes et des biens*"²⁸.

Cette césure au sein de la politique de sécurité intérieure entre une partie relevant de la sécurité nationale et une partie se rattachant à la seule sécurité des personnes et des biens est un aspect essentiel et délicat de cette nouvelle approche. Elle n'est cependant pas complètement révolutionnaire puisqu'il a toujours été entendu que certaines missions policières particulières pouvaient avoir à faire avec des objectifs alors rattachés à la défense nationale : l'existence depuis 1944 d'une direction de la Surveillance du territoire (DST) appartenant à la police nationale mais ayant une mission de défense protégée par le secret de défense en était l'exemple le plus remarquable. Mais la difficulté est de savoir ce qui, au-delà des traditionnelles missions de contre-espionnage (désormais rebaptisé "contre-ingérence") et dans le nouveau contexte stratégique contemporain, pourrait entrer dans le champ élargi de la sécurité nationale.

On peut considérer que les missions de la nouvelle Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) – créée en 2008 et pour partie issue de la DST – relèvent toutes entières de la sécurité nationale (y compris bien évidemment l'anti-terrorisme), mais il est plus délicat de savoir si certaines missions de lutte contre d'autres grandes criminalités (au sens donné à cette notion depuis la loi Perben 2 du 9 mars 2004²⁹) ne doivent pas être considérées comme telles. En effet, l'ampleur des enjeux pour la sécurité de la collectivité nationale (qui dépassent ceux liés aux formes de délinquance de droit commun) pourraient justifier ce rattachement.

Mais d'un autre côté, il est à craindre qu'une extension trop importante de la part des activités de sécurité intérieure rattachées à la sécurité nationale viendrait brouiller la lisibilité des concepts et engendrerait des ambiguïtés juridiques et institutionnelles. Il pourrait en aller de même dans les

²⁷ Rapport n° 1615, tome I de MM. Patrick Beaudouin et Yves Fromion, député, fait au nom de la commission de la défense, déposé le 8 avril 2009, Assemblée nationale, p. 23.

²⁸ Livre Blanc, op. cit., 2008, p. 62.

²⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004, p. 4567.

domaines de la politique étrangère et de la politique économique, qui sont également citées par le Livre blanc comme "*contribuant directement à la sécurité nationale*"³⁰. En effet, le rattachement d'un domaine ou d'un dispositif public à la sphère de la sécurité nationale a nécessairement deux conséquences : d'une part, cela donne autorité directe sur ce domaine aux plus hautes instances de l'Exécutif (Président de la République et Premier ministre, épaulés par le nouvellement dénommé Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale) et, d'autre part, cela justifie la mise en œuvre dans ce domaine de moyens juridiques exorbitants du droit commun susceptibles de représenter une limitation importante à l'exercice des libertés publiques.

3.2. Une mutation dont les conséquences juridiques doivent être strictement délimitées

Si l'on veut donner à ce nouveau concept une portée juridique opérationnelle et non simplement en rester à une affirmation symbolique, il convient non seulement d'en préciser le contenu mais aussi d'en délimiter et d'en contrôler la portée.

A notre sens, le respect des principes essentiels de l'Etat de droit impose de satisfaire à trois conditions cumulatives : déterminer précisément les menaces dont le traitement relève du champ de la sécurité nationale, définir légalement les moyens juridiques dérogatoires que la puissance publique peut employer pour y faire face et mettre en place un contrôle indépendant chargé de garantir la bonne adéquation des fins et des moyens de la sécurité nationale.

La définition du champ est en soi un exercice difficile comme nous venons de l'évoquer précédemment. En effet, la lecture des seules dispositions de la loi du 29 juillet 2009 ne nous permet pas d'identifier avec précision la frontière entre les menaces majeures justifiant le recours aux moyens spéciaux de sécurité nationale et celles qui – malgré leur importance intrinsèque – doivent relever des pratiques normales de sécurité publique et de maintien de l'ordre ou de toute autre politique publique classique.

Le risque en cette matière est d'entrer dans un processus que certains politistes anglo-saxons dénomment "sécuritisation" ("securitization") et qui consiste pour un acteur politique à désigner comme une menace existentielle un enjeu – même non vital - qui va lui permettre de légitimer dans ce domaine des interventions allant au-delà des actions publiques classiques³¹. Or, l'indétermination originelle du concept en France peut porter en elle le germe d'une telle dérive. Lorsque le Président de la République parle de la stratégie de sécurité nationale "*qui associe, sans les confondre, la politique de défense, la politique de sécurité intérieure, la politique étrangère et la politique économique*"³², on sent bien derrière ses mots le risque d'amalgamer certaines priorités politiques autour d'un concept volontairement large et aux contours indéfinis.

30 On connaît les ambiguïtés institutionnelles qui entourent le positionnement sous la Vème République de la politique étrangère (relevant du domaine réservé de la Présidence). En matière économique, la question est encore plus délicate s'agissant d'un domaine très largement communautarisé, même si la nouvelle réglementation sur les secteurs d'importance vitale paraît devoir constituer un exemple significatif mais limité de prise en compte de la sécurité nationale dans le domaine économique (voir l'arrêté du 2 juin 2006 fixant la liste des secteurs d'activités d'importance vitale et les articles R1332-1 et suivants du Code de la Défense).

31 Voir Barry Buzan, Ole Weaver & Jaap de Wilde, *Security: A new framework for analysis*, Boulder: Lynne Rienner, 1998, p. 24 ; également, Charles-Philippe David, *La Guerre et la Paix: Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*, Presses de Sciences Po, 2006, p.64.

32 Préface au Livre Blanc, 2008, op. cit., p. 10.

Il n'est d'ailleurs pas indifférent que, dans les milieux de la sécurité (et notamment de la sécurité intérieure) l'on utilise fréquemment les termes de "*sécurité globale*" pour désigner cette imbrication des différents champs d'action et moyens d'intervention. Comme le dit bien Frédéric Ocqueteau, il y a notamment derrière cette "*nouvelle pensée*" le choix de ne plus raisonner "*en termes de substitution ou d'annexion de la défense à la sécurité, mais en terme de couplage permanent de dispositifs de police et de dispositifs militaires*"³³.

A la globalisation indifférenciée de toutes les problématiques de sécurité dans un dispositif unique qui irait de la prévention de la petite délinquance à la protection de la Nation contre un conflit armé, en passant par la lutte contre la grande criminalité, le terrorisme ou l'espionnage économique (ce que certains appelaient parfois aussi le "*continuum défense-sécurité*"), les exigences juridiques opposent au contraire le maintien d'une distinction fondamentale entre l'exercice quotidien du droit commun de la sécurité publique et la mise en oeuvre d'un droit dérogatoire qu'autorisent seules certaines circonstances ou menaces exceptionnelles.

Ces moyens dérogatoires dont la poursuite d'un objectif de sécurité nationale peut valider l'emploi peuvent être de différentes natures. Sans avoir la prétention d'en établir ici une typologie complète, on peut évoquer rapidement trois grandes catégories d'instruments :

- ♣ *les moyens clandestins de renseignement*, qui permettent à l'Etat d'identifier par anticipation les évolutions de son environnement et les menaces potentielles auxquelles il devra faire face. Bien que la France ait pris beaucoup de retard par rapport aux autres grandes démocraties en matière d'encadrement juridique et politique de ses services de renseignement³⁴, les récentes réformes (création de la Direction centrale du renseignement intérieur DCRI, du conseil national du renseignement, du coordonnateur national du renseignement ainsi que la délégation parlementaire au renseignement³⁵) l'ont maintenant engagé dans un processus de "légalisation" de ce domaine particulier d'activité publique, comme le Livre Blanc de 2008 l'a clairement demandé³⁶.
- ♣ *des procédures d'investigation et de traitement judiciaire propres à la poursuite de certaines infractions* touchant des intérêts de sécurité nationale (c'est-à-dire les infractions du livre IV du code pénal, auxquelles pourraient s'ajouter quelques infractions concernant des formes de

33 Frédéric Ocqueteau, "Sécurité nationale et sécurité globale : l'adaptation des services de renseignements français", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, juin 2006, p. 444. Pour cet auteur, il existerait deux discours parallèles : la sécurité nationale étant plutôt une "*idéologie*" propre au domaine de la défense et du renseignement extérieur, alors que la sécurité globale serait la "*doctrine d'Etat*" développé au sein du ministère de l'Intérieur. Mais il nous semble que l'on peut ici les tenir pour des déclinaisons convergentes (bien qu'adaptées à leurs environnements respectifs) d'une même orientation stratégique fondamentale. C'est d'ailleurs le point de vue des responsables de la revue Sécurité globale : " *finalement, la définition d'une « sécurité nationale française », telle qu'elle semble devoir se profiler, correspond assez étroitement à la notion de sécurité globale que nous défendons*" (J.-F. Daguzan & P. Lorot, *op. cit.*).

34 Sur l'ensemble de la problématique du cadre juridique du renseignement en France, v. B. Warusfel, "Renseignement et état de droit", *Cahiers de la sécurité*, n° 13, INHESJ, juillet-septembre 2010, pp. 114-121. Sur la difficile progression du processus de "légalisation" du renseignement, voir Peter Gill, "Security Intelligence and Human Rghts : Illuminating the 'Heart of Darkness' ?", *Intelligence and National Security*, 2009, n° 24-1, pp. 78-102.

35 Créés respectivement par le décret du 23 juillet 2008 et la loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007.

36 "*Les activités de renseignement ne disposent pas aujourd'hui d'un cadre juridique clair et suffisant. Cette lacune doit être comblée. Un nouveau dispositif juridique définira donc les missions des services de renseignement, les garanties apportées aux personnels et aux sources humaines, ainsi que les modalités principales de la protection du secret de la défense nationale*" (Livre Blanc, *op. cit.*, 2008, p.142).

criminalité organisée) peuvent notamment comporter des délais particuliers de garde à vue, l'autorisation de recourir à des pratiques d'infiltration et de sonorisation, l'admission de témoignages anonymes (de repentis ou d'agents infiltrés), voire le recours à une juridiction d'instruction ou de jugement particulière. Pour l'essentiel, c'est aujourd'hui la lutte antiterroriste qui bénéficie du plus grand nombre de ces moyens dérogatoires, mais la loi précitée du 9 mars 2004 autorise l'usage de certains d'entre eux pour la poursuite de toutes les formes de "grande criminalité". Par ailleurs, les questions toujours tabous de l'accès du juge à des informations classifiées³⁷ et de la prise en compte par les juridictions des informations recueillies par les services de renseignement, devront à terme être tranchées³⁸.

- ▲ *l'usage de la violence et des méthodes d'action spéciale* (forces militaires – y compris forces spéciales – hors du territoire ; groupes d'intervention – RAID, GIGN, ... - à l'intérieur) est le recours ultime pour neutraliser les menaces particulièrement graves susceptibles d'affecter la sécurité nationale. Les réactions américaines après les attentats du 11 septembre nous en ont donné des exemples sans doute extrêmes, depuis le concept de guerre préventive jusqu'à la détention sans jugement de suspects à Guantanamo, en passant par le recours à des méthodes d'interrogatoire poussées ou à la sous-traitance de la torture dans certains pays non-démocratiques, et enfin l'élimination de Ben Laden en territoire étranger³⁹. Mais ce sujet concerne toutes les démocraties⁴⁰ et devrait amener à des évolutions juridiques (pour préciser en particulier les conditions d'ouverture du feu et plus généralement l'usage des moyens de coercition d'une manière proportionnée en fonction des différentes situations) mais aussi à des réflexions sur les conséquences psychologiques et opérationnelles d'une possible "*militarisation*" de certaines pratiques d'intervention ou de maintien de l'ordre⁴¹.

Enfin, le cadre juridique d'une véritable stratégie démocratique de protection de la sécurité nationale ne sera pas complet sans la mise en place d'un contrôle indépendant garantissant de pouvoir détecter et sanctionner toute forme d'abus dans l'usage des moyens dérogatoires propres à cette mission étatique suprême.

La Cour européenne des droits de l'homme a, dans plusieurs arrêts de principe (notamment les arrêts *Klass* de 1978 et *Leander* de 1987, précisés depuis par une jurisprudence constante⁴²) rappeler que seule l'existence "*de garanties adéquates et suffisantes contre les abus*" pouvait

37 Sur le refus par la pratique et jurisprudence françaises de l'accès au secret de défense, v. B. Warusfel, op. cit., 2000, pp. 361-385 et B. Warusfel, "Vers un véritable juge du secret ?", *Armées d'aujourd'hui*, n° 292, juillet 2004, p. 55).

38 Le dernier exemple de difficulté relative à l'articulation entre renseignement et processus judiciaire fut la relaxe le 24 février 2009 par la Cour de Paris de cinq anciens détenus français à Guantanamo au motif que la procédure était fondée sur des interrogatoires menés hors procédure par la DST, arrêt de relaxe finalement cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en 2010 (Cass. Crim., 17 février 2010, n° 09-81736).

39 Pour une perspective critique sur les évolutions ou dérives dans les comportements sécuritaires occidentaux depuis 2001, voir Didier Bigo, Laurent Bonelli & Thomas Deltombe, *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La Découverte, 2008.

40 En ce qui concerne la France, rappelons la politique d'élimination physique à grande échelle de certains soutiens au FLN durant la guerre d'Algérie (v. notamment le témoignage direct de Constantin Melnik dans son ouvrage *1000 jours à Matignon – De Gaulle, l'Algérie, les services spéciaux*, Grasset, 1988 ; réédition Nouveau Monde, 2010) ou encore l'assaut mixte par le GIGN, le commando Hubert et le service Action de la DGSE de la grotte d'Ouvéa en Nouvelle-Calédonie en 1988.

41 Sur ce sujet, voir notamment l'ouvrage de Frédéric Lemieux & Benoit Dupont (dir.), *La militarisation des appareils policiers*, Presses de l'Université Laval, 2005.

42 CEDH, arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28 ; arrêt *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, série A n° 116 ; arrêt *Popescu c. Roumanie* (n°2), 26 avril 2007, requête n°71525/01.

légitimer une dérogation à l'exercice d'une liberté publique basée sur un motif de sécurité nationale. En France, nous avons fait une première expérience de la mise en place d'un tel dispositif de contrôle indépendant de nature à satisfaire aux exigences de la CEDH avec la création par la loi du 10 juillet 1991 de la Commission nationale des interceptions de sécurité (CNCIS) qui contrôle l'usage par les services de renseignement d'interceptions de communication à des fins de sécurité nationale et de lutte contre certaines formes de grande criminalité. Depuis lors, quelques pas timides et indirects ont été effectués dans le même sens (avec la création en 1998 de la Commission consultative du secret de la défense nationale ou celle de la Commission nationale de déontologie de la sécurité par la loi du 6 juin 2000⁴³) mais, vu par ailleurs le contrôle très limité que peuvent exercer en ces matières les juridictions administratives ou judiciaires⁴⁴, il serait très présomptueux d'affirmer que la situation française soit à ce jour conforme aux exigences européennes et démocratiques en termes de contrôle indépendant des mesures prises au nom de la sécurité nationale.

Il y a donc loin de la formulation légale d'un nouveau concept à son insertion effective dans l'architecture administrative et gouvernementale et plus encore à son articulation réussie avec les principes essentiels de notre Etat de droit. C'est dire si l'invention de la sécurité nationale par la loi du 29 juillet 2009 ne doit être prise ni pour une fantaisie législative ni pour l'achèvement d'une construction juridique cohérente.

Bien au contraire, cette mise à jour nécessaire de notre vocabulaire juridique et politique face aux réalités stratégiques du XXIème siècle ouvre la voie à un long travail d'ajustement de nos dispositifs militaires et policiers et d'approfondissement de notre culture démocratique. Si l'on ne donne pas rapidement un contenu opérationnel et juridique appropriée à cette nouvelle sécurité nationale, le risque est grand qu'un dévoiement puisse encourager des pratiques sécuritaires justifiant des actions de surveillance ou d'interventions préventives contre de supposés ennemis intérieurs ou extérieurs qui délégitimeraient gravement le discours et les valeurs de la France et de l'Europe.

A l'inverse, l'édification en France d'une stratégie de sécurité nationale efficace et conforme aux exigences de l'Etat de droit ferait de notre pays l'un des promoteurs de ce que pourrait devenir dans l'avenir une future sécurité européenne qui soit force de paix et de stabilité au niveau mondial.

*B. Warusfel
septembre 2011*

43 Commission absorbée aujourd'hui par le nouveau Défenseur des droits.

44 Pour une synthèse des différents contrôles administratifs ou juridictionnels relatifs aux seules activités de renseignement, voir les articles de Nicole Guimezanes, Bernard Poujade, Xavier Latour et Matthieu Conan in B. Warusfel (dir.), *Le renseignement français contemporain - Aspects juridiques et politiques*, Ed. L'Harmattan, 2003.