

Multiplicité des sources de la défense

15.— BIBLIOGRAPHIE — SUR LA NOTION DE SOURCES : v. en particulier : P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de “sources du droit” », *Arch. phil. dr.*, Tome 27, 1982, p. 251-258.— V. LASSERRE-KIESOW, « L’ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.*, 2006, p. 2279.

16.— Plan. Si la défense a un temps été épargnée par l’inflation textuelle – notamment en ce qui concerne les dispositions législatives¹ –, elle regorge aujourd’hui de lois et règlements. La codification du droit de la défense témoigne d’ailleurs de la volonté d’endiguer cette forme de pathologie (sur la codification, v. *infra*, n° 74 et s.). Trois facteurs essentiels expliquent ce phénomène nouveau. D’abord, la défense a pour objet « *d’assurer l’intégrité du territoire et la protection de la population contre les agressions armées* » (art. L.1111-1, al. 3, C. déf.). Aussi fait-elle normalement l’objet, sinon de réformes globales, à tout le moins d’aménagements liés aux évolutions du contexte international. Ensuite, la défense est une matière régaliennne qui, logiquement, est l’apanage de l’Exécutif (sur ce point, v. *infra*, n° 281 et s.). En témoignent son rôle essentiel dans l’élaboration des lois portant sur la défense et la facilité avec laquelle il peut administrer par voie réglementaire ; ce dont il ne se prive pas. Enfin, c’est le contexte budgétaire qui explique l’inflation normative actuelle : il n’est qu’à penser à l’impact normatif de la révision générale des politiques publiques. Au total, il n’est pas inutile, dans ce qui constitue manifestement une mosaïque, de recenser les différentes « sources formelles »² du droit de la défense (Section 1) en prenant soin de les distinguer d’autres sources – ayant parfois la couleur du droit – mais qui en réalité sont dénuées de tout caractère obligatoire (Section 2).

Section 1

Sources juridiques

17.— Plan. La République française est un Etat de droit. Le fait que la défense constitue une activité régaliennne ne soustrait pas pour autant les Pouvoirs publics de l’obligation de respecter le droit. Pour cette raison, l’étude des sources formelles de la défense ne présente guère d’originalité. Les sources y sont hiérarchisées conformément à la pyramide de Kelsen. Figure au sommet la Constitution (§ 1). Viennent ensuite les traités internationaux (§ 2), les lois (§ 3) et enfin les règlements (§ 4). L’originalité réside ailleurs. Au-delà de la valeur intrinsèque de chacune des normes, qui dépend de son insertion dans les différents supports formels susvisés (Constitution, traité, loi ou règlement), elle tient dans l’importance démesurée accordée aux

1. Un auteur constate ainsi en 1997 : « *il est rare qu’on ose toucher, sans nécessité absolue, aux dispositions législatives qui protègent l’efficacité de notre défense* », in B. CHANTEBOUT, « La multiplication des normes juridiques. Obstacle à l’efficacité de la défense », *Droit et défense*, 97/2, p. 5.

2. Une source *formelle* est le véhicule formel d’une norme juridique, comme la Constitution, la loi ou le règlement. On parle également d’*instrumentum*. Une source *matérielle* constitue au contraire le fondement sociologique de la norme juridique ; c’est l’histoire ou même la préhistoire du droit qui renvoie aux mobiles psychologiques qui ont conduit à l’adoption d’une norme.

textes – projets de lois, règlements et traités – ou aux pratiques – coutumes – d'*origine exécutive*.

§ 1. Sources constitutionnelles

18.— BIBLIOGRAPHIE — B. CHANTEBOUT, « Vers une révision des dispositions constitutionnelles en matière de défense ? », *Droit et Défense*, 93/1, p. 42-47.— B. CHANTEBOUT, « Constitution et défense nationale », *Droit et Défense*, 99/2, p. 5-9.— F. LAFAILLE, « L'impossible contrôle de constitutionnalité de la loi portant réforme du service national : la décision n° 97-392 DC du 7 novembre 1997 », *Droit et défense*, 97/4, p. 67-71.— B. BOISSARD, « La loi portant réforme du service national devant le Conseil constitutionnel », *RD publ.*, 1999, p. 1299-1323.

19.— Valeur juridique et diversité des normes constitutionnelles. La Constitution est le « statut de l'Etat » : il n'y a point d'Etat sans Constitution. Norme fondamentale de l'Etat de droit – de laquelle toutes les autres normes découlent –, la Constitution se situe au faite de la hiérarchie des normes. Cette suprématie est protégée. Dans quasiment toutes les démocraties modernes, un juge a pour mission de la protéger. C'est le rôle dévolu en France au Conseil constitutionnel, qui s'y emploie en consacrant un *bloc de la constitutionnalité* au sein duquel figurent, non seulement le texte de la Constitution de 1958, mais encore d'autres textes écrits de valeur constitutionnelle (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; préambule de la Constitution de 1946 et Charte de l'environnement de 2005) et des *principes prétoriens* (principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes particulièrement nécessaires à notre temps et principes et objectifs à valeur constitutionnelle) ; soit au total, un ensemble dynamique et évolutif, forgé dans le but de prendre en compte les évolutions de la société.

C'est assez dire que l'insertion dans la Constitution de dispositions relatives à la défense devrait emporter une double conséquence : d'une part, marquer immédiatement l'importance de la matière au sein de l'ordre juridique interne ; d'autre part, être le garant d'une certaine sécurité juridique pour les citoyens, qu'ils soient ou non en uniforme. Qu'en est-il réellement du *droit constitutionnel de la défense* ?

20.— Approche historique des normes constitutionnelles relatives à la défense. Historiquement, la défense a toujours fait l'objet de développements – plus ou moins longs – dans les Constitutions. Ceci est lié aux époques et aux régimes. Ainsi les Constitutions issues de soulèvements comportent-elles au minimum un *titre* ou un *chapitre* complet consacré à la « Force publique » (Titre IV, C. 1791 ; Chap. IX, C. 1848), aux « Forces de la République » (art. 107 à 114, C. 1793) ou encore à la « Force armée » (Titre IX, C. an III). C'est alors une volonté d'encadrer le recours à la force qui justifie la longueur des développements ; question qui prime d'ailleurs sur celle de l'organisation de la force. En revanche, les régimes monarchiques et/ou personnels sont beaucoup plus concis et énumèrent les normes de la défense dans quelques articles qui posent sans ambages la compétence de l'autocrate en ce domaine.

Ces articles sont insérés dans les dispositions relatives au pouvoir exécutif (v., par ex. : art. 14, Charte 1814 ou art. 13, Charte 1830). De même, c'est encore la conjoncture politique qui justifie que certaines normes révolutionnaires aient disparu du texte constitutionnel très rapidement, pour réapparaître bien des années après (v., entre autres, la norme figurant au Titre VI de la Constitution de 1791 : « *La Nation française renonce à entreprendre aucune guerre dans la vue de faire des conquêtes, et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* » ; norme que l'on retrouve uniquement dans le préambule de la Constitution de 1946, à l'alinéa 14).

21.— Si le droit évolue nécessairement, les exemples historiques permettent d'identifier, du point de vue des normes de la défense, les normes *matériellement* constitutionnelles, c'est-à-dire celles qui, objectivement, devraient figurer dans la Constitution compte tenu de leur objet.

Immédiatement viennent ainsi à l'esprit les normes relatives à la répartition des compétences de défense, d'une part entre l'Exécutif et le Législatif et d'autre part au sein de l'Exécutif. Toutes les constitutions y consacrent logiquement des articles. A dire vrai, ces articles-là ne nous importent guère car la question du partage des compétences résulte uniquement d'un choix politique ou de la nature du régime (monarchique, personnel ou républicain). C'est davantage le contenu de certaines normes qui retiendra notre attention. Ainsi, en France, les normes de défense qui figurent dans le texte constitutionnel depuis la première constitution républicaine de 1793 jusque 1946 sont peu nombreuses. Il s'agit de :

- la norme constitutionnelle posant le principe général du primat de l'Exécutif en matière de défense (art. 113, C. 1793 ; art. 144, C. 1795 ; art. 47, C. an VIII ; art. 50, C. 1848 ; art. 6, C. 1852 ; art. 3, L. Const. 25 fév. 1875 ; art. 33 et 47, C. 1946) ;
- la norme constitutionnelle désignant l'autorité compétente en matière de nomination des commandants militaires, maréchaux ou généraux (art. 55, C. 1793 ; art. 146, C. 1795 ; art. 41, C. an VIII ; art. 64, C. 1848 ; art. 6, C. 1852 ; art. 3, L. Const. 25 fév. 1875 ; art. 33 et 47, C. 1946) ;
- la norme constitutionnelle désignant l'autorité compétente pour signer et/ou ratifier les traités, ce compris ceux relatifs à la défense (art. 55, C. 1793 ; art. 331, C. 1795 ; art. 49 et 50, C. an VIII ; art. 53, C. 1848 ; art. 6, C. 1852 ; art. 8, L. Const. 16 juil. 1875 ; art. 27 et 31, C. 1946) ;
- la norme constitutionnelle désignant l'autorité compétente pour déclarer la guerre (art. 54, C. 1793 ; art. 326 et 327, C. 1795 ; art. 50, C. an VIII ; art. 54, C. 1848 ; art. 6, C. 1852 ; art. 9, L. Const. 16 juil. 1875 ; art. 7, C. 1946) ;
- la norme constitutionnelle posant le principe d'un contrôle – parlementaire – du recours à la force armée (art. 54, C. 1793 ; art. 326, C. 1795 ; art. 50, C. an VIII ; art. 54, C. 1848 ; art. 9, L. Const. 16 juil. 1875 ; art. 7, C. 1946).

D'autres normes assurément importantes ne sont pas systématiquement mentionnées. On peut citer, à ce titre :

- la norme constitutionnelle selon laquelle la force armée est un service public (art. 108, C. 1793 ; art. 274, C. an III ; art. 47 et 48, C. an VIII ; art. 101, C. 1848 ; art. 12, D.D.H.C. de 1789 mentionné dans le Préambule de la Constitution de 1946) ;
- la norme constitutionnelle consacrant l'existence de pouvoirs spécifiques en cas de circonstances exceptionnelles (art. 294 et 328, C. an III ; art. 46, C. an VIII ; art. 106, C. 1848 ; art. 12, C. 1852) ;
- la norme constitutionnelle posant le principe de subordination des forces armées au pouvoir civil (art. 114, C. 1793 ; art. 275, C. an III ; art. 104, C. 1848) ;
- la norme constitutionnelle posant le principe de la participation des forces armées au maintien de l'ordre intérieur (art. 112, C. 1793 ; art. 274, C. an III ; art. 47, C. an VIII ; art. 101, C. 1848) ;
- la norme constitutionnelle en vertu de laquelle les forces armées ne peuvent intervenir pour maintenir l'ordre intérieur que sur réquisition (art. 112, C. 1793 ; art. 291, C. 1795 ; art. 105, C. 1848) ;
- la norme constitutionnelle posant le principe d'une autorisation parlementaire pour le stationnement de troupes étrangères sur le territoire de la République (art. 295, C. an III ; art. 107, C. an VIII) ;
- la norme constitutionnelle selon laquelle le commandement général des forces armées ne peut être confié à un seul homme (art. 289, C. an III ; art. 110, C. 1848).

Au total, l'analyse de ces quelques dispositions fait état d'un recentrage progressif sur certaines questions. Depuis 1875, la question de la défense nationale fait l'objet d'un traitement sommaire. A l'impératif selon lequel une Constitution ne doit pas être trop courte – car cela ouvrirait la porte aux interprétations douteuses –, les constituants préfèrent désormais celui de la concision de la

Constitution – qui ne doit pas être trop longue pour ne pas paralyser l'action gouvernementale. La V^e République n'échappe pas à la règle.

22.— Identification de la défense dans la Constitution de 1958. Quelle place la Constitution du 4 octobre 1958 réserve-t-elle à la défense ? Une place assurément mesurée : en tout et pour tout dix articles (art. 5, 13, 15, 16, 20, 21, 34, 35, 53, 73, C. 58). Encore faut-il distinguer les articles qui traitent directement de la défense de ceux qui ne l'abordent qu'indirectement, voire qu'accessoirement.

Traient ainsi directement de la défense, les articles relatifs à la répartition des compétences entre chef de l'Etat, Premier ministre et Gouvernement : respectivement art. 15, C. 58 : « *Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale* » ; art. 20, C. 58 : « *Le Gouvernement [...] dispose de l'administration et de la force armée* » et art. 21, C. 58 : « *Le Premier ministre [...] est responsable de la défense nationale* ». Il en est également ainsi des articles ayant trait aux compétences gouvernementales en matière de décision des interventions extérieures (art. 35, al. 2, C. 58) ou concernant l'état de siège (art. 36, C. 58) ; de ceux relatifs au pouvoir de nomination des autorités militaires (art. 13 et 21, C. 58) ; de ceux relatifs aux compétences du Parlement relatifs à la déclaration de guerre (art. 35, al. 1, C. 58), au contrôle des interventions extérieures (art. 35, al. 2 à 4, C. 58), à la prorogation de l'état de siège (art. 36, C. 58), au domaine de la loi (art. 34, al. 2 et 34, al. 12, C. 58) ou à l'autorisation de la ratification des traités de paix ou relatifs à l'organisation internationale (art. 53, al. 3, C. 58).

En revanche, ne traitent qu'indirectement de la défense, l'article 16 de la Constitution de 1958 qui fixe le régime constitutionnel des « circonstances exceptionnelles » (v. *infra*, n° 1676 et s.), ainsi que l'article 5, qui, pour sa part, évoque la fonction d'arbitre du président de la République et en fait « *le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités* ». Ce dernier article n'est d'ailleurs pas le moins important car il élève le président de la République au rang d'interprète de la Constitution et lui a permis d'asseoir sa suprématie en matière de défense.

Enfin, traite accessoirement de la défense, l'article 73 de la Constitution qui autorise les départements et régions d'outre-mer – hormis la Réunion –, sur habilitation par la loi ou le règlement, à fixer eux-mêmes les règles applicables sur leur territoire, et ce, à l'exception des matières régaliennes et notamment de la défense.

Par ailleurs, certaines normes constitutionnelles figurent dans d'autres textes de valeur constitutionnelle. La règle constitutionnelle selon laquelle l'armée est un service public résulte ainsi de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – texte qui figure au sein du bloc de la constitutionnalité. Une même remarque s'impose pour la règle selon laquelle la République française n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple (al. 14, Pr. 1946) ou celle en vertu de laquelle elle consent, sous réserve de réciprocité, aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix (al. 15, Pr. 1946)

On le voit, si, à l'origine, la répartition des compétences entre président de la République, Premier ministre, Gouvernement et Parlement semble marquer la volonté du constituant de séparer les pouvoirs de défense, d'une part en distribuant les pouvoirs décisionnels entre les deux têtes de l'Exécutif, d'autre part en octroyant au Parlement un pouvoir de contrôle, cet agencement demeure théorique (v. *infra*, n° 282-302). Originellement, la pratique institutionnelle met l'accent sur l'efficacité de l'action de défense au détriment de son contrôle. D'ailleurs, il faudra attendre la révision du 23 juil. 2008 (L. const. 2008-724 de *modernisation des institutions de la V^e République*) pour que le Parlement dispose d'un droit de regard sur les interventions extérieures (v. *infra*, n° 386 et s.).

23.— Pauvreté de la jurisprudence constitutionnelle relative à la défense. C'est un euphémisme que de dire que le Conseil constitutionnel est rarement amené à statuer sur des dispositions législatives intéressant la défense.

Sans doute existe-t-il une jurisprudence constitutionnelle relative au contrôle de la répartition entre la loi et le règlement (sur ce point, v. *infra*, n° 337 et s.) ; sans doute trouve-t-on quelques rares

jurisprudences portant sur la constitutionnalité de dispositions de défense figurant dans les lois de finances¹, mais pour le reste, le constat est navrant : toutes les grandes lois portant sur la défense ont échappé jusqu'à présent au contrôle de constitutionnalité par voie d'action² : ainsi des lois de 1972 et 1995 portant statut de la fonction militaire ; des diverses lois portant sur le service national ; des lois de programmation militaire – comme celle de 2009 qui emporte, entre autres choses, réforme du secret de la défense nationale et création d'une stratégie de sécurité nationale – ou encore de la loi sur la gendarmerie de 2009 qui met fin à la réquisition de la gendarmerie au maintien de l'ordre. Chose étonnante, même l'opposition rechigne à saisir le Conseil constitutionnel de telles lois³.

On s'en étonnera d'autant plus que, d'une part, le contrôle par voie d'action n'est plus possible – sauf rares exceptions⁴ – lorsque la loi a été promulguée, et, d'autre part, que plusieurs d'entre elles comportent manifestement des dispositions à la constitutionnalité douteuse. Ainsi, par ex., de l'interdiction, pour le militaire, de se syndiquer (v. *infra*, n° 1004 et s.) ; ainsi, encore, de l'impossibilité pour le juge d'accéder directement à des lieux classifiés (v. *infra*, n° 1942 bis).

Pour cette raison, il n'est pas interdit de penser que la jurisprudence constitutionnelle relative à la défense sera amenée à se développer dans le futur. Depuis le 1^{er} mars 2010, en effet, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est entré en vigueur. Aussi, à la condition de satisfaire les conditions de forme⁵ et de fond⁶, certaines dispositions législatives en vigueur pourront être soumises à l'examen du Conseil constitutionnel. L'état de notre droit, mais également notre Etat de droit, ne s'en trouveront qu'améliorés.

Au demeurant, on notera que la toute première décision Q.P.C. porte sur la cristallisation de pensions militaires. Le conseil a ainsi déclaré contraire au principe d'égalité l'article 100 de la loi 2006-1666 du 21 déc. 2006 de finances pour 2007. En effet, cet article introduisait une différence de traitement fondée sur la nationalité entre les titulaires de pensions militaires d'invalidité et des

1. V., par ex., C.C., déc. 2001-456 DC, *Loi de finances pour 2002*, 27 déc. 2001 : « *s'il appartient au Parlement d'autoriser la déclaration de guerre, de voter les crédits nécessaires à la défense nationale et de contrôler l'usage qui en a été fait, il ne saurait en revanche, en la matière, intervenir dans la réalisation d'opérations en cours* » (cons. 45) ; C.C., déc. 90-285 DC, *Loi de finances pour 1991*, 28 déc. 1990 : « *Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 34 de la Constitution : "La loi fixe les règles concernant [...] les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens" ; qu'au nombre de ces règles figurent notamment celles qui ont pour objet d'assurer aux personnes victimes de dommages corporels dus à des faits de guerre et assimilés, ainsi qu'à leurs ayants-cause, une réparation, par l'Etat, des conséquences dommageables de telles sujétions* » (cons. 63).
2. Saisi par le président de la République, le Premier ministre, les présidents des chambres, soixante députés ou soixante sénateurs (art. 61, al. 2, C. 58), le juge constitutionnel statue en principe par voie d'action sur la constitutionnalité de la loi ordinaire, c'est-à-dire après que la loi a été définitivement adoptée par les chambres, mais avant sa promulgation.
3. On notera toutefois la tentative avortée des sénateurs qui, en 1997, se décident à saisir le Conseil constitutionnel de la loi portant réforme du service national avant sa publication mais après sa promulgation ; ce que les sages de la rue de Montpensier n'acceptent pas : v. C.C., déc. 97-392 DC, *Loi portant réforme du service national*, 7 nov. 1997 ; v. F. LAFAILLE, 1997, *loc. cit.*, p. 67 ; B. BOISSARD, 1999, *loc. cit.*, p. 1299.
4. Ainsi, la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée ne peut être discutée que de manière tout à fait exceptionnelle « *à l'occasion de l'examen des dispositions d'une loi qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* » (C.C., déc. 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, 25 janv. 1985).
5. La Q.P.C. doit être présentée *par écrit* – ce qui implique la rédaction d'un mémoire ; dans un *acte distinct* – ce qui permet au juge d'identifier l'existence d'une Q.P.C. et facilite l'obligation de transmission au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et *in fine* au Conseil constitutionnel ; et *motivé* – ce qui oblige le plaideur à préciser clairement les droits et libertés garantis par la Constitution qui, selon lui, sont méconnus par la « disposition législative ». Elle peut l'être à tout moment, y compris pour la première fois en appel (v., art. 23-1 et 23-5, ord. 58-1067 mod.). Le juge saisi doit alors statuer « sans délai » (art. 23-2, ord. 1958-1067 mod.) par une décision motivée sur la transmission ou non de la Q.P.C. au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Par exception, ce délai est porté à trois mois lorsque le premier juge saisi est la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat (art. 23-5, ord. 1958-1067 mod.).
6. Trois conditions de fond doivent être satisfaites : d'abord, la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ; ensuite, cette disposition ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, et ce, sauf changement des circonstances (pour la première application de cette théorie du changement de circonstances : v. déc. 2010-14/22-Q.P.C., 30 juil. 2010, à propos du régime de droit commun de la garde à vue) ; enfin, la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

retraites du combattant selon qu'ils étaient ressortissants algériens ou ressortissants des autres pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France (déc. 2010-1 Q.P.C., *Consorts L.*, 28 mai 2010).

Dans une autre décision, c'est l'exigence d'une condition de nationalité et de domiciliation posée par l'article 253 bis, al. 2 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre pour l'attribution de la carte de combattant aux membres des forces supplétives françaises qui ont servi pendant la guerre d'Algérie ou durant les combats en Tunisie et au Maroc, qui est déclarée contraire au principe d'égalité. C'est que, selon le Conseil, le législateur ne pouvait introduire une telle discrimination entre les membres des forces supplétives alors que pareille attribution constitue le « *témoignage de la reconnaissance de la République française* » (déc. 2010-18 Q.P.C., *Lahcène A.*, 23 juil. 2010).

Ce sont encore des dispositions législatives relatives à l'objection de conscience (v. *infra*, n° 696), aux lieux classifiés (v. *infra*, n° 1942 bis) et à la perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire d'un officier de carrière, qui ont été abrogées. Dans sa décision du 3 fév. 2012 (déc. 2011-218 Q.P.C., *Cédric S.*), le Conseil constitutionnel a ainsi abrogé l'article L.311-7 du code de justice militaire, dans sa rédaction antérieure à la loi du 2011-1862 du 13 déc. 2011 *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*. Il décide que « *la peine de perte de grade qui est définitive et entraîne la cessation de l'état militaire est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui les décide ait à la prononcer expressément ; que, même si le juge a la faculté, en prononçant la condamnation, d'exclure expressément sa mention au bulletin n° 2 du casier judiciaire, conformément aux dispositions de l'article 775-1 du code de procédure pénale, cette faculté ne saurait, à elle seule, assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines* » (cons. 7).

En revanche, il a déclaré conforme à la Constitution, l'article 195, 1°, c du code général des impôts qui attribue, sous conditions, une demi-part supplémentaire de quotient familial aux titulaires d'une pension prévue par les dispositions du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ou à leurs veuves. Il affirme de nouveau, à l'occasion, que c'est « *en témoignage de la reconnaissance de la République française* » que le législateur a entendu accorder une telle mesure à ces personnes, et ce, sans aucune considération liée à la nationalité (déc. 2010-11 Q.P.C., *Virginie M.*, 11 juil. 2010).

24. — Rareté des normes constitutionnelles prétorienne relatives à la défense. Parce que le Conseil constitutionnel n'a, jusque-là, jamais été saisi par voie d'action d'un recours contre une loi spéciale ayant trait à la défense, les normes constitutionnelles prétorienne spécifiques à la défense sont extrêmement rares. Mais certaines de ces normes – non spécifiques à la défense – peuvent toutefois lui être appliquées.

Ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi a-t-il gouverné la codification du droit de la défense (v. *infra*, n° 92 et s.). De même, c'est à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la *loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores* que le Conseil découvre le principe constitutionnel de non-emploi des forces de la République contre la liberté de quelque peuple que ce soit ; principe inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946 (C.C., déc. 75-59, 30 déc. 1975 ; al. 14, Pr. 46). C'est encore le préambule de 1946 qui lui permet, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution (contrôle de conformité de l'accord ou du traité à ratifier ou à approuver avec la Constitution), de consacrer le principe constitutionnel selon lequel la France consent, sous réserve de réciprocité, aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix (C.C., déc. 76-71 DC, *Assemblée européenne*, 30 déc. 1976). Tout récemment, le Conseil constitutionnel mobilise l'objectif constitutionnel de « *sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* » pour donner une assise constitutionnelle au secret de la défense nationale (v. *infra*, n° 1872 et 1942 bis).

Reste que certaines normes non écrites ont assurément une valeur constitutionnelle. C'est, par ex., le cas du *principe de subordination de la force armée au pouvoir civil*. Pareille norme n'apparaît plus que de manière implicite dans le texte constitutionnel – le Gouvernement disposant de la force armée (art. 20, C. 58). On pourrait même se demander s'il ne s'agit pas d'une norme constitutionnelle coutumière. En revanche, d'autres hypothèses sont plus douteuses et mériteraient

d'être consacrées – ou écartées – par le juge constitutionnel. Ainsi de la règle selon laquelle les forces armées – y compris la gendarmerie – peuvent participer au maintien de l'ordre intérieur ; ainsi également de celle selon laquelle celles-ci n'y peuvent contribuer que sur réquisition d'une autorité civile ; ainsi, encore, de l'existence même de la gendarmerie. Sur ce dernier exemple, on notera que lors des travaux préparatoires de la loi sur la gendarmerie, le rapporteur à l'Assemblée nationale avait souhaité « *vivement que la dualité des forces de police soit considérée par le Conseil constitutionnel comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ainsi, l'existence de la gendarmerie serait constitutionnellement reconnue, la mettant à l'abri des contingences législatives* »¹. En effet, au regard des critères d'identification d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (P.F.R.L.R.) dégagés par le Conseil constitutionnel², la question méritait d'être posée. Manifestement, la loi du 28 germinal an VI relative à l'organisation de la gendarmerie nationale (Bull. 197, n° 1807) constitue une « législation républicaine » à la longévité exceptionnelle³. Nul n'a cependant répondu à ce souhait. Au demeurant, c'est selon nous le principe même de la réquisition de la force armée au maintien de l'ordre qui mériterait ce qualificatif. C'est peu dire que le principe d'une telle réquisition est une constante ancienne du droit français (v. *infra*, n° 1818 et s.) ; constante républicaine, donc, dont le législateur vient pourtant de limiter la portée. De nos jours, si le principe s'applique toujours aux trois armées (terre, mer, air), il ne s'applique plus à la gendarmerie (v. *infra*, n° 1848 et s.).

25.— Importance de la coutume constitutionnelle. Le processus coutumier pose des difficultés dans une République de tradition constitutionnelle écrite. Selon le Professeur Jacques Chevallier : « *les gouvernants ne possèdent pas la souveraineté qui appartient en propre à la Nation. [La] coutume constitutionnelle sert à habiller juridiquement des pratiques dépourvues de toute valeur ou même formellement contraires au texte constitutionnel* »⁴. En l'absence d'intervention du juge, toute latitude est ainsi laissée, notamment au « chef des armées », pour provoquer l'apparition d'une coutume constitutionnelle ; coutume que les plus pessimistes considéreront comme étant *contra legem* – c'est-à-dire contraire à la Constitution – et que les plus optimistes diront *praeter legem* – en ce qu'elle clarifie l'obscurité du texte constitutionnel.

Dans ce registre, c'est désormais une coutume constitutionnelle qui consacre l'omnipotence et la suprématie du président de la République en matière de défense et ce, par une interprétation somme toute logique du texte constitutionnel (v. *infra*, n° 311).

Il n'en reste pas moins qu'à bien y regarder, la coutume constitutionnelle consacrant l'autorité du chef de l'Etat en matière de défense risque bien d'être contre-productive car lui seul peut la moduler, c'est-à-dire lui donner une ampleur exacerbée ou, plus rarement, la réfréner. L'exemple du contrôle parlementaire est particulièrement topique de ce point de vue. Jusque la révision constitutionnelle du 23 juil. 2008 (Loi const. 2008-724 précitée) et la première utilisation, le 22 sept. 2008, de la nouvelle procédure prévue à l'article 35, al. 3 de la Constitution, la coutume

1. A. MOYNE-BRESSAND, Rapport n° 1703 sur le projet de loi relatif à la gendarmerie nationale, A.N., 3 juin 2009, p. 11.
2. Si la notion de P.F.R.L.R. figure dans le Préambule de 1946, ledit préambule ne la définit pas. Par suite, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui, tardivement, en a dégagé les critères (v. déc. 88-244 DC, *Loi portant amnistie*, 20 juil. 1988 et déc. 89-254 DC, *Privatisations*, 4 juil. 1989). Ces critères *cumulatifs* sont les suivants : un P.F.R.L.R. doit prendre appui sur une « loi de la République » (cela permet d'écarter toute législation intervenue sous les Chartes, les Empires ou Vichy). On notera toutefois, qu'antérieurement aux décisions 88-244 et 89-254 précitées, le conseil a dégagé un tel principe, dans une décision du 23 janv. 1987 (déc. 86-224 DC ; v. *infra*) en se fondant sur la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire ; cette loi républicaine doit avoir été promulguée avant l'entrée en vigueur du préambule de 1946 ; elle doit faire l'objet d'une application constante ; elle ne doit pas avoir été contredite par une autre loi républicaine.
3. Elle n'a été abrogée qu'en raison de la codification du droit de la défense, v. art. 5, V°, ord. 2004-1374.
4. J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RD. Publ.*, 1970, p. 6. Pour sa part, R. CAPITANT souligne « *l'étrange faiblesse des textes en matière constitutionnelle, la force d'évasion de la vie politique hors des formules, où l'on a tenté de l'enserrer, le divorce presque constant qui en résulte entre l'apparence juridique et la réalité politique, en un mot l'importance de la coutume constitutionnelle, à côté, et souvent à l'encontre des constitutions écrites* », in « La coutume constitutionnelle » (1929), rééd., *RD publ.*, 1979, p. 962.

consacrant la prépondérance du président de la République avait fait naître une autre coutume, due à l'initiative de l'Exécutif, en vertu de laquelle le Parlement n'était pas pleinement associé aux décisions concernant les opérations extérieures (v. *infra*, n° 385 et s.). Au reste, c'est encore, malgré les annonces concernant le renforcement du contrôle parlementaire, cette même technique qui est de mise le 1^{er} avril 2008 consécutivement à la décision du Président de la République, annoncée le 29 mars, de renforcer la présence française en Afghanistan. Fort heureusement, la révision du 23 juil. 2008 met un terme à une coutume constitutionnelle visiblement peu conforme aux traditions des Républiques démocratiques (v. *infra*, n° 386 et s.).

26.— Souplesse de la Constitution en matière de défense. Par certains égards, la Constitution du 4 octobre 1958 est assurément « souple » pour tout ce qui a trait à la défense¹. Certains exemples attestent de la modification des normes constitutionnelles relatives à la défense sans en passer par la voie de l'article 89 de la Constitution qui traite pourtant de la révision.

En ce sens, si les dispositions de la Constitution témoignent initialement d'un partage des compétences de défense entre les deux têtes de l'exécutif (v. art. 5, 15, 20 et 21, C. 58), c'est un décret de 1962 – et même pas une loi ! – qui confère primauté au chef de l'Etat en ce domaine (v. *infra*, n° 301) faisant alors naître progressivement la coutume constitutionnelle évoquée plus haut ; de même, si la Constitution fait référence aux « conseils et comités supérieurs de la défense nationale » (art. 15, C. 58), un autre décret de 1964 va institutionnaliser les « Conseil de défense » et « Conseil de défense restreint » (v. *infra*, n° 301), et ce, avant qu'une loi de 2009 ne modifie encore cette terminologie. Depuis, le droit de la défense compose avec les « Conseil de défense et de sécurité nationale » et « Conseil restreint de défense et de sécurité nationale » alors que l'expression de sécurité nationale ne figure pas dans le texte de la Constitution. On ne peut d'ailleurs qu'être surpris de la remarque du Conseil d'Etat selon laquelle « *les termes de l'article 15 de la Constitution, qui mentionnent "les conseils et comités supérieurs de la défense nationale", visent de façon générique la catégorie des conseils qui, eu égard à leur objet, doivent être présidés par le Chef de l'Etat et ne font pas d'obstacle à ce que le projet de loi de programmation militaire adopte l'appellation de "Conseil de défense et de sécurité nationale"* »². C'est que, constatant par ailleurs l'absence d'accroche constitutionnelle de la sécurité nationale, les juges du Palais-Royal indiquent que touchent aux « principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale » au sens de l'article 34 de la Constitution et, par suite, relèvent de la loi : « *La définition de la politique de défense ainsi que la définition de la stratégie de sécurité nationale, laquelle vise à répondre aux menaces et risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population et l'intégrité du territoire, et ne saurait, à ce titre, être conçue et mise en œuvre indépendamment de la politique de défense* »³. Cela revient alors à dire qu'au plan constitutionnel – au regard de l'article 34 de la Constitution – la sécurité nationale est un sous-ensemble de la défense alors que, selon l'article L.1111-1 du code de la défense, c'est la défense qui n'est qu'un sous-ensemble de la sécurité nationale. La loi méconnaît donc la Constitution. Au surplus, parce que, selon ledit article du code de la défense, la « politique de défense » est recentrée sur les aspects militaires de la sécurité nationale, force est de constater qu'en pratique, la sécurité nationale – concept global – sera nécessairement amenée à être mise en œuvre, contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'Etat, « indépendamment de la politique de défense ».

27.— Rareté des lois constitutionnelles portant sur la défense. Il aura fallu attendre la 24^e révision de la Constitution de 1958 pour que des normes constitutionnelles relatives à la défense soient modifiées conformément à la procédure de l'article 89 de la Constitution.

La loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juil. 2008 *de modernisation des institutions de la V^e République* modifie en effet l'article 35 de la Constitution en renforçant les compétences de contrôle du Parlement en matière d'interventions extérieures (sur ce point, v., n° 386 et s.). Cette loi,

1. En droit constitutionnel, une constitution est dite « souple » lorsqu'elle peut être révisée par une loi adoptée selon la procédure législative ordinaire ; elle est dite « rigide » lorsqu'une procédure *ad hoc* est prévue par la Constitution elle-même, qui diffère de la procédure législative ordinaire. La Constitution de la V^e République est rigide. La procédure de révision est précisée en son article 89.
2. *In Rapport public 2009*, Paris, Doc. fr., 2010, p. 176.
3. *Id.*, p. 175-176 (nous soulignons).