

La Constitution et la guerre. La guerre est-elle une affaire constitutionnelle ?

Claire LANDAIS - Conseillère d'État

Pierre FERRAN - Commissaire en chef de première classe

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 51 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LA DÉFENSE NATIONALE) - AVRIL 2016 - P. 29 À 35

Alors qu'elle comporte de nombreux articles évoquant les armées et la défense, au point d'ailleurs de susciter des questionnements sur la répartition des compétences en la matière au sein de l'exécutif, la Constitution ne comporte qu'une unique référence à la guerre -- au premier alinéa de son article 35, qui prévoit que la déclaration de guerre est autorisée par le Parlement, et, d'ailleurs, qu'une seule mention de la paix, au premier alinéa de l'article 53, qui dispose notamment que les traités de paix ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi. Encore faut-il immédiatement ajouter que ni l'une ni l'autre ⁽¹⁾ de ces dispositions n'a jamais été appliquée depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958.

Pour un État dont les forces armées ont été, notamment au cours des trente dernières années, fréquemment et durablement engagées sur des théâtres de conflit, en Afrique mais aussi au Moyen-Orient ou en Asie centrale, le contraste peut sembler surprenant.

On le comprend mieux si l'on admet que la notion de guerre, aujourd'hui utilisée largement, y compris par les pouvoirs publics, renvoie en droit à une réalité précise, celle des conflits armés interétatiques. Le premier alinéa de l'article 35 de la Constitution s'inscrit ainsi dans une longue tradition de dispositions constitutionnelles prévoyant, depuis la Révolution française, la compétence du Parlement pour autoriser la déclaration de guerre ⁽²⁾ et reprend, comme les dispositions auxquelles il succède, un principe ancien du droit de la guerre, consacré en droit positif par l'article 1^{er} de la III^e convention de La Haye du 18 octobre 1907 relative à l'ouverture des hostilités, qui stipule que les « puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement préalable et non équivoque, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle ». Or si les armées françaises ont été et sont encore engagées dans de nombreux conflits armés, ces derniers ne relèvent en général pas de la catégorie des conflits armés interétatiques mais bien de celle des conflits qualifiés de non internationaux car opposant un ou plusieurs États à un ou plusieurs groupes armés non étatiques. On rappellera à ce stade qu'en droit international le conflit armé se caractérise par l'intensité de la violence et la capacité d'organisation des armées ou groupes armés (critères qui permettent de le distinguer d'une situation de « troubles et tensions intérieures »).

Une autre explication peut également être tentée pour expliquer la désuétude dans laquelle est tombé le premier alinéa de l'article 35 de la Constitution. Elle tiendrait à l'obligation faite aux États par l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies, donc depuis 1945, de régler leurs différends par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ne soient pas mises en danger. Le Préambule de la Constitution de 1946 y fait d'ailleurs écho en prévoyant, en son alinéa 14 que : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* » ⁽³⁾. Le recours à la guerre étant, sauf exception, devenu illicite, les États ont préféré renoncer à ce vocable et choisi de se placer plutôt sous la bannière des exceptions prévues par la Charte, la légitime défense individuelle ou collective de l'article 51 ou l'autorisation d'usage de la force prévue par les résolutions du Conseil de sécurité prises sous le Chapitre VII. Probablement est-ce ainsi qu'il convient d'expliquer l'absence de déclaration de guerre en 2001 et 2011 alors que la France engageait ses armées en Afghanistan puis en Lybie. Il s'agissait pourtant -- au moins au début du conflit s'agissant de l'Afghanistan --, d'engagement des forces armées françaises contre les forces armées d'un autre État ou à tout le moins contre des forces armées soutenues par un État ennemi (l'État afghan sous le régime des talibans). Mais la couverture des actions militaires françaises par des résolutions du conseil de sécurité des Nations Unies -- d'ailleurs en partie contestée par la doctrine dans le cas libyen -- a probablement évité que le débat sur la nécessité de recourir à la déclaration de guerre soit posé.

Toujours est-il que, prenant acte du caractère anachronique de la déclaration de guerre, du caractère assez désordonné et aléatoire de la façon dont le Parlement était néanmoins saisi de l'emploi des forces armées françaises ⁽⁴⁾ à l'étranger et compte tenu des pratiques observées dans d'autres pays, notamment les États-Unis ou l'Allemagne, les pouvoirs publics ont engagé, dès 1991, une réflexion sur les conditions d'association du Parlement à la décision d'intervention militaire de la France à l'étranger ⁽⁵⁾.

Cette réflexion a finalement abouti avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a notamment complété l'article 35 des trois alinéas suivants :

« Le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il précise les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote.

« Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort.

« Si le Parlement n'est pas en session à l'expiration du délai de quatre mois, il se prononce à l'ouverture de la session suivante. »

Sur ce fondement le Parlement a autorisé la prolongation d'interventions décidées avant la réforme de 2008 :

- Le 22 septembre 2008, à propos de l'intervention militaire en Afghanistan ;

- Le 29 janvier 2009, concernant les interventions des forces armées au Tchad, en République centrafricaine, en Côte d'Ivoire, au Liban et au Kosovo.

Le Parlement a également autorisé la prolongation des interventions en Lybie (opération Harmattan, 12 juillet 2011), au Mali (opération Serval, 22 avril 2013), en République centrafricaine (opération Sangaris, 25 février 2014), en Irak (opération Chammal, 13 janvier 2015) ou en Syrie (extension de l'opération Chammal, 25 novembre 2015) ⁽⁶⁾.

Si la révision de 2008 a permis de moderniser notre Constitution en lui faisant reprendre pied avec la réalité des opérations militaires d'aujourd'hui, elle n'a cependant répondu que très partiellement à l'interrogation née de l'unique occurrence du mot guerre dans notre norme suprême.

D'abord parce que les trois nouveaux alinéas de l'article 35 concernent l'intervention des forces armées françaises et non pas à strictement parler leur engagement dans un conflit armé. Les travaux préparatoires sont très clairs à ce titre ; si l'article 35 renouvelé vise bien les déploiements militaires en situation d'urgence, il s'applique aussi bien à des situations de conflits armés – correspondant aux guerres d'aujourd'hui – qu'à des opérations de maintien de la paix dans des zones où la situation, du fait d'une intensité de la violence maîtrisée et de la faible capacité d'organisation des groupes armés, ne peut être regardée comme une situation de conflit armé, si bien que l'opération militaire est en réalité une opération de police, et non de guerre, ou enfin qu'à des opérations de nature purement humanitaire, liée par exemple à une catastrophe naturelle. La nouvelle rédaction de l'article 35 de la Constitution, en le modernisant, a donc aussi distendu le lien qui le reliait au concept de guerre ou de conflit armé.

Ensuite, et surtout parce que l'article 35 de la Constitution ne concerne que le cas de l'intervention des forces armées françaises à l'étranger et parce qu'il ne dit strictement rien de la conduite des hostilités.

S'agissant du premier point on cherchera vainement dans la Constitution une explication de ce que seraient les conditions d'intervention des forces armées sur le territoire national. Et à dire vrai, si le législateur a été plus disert sur l'intervention des forces armées en temps de paix, à des fins de sécurité intérieure, et dans le cadre de réquisitions des autorités civiles, il n'en a guère dit davantage que la Constitution sur ce qu'emporte le régime juridique de l'état d'exception que serait la guerre, ou le conflit armé sur notre sol. Le titre I^{er} du livre I^{er} (« Régimes d'application exceptionnelle ») de la partie II (« Régimes juridiques de défense ») du code de la défense s'intitule certes « Guerre » mais il ne comporte que trois articles en partie législative (l'un relatif au fonctionnement des conseils municipaux et aux pouvoirs que le préfet peut exercer sur les maires en temps de guerre, les deux autres portant sur les conditions dans lesquelles des nationaux et des étrangers peuvent s'engager au service de la Nation pendant la durée des hostilités) et un seul en partie réglementaire.

Si le régime juridique d'exception qu'est la guerre est très sommairement décrit en droit, cela s'explique certainement par l'existence de deux autres régimes d'exception dont les critères de déclenchement, s'ils ne se superposent pas complètement avec celui du conflit armé, interétatique ou pas, peuvent en tout cas couvrir ce cas de figure.

Il s'agit du régime des circonstances exceptionnelles et de celui de l'état de siège, prévus respectivement aux articles 16 et 36 de la Constitution. Le premier, rappelons-le, dispose, en son premier alinéa, que « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances,*

C'est bien l'impuissance du président de la République de l'époque, Albert Lebrun, à réagir à l'invasion des troupes allemandes en 1940, qui a inspiré au général de Gaulle la conviction que la Constitution devait prévoir un régime d'exception donnant au chef de l'État des pouvoirs exceptionnels pour maintenir ou rétablir la légalité républicaine en période de crise particulièrement grave. Et c'est bien en temps de guerre, même si à l'époque il n'était encore question que des « événements d'Algérie », que l'article 16 a été appliqué pour la seule et à ce stade unique fois dans l'histoire de la V^e République, à l'occasion de la crise dite du « putsch des généraux » de 1961, lorsque des militaires, partisans de l'Algérie française, « sont entrés en rébellion ouverte contre les pouvoirs publics constitutionnels dont ils usurpent l'autorité » ⁽⁷⁾.

Quant à l'article 36, il prévoit seulement que « *l'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement* ». Il faut donc se reporter aux articles L. 2121-1 et suivants du code de la défense, où a été codifiée la loi du 9 août 1849 modifiée par celles des 3 avril 1878 et 27 avril 1916, pour apprendre que l'état de siège ne peut être décrété « qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » et qu'il a pour principal objet de transférer des autorités civiles vers les autorités militaires la responsabilité de l'ordre public, des tribunaux civils vers les tribunaux militaires le jugement d'un certain nombre d'infractions et des autorités judiciaires vers les autorités administratives, comme dans le cas de l'état d'urgence, un certain nombre de prérogatives. Si l'état de siège peut assurément être décrété en temps de guerre ou de conflit armé sur le sol national -- il a d'ailleurs été en vigueur lors des deux Guerres mondiales -- il faut bien admettre que ni son nom (la notion de siège paraît assez anachronique), ni ses critères de déclenchement (la notion de péril imminent qui laisse penser que l'état de siège annoncerait un état d'exception « plus exceptionnel » encore une fois le péril avéré ; le concept de guerre étrangère, dont on ne comprend pas bien s'il s'oppose à la guerre civile ou s'il renvoie à une guerre à l'étranger) ni son contenu, dont le caractère daté vient d'être renforcé par la récente loi du 20 novembre 2015 qui a modernisé l'état d'urgence, ne permettent pas d'affirmer que notre Constitution a juridiquement pris en compte le temps de guerre ou de conflit armé dans toutes ses dimensions.

On soulignera notamment que si l'article 16 de la Constitution ou le régime de l'état de siège organisent la répartition des compétences, entre pouvoirs constitutionnels, ou entre pouvoirs civils et militaires, ils ne disent rien de la conduite des hostilités. Ce silence de la Constitution sur les conditions d'usage de la force ou de mesures coercitives en situation de conflit armé poserait difficulté si notre pays devait un jour être touché sur son sol par un conflit armé : la « passerelle » juridique entre notre droit interne, qui est fondamentalement un droit du temps de paix, et le droit des conflits armés, qui admet notamment l'usage licite de la force létale contre les « combattants » ou encore la détention administrative pour des motifs de sécurité, n'existerait pas.

Ce silence est moins surprenant pour ce qui concerne les situations dans lesquelles la France est partie belligérante à un conflit armé qui ne se déroule cependant pas sur son sol. On peut en effet estimer que la Constitution, dépourvue d'effet extra-territorial, n'a pas à prendre parti sur la conduite des hostilités hors du territoire national. Reste que le droit pénal national, pour sa part, s'applique, à certaines conditions, sur les théâtres d'opération étrangers. Tout comme d'ailleurs la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des droits fondamentaux, compte tenu de la jurisprudence de la Cour tendant à considérer que la convention, et notamment ses articles 2 sur le droit à la vie et 5 sur le droit à la liberté et à la sûreté, s'appliquent partout où et à toute personne à l'égard de laquelle un État membre du Conseil de l'Europe exerce un contrôle effectif et sa juridiction.

Heureusement il existe, mais depuis 2005 seulement, des dispositions du code de la défense -- le II de l'article L. 4123-12 -- qui prévoient un cas d'irresponsabilité pénale pour le militaire qui, en opération extérieure, fait usage de la force ou exerce des mesures coercitives nécessaires pour l'exercice de sa mission « dans le respect du droit international », c'est-à-dire dans le respect du droit des conflits armés si la situation le rend applicable. Heureusement aussi, la convention européenne des droits de l'homme fait une place à la guerre, en reconnaissant en son article 15, que des « actes licites » de guerre peuvent déroger à l'interdiction de porter atteinte au droit à la vie prévue par l'article 2, et la Cour de Strasbourg fait pour sa part place au droit des conflits armés, également appelé droit international humanitaire, en admettant que l'article 5 puisse être lu à la lumière de ce droit et que le conflit armé international puisse ainsi rendre licites, par exemple, des cas de détention pour des motifs de sécurité ⁽⁸⁾.

On peut se demander si notre Constitution ne pourrait pas elle aussi, y compris sur un mode très sibyllin comme le fait la convention européenne des droits de l'homme, prévoir les conditions dans lesquelles l'usage de la force légitime pourrait varier selon la situation du pays (état de paix, participation à un conflit armé à l'étranger, état de guerre sur le sol national, voire, comme le suggère une autre contribution de la présente revue, lutte contre une organisation terroriste).

⁽¹⁾ En tant qu'elle concerne la ratification d'un traité de paix.

(2) Avec deux variantes possibles : la déclaration de guerre est décidée par le pouvoir législatif, mais sur l'initiative exclusive de l'exécutif (Constitutions de 1791, de 1795 et de 1799) ; la déclaration de guerre est décidée par le pouvoir exécutif, mais avec l'assentiment préalable du pouvoir législatif (Constitutions de 1848, 1875, 1946 et 1958).

(3) On relèvera au passage la seule autre référence à la notion de guerre de notre bloc de constitutionnalité.

(4) Le Parlement n'a pas été consulté en 1950 lors de l'engagement de forces françaises en Corée. Les guerres d'Indochine et d'Algérie ont débuté comme des opérations de maintien de l'ordre dans des territoires sous souveraineté française. Par la suite et sans ce que cela soit systématique, le Parlement s'est trouvé associé par le Gouvernement à sa décision de différentes manières :-- approbation, le 31 octobre 1956, de la décision du Gouvernement d'intervenir à Suez ;-- engagement, le 16 janvier 1991, de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur une déclaration concernant l'intervention française dans la guerre du Golfe ;-- simple déclaration du Gouvernement ayant le même objet, suivie d'un débat sans vote : les 12 avril 1994 et le 6 juin 1995 pour la situation en ex-Yougoslavie, les 26 mars et 27 avril 1999 concernant le Kosovo, le 21 novembre 2001 pour l'Afghanistan et le 7 septembre 2008 s'agissant du Liban, par exemple ;-- communications du Gouvernement, comme dans le cas de Kolwezi en 1978 ou de l'opération Manta d'assistance militaire au Gouvernement tchadien en 2003. D'autres interventions n'ont pas associé de manière formelle le Parlement à la décision du Gouvernement. Cela a été le cas de l'opération Turquoise au Rwanda en 1994 ou de l'opération Licorne en Côte d'Ivoire en 2002.

(5) En particulier : une proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter l'article 35 de la Constitution, déposée par le sénateur Jean Lecanuet en 1991 ; le rapport du « comité Vedel » pour une révision de la Constitution en 1993 ; le rapport d'information de François Lamy sur le contrôle parlementaire des opérations extérieures en 2000 ; le rapport du « comité Balladur » de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République en 2007.

(6) Le prolongement de l'opération Barkhane n'a pas pour sa part donné lieu à une autorisation du Parlement dans la mesure où cette opération regroupe les opérations Serval (Mali) et Epervier (Tchad), précédemment autorisées.

(7) Avis du Conseil constitutionnel du 23 avril 1961.

(8) CEDH, Arrêt *Hassan* du 16 septembre 2014, n° 29750/09.