

LE CONTRÔLE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE : UNE EXIGENCE DE L'ÉTAT DE DROIT

par

Bertrand WARUSFEL

Maître de conférences à l'Université Paris V - René Descartes,

Secrétaire général du Centre de recherches DROIT ET DÉFENSE

Dans le vaste remaniement de notre droit criminel réalisé au travers de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, la réécriture complète des dispositions relatives au secret de la défense nationale est passée - somme toute - inaperçue. Pourtant, la rédaction des articles 413-9 à 413-11 du nouveau code introduisait de réelles transformations juridiques dans ce domaine : disparition du « *secret par nature* » et choix d'une définition formelle du secret ; affirmation des pouvoirs de contrôle du juge sur le bien-fondé du secret ; relative marginalisation du secret de défense par rapport à la défense des « *intérêts fondamentaux de la nation* »¹. Il fallait donc s'attendre à ce que cette mutation législative induise des transformations collatérales dans le dispositif juridique français de protection du secret de défense. On a, dans un premier temps, attendu l'adoption d'un nouveau décret en Conseil d'État, prévu dans l'article 413-9 et qui aurait remplacé le décret du 12 mai 1981 sur la classification des informations et l'habilitation des personnes². Mais, après une modification législative de dernière minute (par l'article 9 de la loi n° 94-89 du 1er février 1994, modifiant l'article 413-9), le gouvernement semble s'être contenté du renvoi - via

l'article R.413-6 nCP - au décret de 1981 qui demeure donc toujours en vigueur.

Il n'est donc pas étonnant que « l'onde de choc » du nouveau droit pénal se fasse aujourd'hui sentir dans d'autres directions. Au printemps 1996, deux importants rapports officiels ont ainsi proposé des réformes significatives affectant deux aspects du régime juridique du secret de défense : le contrôle de son usage et son articulation avec les règles de communication des archives publiques. Par leurs propositions novatrices, le rapport du Conseil d'État pour 1996³ et le rapport Braibant sur les archives⁴, tirent les leçons nécessaires de l'évolution des comportements et de la récente réforme du Code pénal, tout en désavouant une approche doctrinale conservatrice dont on pouvait craindre qu'elle ne fige toute évolution dans le domaine.

I. LE CONSEIL D'ÉTAT PROPOSE LA CRÉATION D'UNE COMMISSION NATIONALE DU SECRET DE DÉFENSE

Le rapport annuel du Conseil d'État pour 1996 est consacré aux difficiles relations de la transparence et du secret. Comme il est de coutume, ce rapport est l'occasion pour

1 Cf. notamment Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, Thèse, Université Paris V, 1994, pp. 51-83.

2 Cf. dans cette revue, n° 94/3, p. 56.

3 *Études et documents du Conseil d'État - Rapport public 1996*, La documentation française, 1996.

4 Guy Braibant, *Les archives en France - Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996.

la Haute assemblée de dresser un constat détaillé de l'état du droit positif en la matière tout en suggérant des voies d'évolution ou de réforme possibles. On trouvera donc dans ces pages des rappels intéressants relatifs aux différentes dimensions juridiques du sujet (secret professionnel, secret médical, secret des affaires, ...), mais les spécialistes des questions de défense retiendront essentiellement les quelques pages consacrées au « *secret défense et secrets voisins* »⁵ et - plus encore - les propositions novatrices formulées sur ce thème en fin d'étude. En proposant explicitement d'instituer - par la voie du recours à la formule des autorités administratives indépendantes - de « *nouvelles médiations* » en matière de secret de la défense nationale⁶, le Conseil d'État propose un infléchissement du dispositif juridique actuel, de façon à prendre en compte les difficultés que posent aujourd'hui, en matière de secret de défense, l'évolution des comportements et l'application des nouvelles dispositions du code pénal.

1.1. Le raisonnement du Conseil d'État

On peut résumer cette démarche intellectuelle en trois temps. *Primo*, en matière de secret de défense comme dans les autres domaines, on constate qu'« *entre l'espace de transparence et celui du secret, il est impossible de se passer d'un « sas » qui soit aussi un filtre, permettant de favoriser les échanges tout en assurant les étanchéités nécessaires* »⁷.

Secundo, le Conseil d'État attribue cette fonction d'intermédiation à des « *magistratures du secret* » dont la Commission d'accès aux documents

administratifs (CADA) et la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) lui semblent être des exemples et qui se situent « *aux côtés des pouvoirs délibérant, exécutif, et juridictionnel* », lesquels - dans des domaines sensibles - ne sont pas toujours « *en état de s'investir de façon quantitativement ou qualitativement adéquate* ».

Tertio, le rapport débouche logiquement sur la proposition d'« *étendre la compétence de certaines autorités administratives indépendantes chargées de veiller au partage entre transparence et secret, ou à en créer de nouvelles* »⁸, ce qui le conduit à proposer « *la création d'une commission nationale du secret de défense* » car il s'agit d'un « *domaine où toutes sortes de considérations - le nécessaire respect de cet enjeu fondamental pour l'indépendance nationale, et des institutions qui y concourent ; le soupçon délétère qui a, dans plus d'un cas, entaché le recours à la notion de secret de défense - militent en faveur d'une innovation propre à attester et de la confiance de la République dans la légitimité des pratiques généralement suivies en la matière, et de la détermination de ses choix démocratiques* »⁹.

Cette proposition du Conseil d'État n'est pas nouvelle quant aux moyens mis en oeuvre (accès d'une autorité indépendante à des informations classifiées) mais elle innove quant à l'objectif poursuivi (contrôle par cette autorité du secret lui-même).

S'agissant des moyens mis en oeuvre pour le contrôle que suggère le rapport de la Haute assemblée, ceux-ci s'appuient, en effet, sur deux précédents directs. D'une part, l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 instituant la CNIL a prévu l'accès de certains membres de la CNIL (magistrats ou anciens magistrats) aux traitements intéressant la défense et son décret d'application du 28 décembre 1979 a institué l'obligation d'habilitation pour les agents de la CNIL apportant leurs concours lors de l'accès à ces traitements classifiés¹⁰. D'autre part, la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des télécommunications a confié à la

5 *Ibid.*, pp. 62-69. On peut simplement regretter que cette description commence par un long rappel du texte du Code pénal issu de l'ordonnance du 4 janvier 1960, qui a été totalement abrogé par les dispositions du livre IV du nouveau Code pénal et que l'analyse de ces nouveaux articles du code pénal actuel soit finalement très succincte (un paragraphe) et porteuse d'une certaine confusion (dans la mesure où il est sous-entendu que les articles 411-6 à 411-8 définissent les informations constitutives d'un secret de défense, alors qu'au contraire, le nouveau code pénal innove par la déconnexion qu'il crée entre le secret de défense et la répression des atteintes aux informations mettant en jeu les « *intérêts fondamentaux de la nation* »).

6 *Ibid.*, pp. 157 et 160.

7 *Ibid.*, p. 143.

8 *Ibid.*, p. 160.

9 *Ibid.*, p. 159.

10 Article 5 du décret n° 79-1160 du 28 décembre 1979, *JORF* du 31 décembre 1979, p. 3331.

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) la prérogative de recevoir communication de toutes les demandes d'interception (article 14) - lesquelles sont obligatoirement classifiées - et a soumis les membres de la commission « *au respect des secrets protégés par les articles 75 et 378 du code pénal* » (article 13), c'est-à-dire au respect du secret de la défense nationale (aujourd'hui défini par l'article 413-9 nCP) et du secret professionnel (nouvel article 226-13 nCP). Même si les modalités juridiques ne sont pas totalement identiques entre les deux cas de figure, il ressort de ces dispositions que la loi a veillé à ce que le secret de défense ne soit pas un obstacle au contrôle de la CNIL et la CNCIS et - plus encore - à ce que ces deux autorités indépendantes puissent accéder directement aux informations classifiées nécessaires à l'accomplissement de leur mission. La proposition du Conseil d'État tire donc simplement les conséquences de ces deux expériences législatives : puisqu'il est avéré aujourd'hui que des membres d'une autorité administrative indépendante peuvent accéder *ès-qualité* à des informations classifiées sans pour autant mettre en danger la sécurité et la confidentialité de celles-ci, rien ne s'oppose à ce que cette méthode soit pas reprise par une nouvelle institution dédiée - justement - au contrôle du secret de défense.

C'est donc bien l'objectif de la nouvelle autorité proposée qui constitue la seule réelle innovation : là où l'accès au secret de défense n'est que l'accessoire de l'action de la CNIL et de la CNCIS ¹¹, il deviendrait l'élément essentiel de l'activité de la nouvelle commission. Celle-ci ne connaîtrait plus du secret à d'autres fins (contrôle de la protection des données nominatives, respect des règles applicables aux interceptions de sécurité) mais bien pour juger de la validité même de ce secret. En d'autres termes, en suivant les propositions du Conseil, le législateur mettrait d'une certaine façon fin à la situation juridique qui prévalait depuis que la loi du 17 juillet 1978 organisant la communication des documents adminis-

tratifs avait volontairement omis de donner à la CADA les mêmes possibilités d'accès au secret de défense qu'il consentait à la CNIL. Permettre à la CADA de connaître les documents classifiés pour juger de leur communicabilité aurait abouti à faire de la CADA une véritable autorité de contrôle du secret de défense (comme elle l'est déjà des autres formes du « *secret administratif* »). Ce que le législateur de 1978 avait refusé à titre principal à la CADA et n'avait autorisé qu'à titre accessoire (au profit et dans le cadre des missions de la CNIL), le Conseil d'État estime donc que l'état du droit et de la société le permet aujourd'hui, voire le rend nécessaire.

1.2. Une « nouvelle médiation » entre secret de défense et transparence administrative

Ce faisant, les rédacteurs du rapport reprennent le diagnostic et les orientations que nous avons développé dès 1994 en concluant notre étude juridique du secret de défense en ces termes : « *nous proposons de confier à une instance administrative indépendante la responsabilité d'apprécier, à la demande du juge, la consistance des secrets de défense mis en cause ou faisant l'objet de procédures juridictionnelles, tant pénales qu'administratives. Cette instance de contrôle devrait être dotée par la loi des pouvoirs les plus étendus lui permettant d'accéder au secret - ainsi que c'est le cas pour certains membres de la CNIL - sans qu'aucune institution publique ne puisse s'y opposer. (...) L'exemple de la création de la CNCIS en matière d'écoutes téléphoniques nous paraît prouver qu'il est possible de mettre en place une telle instance dans des domaines très sensibles. (...) En mettant en oeuvre un tel système de contrôle, notre droit et nos institutions relèveraient le défi de la confrontation des impératifs du secret étatique avec les exigences de la société d'information. Cela concrétiserait l'élan de modernisation juridique entrepris dans ce domaine par le nouveau Code pénal ...* » ¹².

Il importe, en effet, de resituer la nécessité d'un contrôle de l'usage du secret de défense dans le contexte des évolutions socio-politiques et juridiques de notre société qui devient, chaque jour un peu plus, une « *société d'information* ».

¹¹ Encore qu'en ce qui concerne la CNCIS, l'accès au secret de défense constitue une nécessité pratique incontournable, puisque toutes les informations concernant les interceptions de sécurité sont classifiées.

¹² B. Warusfel, Thèse *op. cit.*, pp. 491 et 494.

Sur le plan des comportements socio-politiques, l'usage - légitime dans son principe - du secret de défense par l'État a suscité depuis une vingtaine d'années de nombreuses polémiques, voire certains scandales. Plusieurs dossiers politiques ou judiciaires sensibles ont, notamment révélé l'usage qui pouvait être fait par l'administration du secret de défense pour soustraire à la curiosité de la presse ou de la justice des informations éventuellement compromettantes. Ce fut le cas à l'occasion des poursuites dans l'affaire dite « des micros du Canard enchaîné » (dans laquelle les fonctionnaires de la DST invoquèrent le secret de défense pour échapper aux investigations du juge d'instruction¹³), lors de l'affaire Luchaire en 1986-1987 (classification puis déclassification du rapport Barba), de l'affaire dite des « Irlandais de Vincennes » (classification puis déclassification partielle du rapport Boyé), dans celle du « vrai-faux passeport »¹⁴, ou - plus récemment encore - dans le cadre de l'instruction du dossier relatif aux écoutes de la section anti-terroriste de l'Élysée (refus de témoigner de M. Ménage, puis de M. Bouchet, président de la CNCIS)¹⁵. Par ailleurs, le scandale des « avions renifleurs », découvert en 1984, illustra clairement comment une pratique administrative de « sur-classification » de certains documents a pu permettre le développement d'une grave escroquerie sans qu'aucune instance de contrôle ne puisse s'y opposer (faute de pouvoir exercer efficacement son travail)¹⁶.

Dans la plupart de ces cas, la pression conjuguée des médias et de l'opinion publique a, en quelque sorte, « délégitimé » l'usage du secret de défense¹⁷ et a parfois

conduit le pouvoir politique à décider la levée - partielle ou totale - du secret. Le dernier exemple en date a concerné le dossier dit « Schuller-Maréchal », dans laquelle, le Premier ministre a rapidement décidé de ne pas invoquer le secret qui s'attachait à la réalisation de l'écoute téléphonique contestée, ce qui a conduit la CNCIS à salué cette décision comme « *une utile avancée dans le sens d'un bon usage du secret-défense* »¹⁸.

Mais la proposition du Conseil d'État ne doit pas seulement être considérée comme un écho aux péripéties de l'actualité, elle se situe également dans le prolongement intellectuel de l'importante innovation juridique qu'a introduite le nouveau Code pénal. Comme les travaux parlementaires¹⁹ et les premiers commentateurs l'ont souligné²⁰, la rédaction du nouvel article 413-9 du code pénal a introduit une double nouveauté dans le régime juridique du secret de la défense nationale : d'une part, les secrets de défense sont désormais définis par un critère formel (ceux qui ont fait l'objet de « *mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion* »), d'autre part, le juge pénal est clairement habilité à « *apprécier le bien-fondé de la mesure de classement* »²¹. Rompant ainsi avec la pratique antérieure, cette avancée législative ne peut être interprétée que comme une ouverture vers un meilleur contrôle de l'usage du secret de défense. Et c'est, ni plus ni moins, ce nouveau contrôle

13 Ce dossier donna lieu à un avis du Conseil d'État (CE. Commission spéciale. avis du 19 juillet 1974) et à une décision de la chambre d'accusation (Paris, Chambre d'accusation, 31 mai 1975, n°510/75).

14 Paris. Chambre d'accusation. 27 mai 1987, *Chalier et autres*.

15 Sur les abus de l'usage du secret de défense dans ces différentes affaires judiciaires. cf. notre thèse, *op. cit.*, pp. 354-367.

16 *Ibid.*, pp. 330-338.

17 A titre d'exemple de cette perte de légitimité, on peut relever le récent éditorial d'un grand quotidien intitulé : « *Contre le secret d'État* » à propos des révélations de la presse sur l'ancien ministre Charles Hernu (*Le Monde*, 1er novembre 1996). Cf. notre rubrique « Secret et propriété industrielle » dans ce numéro.

18 Selon la CNCIS, si l'usage du secret de défense « *est pleinement légitime lorsqu'il est conforme à son objet (...)* en revanche, le secret doit pouvoir être levé, comme il l'a été dans l'affaire Schuller-Maréchal, si son maintien n'aurait d'autre justification que de couvrir indûment des agissements dont la révélation publique est utile pour faire respecter l'application loyale de la loi » (Commission nationale des interceptions de sécurité, 4ème rapport d'activité 1995, La documentation française, 1996, pp. 30-31) ; également, sur ce rapport, notre chronique dans cette revue, n° 96/3, pp. 46-48.

19 Cf. notamment, exposé des motifs, *Assemblée nationale*, doc. n°2083, 5 juin 1991, p. 8 ; déclaration de M. Sapin, ministre délégué à la Justice, *Assemblée nationale*, 2ème séance du 7 octobre 1991.

20 Cf. notamment notre thèse, *op. cit.*, pp. 51-55 ; *adde* Bertrand Warusfel, « Une mutation juridique : la nouvelle définition du secret de défense », *Armées d'aujourd'hui*, n° 201, juin 1995, pp. 30-33 ; Marc Guillaume, « Secret de la défense nationale et État de droit », *L'État de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 368 et p. 383.

21 M. Guillaume, *op. cit.*, p. 383.

juridictionnel que permet le code pénal que le Conseil d'État vise à accompagner, puisque le rapport précise bien que l'intervention de la nouvelle commission qu'il propose interviendrait « *y compris en cas de litige devant la juridiction administrative ou judiciaire* ». En d'autres termes, le Conseil imagine - comme nous l'avions proposé (en suivant nous-mêmes les suggestions du Professeur R. Letteron²²) - « *une collaboration de l'autorité indépendante avec le juge* »²³.

II. LE RAPPORT BRAIBANT RECOMMANDE UN ASSOUPPLIS- SEMENT DE LA CLASSIFICATION DES ARCHIVES DE DÉFENSE

Monsieur Guy Braibant, conseiller d'État justement renommé pour sa contribution décisive au droit de la transparence administrative, avait été chargé par le Premier ministre en mars 1995 d'une mission d'étude sur le bilan de l'application de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives. Son rapport, remis en mai 1996 comporte quarante propositions pour « *des archives plus riches (...), plus ouvertes (...), mieux gérées* »²⁴, qui s'appuient sur une analyse juridique de l'application de la loi de 1979. Parmi les préoccupations de ce rapport, on retrouve une interrogation forte sur l'impact en la matière des nouvelles dispositions pénales sur le secret de défense, ce qui débouche sur des propositions d'assouplissement des règles relatives à la classification des archives et à la communication des archives de défense.

2.1. Mettre en harmonie le régime des archives avec le nouveau Code pénal

M. Braibant remarque, tout d'abord, que les décrets relatifs aux archives de défense et des affaires étrangères²⁵, pris en application de la loi du 3 janvier 1979, appliquent le

délai spécial de soixante ans aux seuls documents classifiés au niveau « *Secret défense* » et « *Très secret* »²⁶ alors que l'article 7 de la loi de 1979 dont ils **découlent ne prend comme critère** que le contenu des documents concernés (qui doivent intéresser la sûreté de l'État ou la défense nationale). Cette différentiation entre critère formel et critère matériel ne portait pas à conséquence tant que la définition du secret de défense renvoyait, elle-même, à son contenu (ce que l'on appelait le « *secret par nature* »), mais désormais ce n'est plus le cas et celui-ci n'est défini que par rapport au critère formel de classification. Dès lors, après avoir eu la prudence de préciser que « *la légalité de ces dispositions* [des deux décrets d'application] *n'est pas en cause* », le rapport pose clairement la question de savoir si « *la notion définie par le nouveau code pénal coïncide(..) avec celle que vise l'article 7 de la loi du 3 janvier 1979 ?* »²⁷. Cette question apparaît importante à Guy Braibant dans la mesure où il perçoit une différence juridique entre un dispositif de classification qui repose sur « *une décision discrétionnaire de l'autorité émettrice du document, seule habilitée à déclassifier* » et une loi sur les archives qui « *paraît se référer à des notions objectives* »²⁸, à savoir l'impact de la communication éventuelle sur la défense nationale et la sûreté de l'État. L'une des conséquences pratiques de ce « *décalage* » a trait à « *la date à laquelle le caractère confidentiel du document doit être évalué* »²⁹ : lors de l'émission du document (sauf mesure de déclassification ultérieure) ou à la date de la demande de communication (comme il paraît résulter de l'esprit de la loi de 1979) ? Une autre conséquence de l'imprécision, voire de la contrariété des textes, est qu'il arrive que « *les services producteurs opposent le délai de 60 ans pour des documents déclassifiés* », mais pour le rapporteur, « *l'imprécision des textes ne permet pas de trancher la question de la légalité de telles pratiques* »³⁰ renvoyant la solution du problème éventuel au

22 Roseline Letteron. *L'administré et le droit à l'information*, thèse. Université Paris X. 1987, pp. 568-569.

23 B. Warusfel, thèse, *op. cit.*, p. 490.

24 G. Braibant, *op. cit.*, pp. 123-127.

25 Décret n° 79-1035 du 3 décembre 1979 sur les archives de défense (J.O.R.F. du 5 décembre 1979, pp. 3055 et s.) ; décret n° 80-975 du 1er décembre 1980 sur les archives diplomatiques.

26 Article 6 du décret n° 79-1035 et article 8 du décret n° 80-975.

27 G. Braibant, *op. cit.*, p. 53.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Ibid., p. 58.

développement de « la déclassification sélective »³¹.

Plus profondément encore, le rapport Braibant s'interroge sur l'élargissement philosophique auquel a procédé le nouveau Code pénal en mettant en avant les « *intérêts fondamentaux de la nation* » qui remplacent et englobent les concepts traditionnels de sûreté de l'État et de défense nationale, auxquels se réfère toujours la loi de 1979 sur les archives. Plutôt que d'envisager le remplacement pur et simple de ces concepts par celui du nouveau code pénal, Guy Braibant propose de « *conserver dans la loi une définition plus limitative et plus précise des intérêts publics protégés* », ce qui le conduit à n'envisager qu'une extension limitée à deux sujets nouveaux : la politique extérieure (qui est généralement connexe à la défense, comme par exemple dans l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978) et « *la sécurité physique des personnes* »³², à condition toutefois que la loi précise bien que ces nouvelles exceptions devraient être appréciées à la date de la demande de communication (ce qu'il envisage possible de préciser, par une formulation qui, par exemple, ne couvrirait que les documents « *dont la communication serait susceptible de porter atteinte à la conduite de la politique extérieure* »³³).

2.2. Assouplir les règles de communication des archives intéressant la défense

Parallèlement à cette confrontation avec le nouveau Code pénal, Guy Braibant a voulu que son rapport prenne aussi en compte l'évolution de l'opinion qui ressent, face aux procédures actuelles en matière d'archives « *un sentiment d'arbitraire et d'inégalité* »³⁴ et qui transforme ce sujet en « *un enjeu sensible qui a fait récemment de polémiques* »³⁵. Le rapport fait d'abord allusion, ici à la controverse juridique qu'a provoqué l'arrêt *Jobez* d'avril 1994 qui a établi indirectement l'illégalité de la disposition du décret de 1980 sur les archives diplomatiques étendant le délai de

soixante ans aux documents mettant en cause les négociations financières et commerciales avec l'étranger³⁶. Mais il vise aussi les critiques très sévères formulées par certains chercheurs ou documentalistes à l'encontre du système instauré par la loi de 1979, lequel constituerait - selon un ouvrage révélateur de cet état d'esprit - « *une enclave de totalitarisme dans notre espace démocratique* »³⁷ et « *un instrument de ce pouvoir diffus, obscur, mais combien réel ! de l'État sur l'historien* », tout cela justifiant « *l'engagement dans la bataille éthique et politique pour l'ouverture des archives* »³⁸.

Parmi les quarante propositions du rapport, l'on retrouve donc à la fois ce souci (revendiqué par M. Braibant) de la transparence³⁹ et la volonté de trouver une issue aux contradictions juridiques (voire aux illégalités) actuelles du système. Cela le conduit, notamment, à recommander la réduction à vingt-cinq ans du délai de communication normal des archives publiques et l'abrogation des dispositions reconnues illégales par le Conseil d'État dans les décrets organisant les délais spéciaux⁴⁰. Mais s'agissant particulièrement de la question des archives de défense et de la conservation des documents classifiés, le rapport formule trois propositions.

La plus significative est, sans doute, la proposition 19 de « *réduire à 50 ans le délai spécial de protection des documents dont la communication serait susceptible de porter atteinte à certains intérêts publics* »⁴¹. Elle est équilibrée - d'une certaine façon - par la proposition 21 qui conduirait à « *réserver pour une durée indéterminée la communication de documents techniques relatifs aux armements nucléaires* », ce qui se comprend aisément dans une logique de non-prolifération (et qui permettrait à la

31 *Ibid.*, p. 59.

32 *Ibid.*, p. 65.

33 *Ibid.*, p. 66.

34 Interview de M. G. Braibant. *Le Monde*, 22 juin 1996.

35 Rapport Braibant. *op. cit.*, p. 47.

36 CE, sect., 8 avril 1994, Min. des affaires étrangères c./ Jobez, concl. Denis-Linton, *JCP Adm*, février 1995.

37 Sonia Combe, *Archives interdites - Les peurs françaises face à l'histoire contemporaine*, Albin Michel, 1994, p. 27.

38 *Ibid.*, p. 321.

39 « *Le défi, c'est la transparence, et la transparence, c'est une culture* », (entretien *Le Monde*, *op. cit.*).

40 Propositions 16 et 17, G. Braibant, *op. cit.*, p. 124.

41 Proposition 19, *Ibid.*

fois, de déclassifier à tout moment des informations devenues totalement inoffensives, toute en pouvant conserver au-delà des cinquante années certaines données essentielles à la compréhension des phénomènes nucléaires militaires). Mais l'apport de la proposition 19 réside également dans le fait que, pour M. Braibant cette réduction du délai spécial se ferait « *en précisant le champ des intérêts protégés : sûreté de l'état, sécurité physique des personnes, secret de la défense nationale, conduite de la politique extérieure* » et que « *l'atteinte susceptible d'être portée à ces intérêts serait appréciée à la date de la demande de consultation* ». Par là, la nouvelle loi sur les archives réduirait incontestablement le pouvoir discrétionnaire de l'administration lors des décisions de classification et des demandes de communication. Et, sans y faire explicitement référence dans ses propositions, Guy Braibant signale, dans le corps de son étude, qu'il confierait bien aussi à une autorité administrative indépendante le soin de veiller à ce cantonnement du pouvoir de l'administration : « *il faudrait à tout le moins que la CADA soit chargée de définir de façon objective le champ d'application des délais (notion de vie privée, de sûreté de l'État, etc.). (...)* »⁴².

Enfin, et logiquement, la proposition 20 invite le législateur et les autorités réglementaires à « *préciser la manière dont l'application du délai de 50 ans aux documents protégés par le secret de la défense nationale s'articule avec les dispositions organisant la classification de ces documents* »⁴³. En d'autres termes, M. Braibant estime que les risques de contrariété entre les règles applicables à la protection du secret de défense depuis le nouveau code pénal, et celles s'appliquant aux archives doivent être évacués par une nouvelle rédaction des textes et par l'adoption de règles de déclassification.

III. L'ABANDON D'UNE APPROCHE CONSERVATRICE QUI DISSIMULAIT DES CONTRADICTIONS

Les propositions contenues dans ces deux rapports publiés quasiment concomitamment vont clairement dans la même direction : adapter le secret de défense à la nouvelle conjoncture juridique et politique contemporaine en assouplissant la rigueur de son régime juridique et en renforçant son contrôle par la voie d'autorités administratives indépendantes.

Ce faisant, le Conseil d'État (directement, ou par la voie d'un de ses présidents de section, M. Braibant) abandonne subitement l'approche conservatrice qui a longtemps dominé le sujet et dont un récent article (qui plus est, publié dans les *Mélanges Braibant* !) donnait encore il y a quelques mois une formulation très achevée⁴⁴.

Dans cet article - paru peu avant la publication du rapport du Conseil - M. Marc Guillaume, maître des requêtes au Conseil d'État détaché au ministère de la Défense, réfutait catégoriquement toute forme d'extension du contrôle du secret de défense, non seulement par le juge mais également par une autorité indépendante, car « *ce bouleversement remettrait en cause la nature même du secret de la défense nationale (...)* Il en va ainsi tant à l'égard des juges que d'une éventuelle autorité administrative indépendante »⁴⁵. Pour aboutir à une telle conclusion - aujourd'hui largement démentie par le rapport du Conseil - M. Guillaume suivait un raisonnement en deux temps : « *1°) Le juge ne doit pas pouvoir accéder au contenu du secret (...)* 2°) *Le contrôle du juge ne doit pas vider de sens l'interdiction d'accès au secret* »⁴⁶. En analysant successivement les deux étapes de cette démonstration classique, il nous paraît possible de montrer en quoi celle-ci péchait, en réalité, par certaines contradictions internes que les nouvelles propositions du Conseil d'État vise justement à dépasser.

42 *Ibid.*, p. 77.

43 Proposition 20. *Ibid.*, p. 125.

44 Marc Guillaume, *op. cit.*, pp. 365-388.

45 *Ibid.*, p. 382.

46 *Ibid.*, pp. 382 et 383.

3.1. Le refus d'accès du juge au secret de défense

Pour M. Guillaume, la confidentialité qui s'attache au contenu du secret de défense implique que l'État doit refuser aux juges (judiciaires ou administratifs) qu'ils puissent en prendre connaissance. Il s'appuie en cela sur la jurisprudence *Coulon*⁴⁷ applicable aux juridictions administratives et sur les principes établis par l'avis du Conseil d'État du 19 juillet 1974 selon lequel toute juridiction ne peut que prendre acte d'un refus de communication d'un secret de défense.

Par ces deux décisions (l'une de nature contentieuse, l'autre prise en formation consultative), le Conseil a, en effet, avalisé, la pratique classique de l'État devant toutes les juridictions qui consiste à refuser au juge l'accès au contenu du secret. Il a été suivi, ensuite, en ce qui concerne la juridiction pénale, par les deux arrêts de la chambre d'accusation de Paris de 1975 et de 1987 (l'un concernant l'affaire des micros du Canard enchaîné, l'autre celle du « vrai-faux passeport ») allant dans le même sens.

Pour autant, ce refus d'accès du juge au secret de défense n'a jamais été plus qu'une simple construction jurisprudentielle (et donc, par nature, évolutive) sans aucune réelle base légale. Au contraire, la nouvelle consécration par le code pénal du pouvoir d'appréciation du juge répressif va nettement à l'encontre du maintien de cette position de la jurisprudence qui, en matière pénale, n'a d'ailleurs jamais été confirmée par la juridiction suprême, la Cour de cassation.

De plus, les deux arrêts de la chambre d'accusation de Paris déjà cités (et rendus, l'un et l'autre dans le climat d'affaires très politiques) n'ont fait que refuser à un juge d'instruction le pouvoir de contester le secret de défense invoqué par un ministre, sans pour autant affirmer directement qu'il est par nature interdit au juge de connaître du secret de défense lorsqu'il a en sanctionner la violation. Au contraire, la doctrine a généralement été convaincue de la nécessité pour le juge pénal de pouvoir

accéder au secret lorsque celui-ci est l'objet même de l'infraction. Le commissaire du gouvernement Grévisse affirmait lui-même dans ses conclusions sous l'arrêt *Coulon* qu'« *il existe naturellement des juridictions qui peuvent recevoir communication de secrets de la défense nationale, ce sont les juridictions chargées de punir ceux qui les ont divulgués (...) C'est d'ailleurs pourquoi l'article 78-4° du Code pénal tient pour secrets de la défense nationale les débats devant ces juridictions* »⁴⁸. Et un autre auteur faisait remarquer, à ce même propos qu'à son avis « *la connaissance de toutes les pièces relatives au dossier, est indispensable au jugement de l'affaire car, ici, l'inculpé risque sa vie, sa liberté ou son honneur* »⁴⁹.

De même, en matière de justice administrative, on ne peut pas ignorer que, depuis l'arrêt *Coulon* de 1955 et les quelques décisions qui l'ont confirmé, est notamment intervenue la loi du 17 juillet 1978 instituant le principe de la communication des documents administratifs et que, dans le cadre de l'application de cette loi, la juridiction administrative est devenue - par-delà la CADA - le juge de droit commun de la légalité des différentes formes du secret administratif. Il y a donc, dans ce domaine également, des raisons de penser que les solutions jurisprudentielles retenues à la fin des années cinquante ne sont plus automatiquement pertinentes et adaptées au nouvel environnement juridique contemporain.

Qui plus est, l'un des principaux arguments invoqués à l'époque par le commissaire du gouvernement pour convaincre le Conseil d'État de refuser l'accès du juge au secret, à savoir le respect du principe du contradictoire (qui aurait pu être affecté par la transmission au juge d'une pièce secrète non communicable à l'autre partie)⁵⁰ ne vaut plus depuis l'arrêt *Banque de France*

48 Conclusions Grévisse, *R.D.P.*, 1955, p. 1007.

49 A. du Cheyron, « Les secrets de la défense nationale », in Y. Loussouarn & P. Lagarde (dir.) *L'information en droit privé - Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 570.

50 Cf. Olivier Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, pp. 173 et 174.

47 CE. Ass. 11 mars 1955. Secrétaire d'État à la guerre c/ Coulon. *D.* 1955.

c/ Huberschwiller de 1988⁵¹. En effet - même si cet arrêt a pris la précaution de ne pas étendre son principe aux « *secrets protégés par la loi* » (au rang desquels figure le secret de défense) - cette jurisprudence affirme que la communication au seul juge d'une pièce non communiquée à l'autre partie dans le seul but d'apprécier la pertinence du secret invoqué par l'administration ne porte pas atteinte au principe du contradictoire⁵². Dès lors, l'élargissement futur de l'application de cette jurisprudence au domaine du secret de défense ne remettrait pas en cause les principes du contentieux administratif.

3.2. Les limites du contrôle exercé par le juge

Tout en refusant d'envisager la possibilité pour une juridiction d'accéder au contenu d'un secret, même dans le cas où elle a à en sanctionner la violation, M. Marc Guillaume rappelle cependant la position traditionnelle de la Cour de cassation selon laquelle le juge répressif conserve toujours « *une souveraine liberté de décision sur le caractère secret du document* »⁵³. Plutôt que de voir là l'un des paradoxes (voire l'une des contradictions) essentiels de l'approche jurisprudentielle classique en la matière (comment se peut-il que le juge puisse souverainement décider du caractère d'une chose à laquelle il n'a pas accès ?), il préfère y voir simplement « *un contrôle des juges ne portant pas atteinte au secret de la défense nationale* »⁵⁴.

Or, nous savons quelle est la réalité de ce soi-disant contrôle juridictionnel respectueux du secret. Cela consiste pour la juridiction chargée de prendre partie sur le caractère secret d'une information (et, le cas échéant, d'en tirer les conséquences en termes de sanction pénale) à requérir l'avis technique du gouvernement qui - par la voie du Secrétariat général de la défense nationale - lui fera connaître les arguments

qui justifient, le cas échéant, que l'information en question soit qualifiée secret de la défense nationale. Certes, là encore, la jurisprudence traditionnelle affirme que le juge demeure entièrement libre de ne pas suivre l'avis gouvernemental⁵⁵ mais, à nouveau, cette affirmation débouche sur une contradiction : comment concevoir juridiquement que, dans un cas (celui d'une poursuite pour violation du secret), le juge puisse ne pas suivre un avis gouvernemental concluant au caractère secret d'une information, alors que, dans un autre cas (secret de défense invoqué pour refuser au juge la production d'une pièce ou la communication d'une information) la Chambre d'accusation et le Conseil d'État refuse au juge le droit de contester la décision gouvernementale ?

De plus, si en matière de répression des atteintes au secret, le juge pénal avait toute liberté pour ne pas suivre l'avis gouvernemental, son refus de considérer une information comme secrète devrait constituer une forme de « *déclassification judiciaire* », or, en pratique, il n'en est rien, le gouvernement se réservant de continuer à conserver secrète et classifiée une information ou un document dont la justice a décidé de ne pas sanctionner pénalement la violation. Il faut donc considérer qu'en contradiction avec les principes abstraits reconnus par la jurisprudence classique en la matière, le contrôle par le juge pénal - tout comme par le juge administratif - sur la nature secrète d'une information faisant l'objet d'un litige est généralement resté un contrôle fictif dans lequel le juge - lorsqu'il ne pouvait pas accéder à l'objet même du secret - devait se contenter de suivre les décisions gouvernementales.

C'est de cette situation gravement anormale (au regard notamment du principe de séparation des pouvoirs, qui veut que le pouvoir judiciaire puisse juger en toute indépendance par rapport au pouvoir exécutif) que le texte du nouveau code pénal a voulu définitivement se démarquer en affirmant explicitement que si le juge doit prendre en compte les décisions administratives de classification⁵⁶, il a l'obligation de vérifier avant de prononcer

51 CE, 16 juin 1988. Banque de France c/ M. Huberschwiller. Conclusions Daël. *RFDA*, novembre - décembre 1989, pp. 973 à 984.

52 Cette nouvelle position de principe du Conseil d'État a été très largement approuvée par la doctrine, cf. notamment René Chapus. *Droit du contentieux administratif*. Montchrestien. 1993, p. 611.

53 M. Guillaume. *op.cit.*, p. 371.

54 *Ibid.*, p. 369.

55 Cf. B. Warusfel, thèse, *op. cit.*, pp. 451 à 454.

56 Article 413-9 nCP, 1er alinéa.

toute sanction si la mesure de classification concernée est appropriée⁵⁷, ce qui implique nécessairement que, d'une manière fiable et non partielle, il puisse s'assurer de ce que le contenu de l'information protégée est bien de nature à justifier cette classification.

Cette exigence désormais explicite d'un contrôle juridictionnel du contenu du secret est d'ailleurs conforme à la jurisprudence internationale, car si M. Guillaume a raison lorsqu'il souligne que les différentes juridictions supranationales et particulièrement européennes respectent le droit des États à protéger leurs secrets⁵⁸, il ne précise pas que la décision *Leander* de la Cour européenne des droits de l'homme a mis justement comme condition à la légalité de l'usage du secret de défense l'existence d'un contrôle indépendant (qu'il soit de nature parlementaire ou juridictionnel)⁵⁹.

Dès lors, la question n'est plus de savoir s'il faut empêcher que ce contrôle ait lieu, mais plutôt de se préoccuper des modalités de son organisation. En renvoyant - comme nous l'avons nous-mêmes proposé - la charge d'effectuer ce contrôle à une autorité administrative indépendante, le rapport du Conseil d'État (et dans une moindre mesure, celui de M. Braibant qui prône - en ce qui concerne les archives - une extension des compétences de la CADA) tente simplement de promouvoir une solution intermédiaire qui, tout en satisfaisant aux exigences d'indépendance qu'exige l'État de droit, éviterait de jeter brutalement et sans garanties les secrets de la défense nationale au coeur du système judiciaire, dont on sait qu'il est actuellement en pleine ébullition et confronté lui-même à de difficiles questions de protection du secret de l'instruction. Il nous paraît que ces propositions sont sages dans leurs modalités tout en étant suffisamment audacieuses sur le fond. Elles justifient que l'on abandonne les démonstrations juridiques conservatrices, souvent brillantes mais toujours paradoxales, qui visaient à faire croire - au risque d'une certaine hypocrisie - que « rien ne vient démontrer que l'équilibre actuel

entre État de droit et secret de défense nationale n'est pas satisfaisant »⁶⁰.

Au contraire, de nombreuses « affaires » dommageables pour l'image de l'État et la crédibilité de la défense nationale, ont fait que - comme le rappelait le Professeur Catala - « [certains] secrets paraissent moins bien reçus par le corps social, tel le secret défense qui éveille les soupçons de l'opinion lorsqu'il paraît invoqué à des fins politiques »⁶¹ ou que certains parlementaires (difficilement soupçonnables de méconnaître les intérêts de sécurité nationale) ont pu se prononcer publiquement pour le contrôle de l'usage du secret de défense⁶² voire contre l'utilisation du secret de défense en vue d'entraver les procédures judiciaires⁶³.

Dans ce contexte, assouplir les règles pratiques qui gouvernent le secret de défense (en mettant, notamment en oeuvre, comme le préconise Guy Braibant des procédures de déclassification systématique) et organiser un mode non conflictuel de contrôle du contenu de ce secret sont certainement des mesures d'intérêt public, car - pour reprendre la formule du Professeur Carcassonne (à propos du contrôle de l'usage des fonds secrets) - « ce que tout gouvernement y perdra à court terme en facilités, il le regagnera vite, et au-delà, en tranquillité, l'État en respectabilité, la démocratie en authenticité. »⁶⁴

B. W.

57 Article 413-9 nCP, 2ème alinéa.

58 M. Guillaume, *op. cit.*, p. 374.

59 CEDH, 26 mars 1987, *Affaire Leander c/ Suède*. Cf. B. Warusfel, thèse, *op. cit.*, p. 479.

60 M. Guillaume, *op. cit.*, p. 383.

61 Pierre Catala, « Le marché de l'information - aspects juridiques », *Les Petites Affiches*, 16 octobre 1995, n° 124, p. 9.

62 Proposition de loi (déposée par M. J. Thyraud) tendant à remédier à l'usage abusif du secret de défense, *Sénat*, doc n° 32, 1ère session ordinaire 1985 - 1986, séance du 15 octobre 1985.

63 Cf. la lettre du député Alain Marsaud au Garde des Sceaux, citée in *Le Monde*, 2. février 1996.

64 Guy Carcassonne, *Le Point*, 4 novembre 1995, p. 23.