



Prépublication sur <http://www.afdsd.fr/activites/textes-du-forum-de-recherches-sur-le-renseignement-conference-debat-du-25-juin-2020/>

## **La judiciarisation du renseignement**

par Pascal FOURRE,

***Avocat général à la Cour d'appel de Paris***

## **FORUM DE RECHERCHE DE L'AFDSD**

### **Le renseignement de sécurité et de défense**

#### ***« La judiciarisation du renseignement »***

La question de la judiciarisation du renseignement constitue une problématique complexe et sensible, source de controverses récurrentes, dont l'appréhension ne saurait se limiter au seul examen des voies et processus permettant d'exploiter les informations recueillies par les services spécialisés aux fins d'orientation des investigations et/ou d'administration de la preuve dans le cadre de la procédure judiciaire.

Elle renvoie, en effet, à des questionnements de principe et à des enjeux stratégiques tenant à la place de la « fonction renseignement » au sein de l'Etat de droit et aux équilibres que gage, dans notre démocratie avancée, le secret de la défense nationale.

En effet, avant que d'aborder plus précisément et concrètement, au plan « technique », la question de la judiciarisation du renseignement, il y a lieu, dans une dimension plus générale, dans le souci de contextualiser notre réflexion sur ce point particulier et ainsi d'enrichir nos échanges à venir, d'appréhender, certes très schématiquement dans cet « avant-propos », pour quelles raisons :

→ Il n'y a pas lieu d'opposer le renseignement à l'Etat de droit ;

→ le secret constitue le point d'équilibre nécessaire à la défense des intérêts fondamentaux de la nation.

#### **1. Il n'a pas lieu d'opposer le renseignement à l'Etat de droit.**

Le renseignement œuvre, en effet, à la défense de l'Etat de droit et au cœur de celui-ci.

Les activités de renseignement relèvent ainsi, à part entière, du fonctionnement régulier des pouvoirs publics et assurent une mission essentielle d'aide à la décision des autorités supérieures légitimes.

Par la polyvalence de leurs savoir-faire et moyens, les services de renseignement apportent une aide quotidienne à la décision des plus hautes autorités de l'Etat en charge de garantir la sécurité du pays, de préserver les intérêts fondamentaux de la nation et d'assurer la pérennité de la communauté nationale.

Aussi, les missions de renseignement et l'Etat de droit ne sauraient être valablement opposés, les premières constituant en réalité un « outil d'intérêt public » stratégique et essentiel voué au service des institutions démocratiques pour permettre à celles-ci de se prémunir et de lutter contre toutes les formes d'entreprises et de périls qui menacent leur sécurité et leur pérennité.

Dans une démocratie avancée, caractérisée par le référentiel éthique qui commande à l'organisation et à l'exercice du pouvoir, l'action des services de renseignement ne saurait en effet se concevoir hors du champ général de l'Etat de droit.

La Loi, constituant le fondement et les limites de leurs activités, doit ainsi parvenir à concilier, sur des lignes d'équilibres, certes débattues, parfois âprement, et toujours perfectibles, les principes éthiques de notre République et des impératifs spécifiques qui sont consubstantiels aux activités de renseignement.

Même si, par tradition historique, les missions de renseignement procèdent de l'exercice des prérogatives de souveraineté et de puissance publique dévolues aux autorités gouvernementales et que le secret est consubstantiel à leur essence, cette conciliation a, en effet, toujours existé.

Contrairement aux discours convenus, les services n'ont ainsi jamais été un « trou noir » au plan juridique et faisaient, dès avant les évolutions institutionnelles et normatives majeures intervenues récemment, l'objet de contrôles internes et externes.

Pour n'évoquer cursivement que ces derniers, les plus essentiels en termes d'équilibres démocratiques et de lisibilité pour nos concitoyens, il convient de rappeler que l'emploi des fonds dits « spéciaux » est vérifié, depuis 1945, par une commission spécifique et que les activités des services spécialisés relèvent depuis de nombreuses années, selon leur nature, de dispositifs légaux d'autorisation et/ou de contrôle dont la responsabilité de la mise en œuvre est dévolue à diverses autorités administratives indépendantes : la CNIL depuis 1978, la CNCIS depuis 1991 et la CCSDN depuis 1998 (1).

Toutefois, l'émergence de fortes exigences d'équité et de justice qui caractérise l'évolution de nos démocraties avancées commandait de moderniser le fonctionnement de nos institutions républicaines en ce domaine.

C'est pourquoi, dans la même logique de conciliation, les autorités publiques, répondant en cela - il y a lieu ici de le mettre en exergue - à de fortes attentes exprimées par les services et leurs personnels aspirant à une reconnaissance de leurs missions et à un renforcement des garanties juridiques attachées à l'exercice de celles-ci, ont décidé d'engager un processus de légitimation et d'intégration formelle et lisible du concept et du métier du renseignement dans l'espace public et l'Etat de droit.

Avec pour postulat que cette intégration ne devait plus, comme précédemment, être suscitée par une approche dogmatique reposant sur un présupposé de suspicion à l'égard des activités de renseignement, mais, à l'inverse, être fondée sur une volonté claire de reconnaître leur caractère de « service public » et leur rôle fondamental dans la protection des intérêts fondamentaux de la nation.

Cette nouvelle approche avait donc pour vocation à se traduire au travers d'un nouveau cadre de légalité et d'outils de contrôle démocratiques précisément adaptés à la spécificité des activités de renseignement qui devaient permettre de répondre à la fois aux exigences rigoureuses de l'Etat de droit et aux nécessités attachées à la préservation des capacités opérationnelles des services tenant pour l'essentiel à la protection de leurs sources, capacités, « savoir-faire » et modes opératoires sans lesquels leur action ne pourrait se concevoir.

(1) Au terme de diverses réformes, la CVFS est aujourd'hui une formation restreinte de la délégation parlementaire au renseignement – DPR et la CNCIS, en charge de l'autorisation et du contrôle de interceptions administratives, s'est vue substituer, par la loi du 24 juillet 2015, la CNCTR, nouvelle AAI aux attributions et prérogatives élargies à l'ensemble des techniques de recueil du renseignement.

Aussi, les évolutions législatives qui sont successivement intervenues au cours des 20 dernières années ont-elles progressivement permis d'inscrire la fonction renseignement dans le fonctionnement régulier des institutions républicaines.

Au-delà des aménagements législatifs ponctuels opérés successivement « à la marge » au cours des années 2000, notamment dans le cadre de différentes lois de programmation militaire et d'orientation pour la sécurité, essentiellement dans le souci de renforcer la sécurité juridique des agents de renseignement dans le cadre de l'exercice de leurs missions légitimes, l'instauration d'un organe de suivi parlementaire des activités des services spécialisés en 2017 (2) a constitué la première étape fondatrice de ce processus de légitimation et d'intégration et placé la France au niveau des autres grandes démocraties occidentales qui possèdent des dispositifs d'information de leurs représentations nationales.

Dans la même perspective, les conclusions du livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008 ont, au plan doctrinal, parachevé ce processus de légitimation et d'intégration en consacrant la fonction « connaissance – anticipation » comme l'une des fonctions stratégiques contribuant à la sécurité et à la défense du pays et gageant son indépendance en assurant la liberté et la souveraineté de ses décisions.

Consécutivement, l'intégration formelle des activités de renseignement au sein du fonctionnement régulier des pouvoirs publics et du corpus de l'Etat de droit a été plus spécialement consacrée :

- Au plan institutionnel, par le décret n° 2009-1657 du 24 décembre 2009 relatif au conseil de défense et de sécurité nationale et au secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale. Ce texte a défini les missions du conseil national du renseignement et le rôle du coordonnateur national du renseignement et inscrit, en tant que telle, dans le droit positif, la communauté française du renseignement ;

(2) Loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 créant la délégation parlementaire au renseignement.

- Au plan normatif, par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, texte fondateur de portée historique, fixant, pour la première fois, par un dispositif législatif dédié, global et cohérent, les principes et finalités de la politique publique du renseignement et le cadre juridique des missions des services spécialisés ainsi que leurs conditions d'exercice et leurs modalités de contrôle.

Si la philosophie qui anime cette mutation globale et inexorable, sonnante à juste titre le glas d'une certaine raison d'Etat, ne saurait en aucune manière être contestée, celle-ci n'en emporte pas moins des effets induits aux conséquences préoccupantes pour la défense légitime des intérêts collectifs supérieurs.

La modernisation des sociétés contemporaines est, en effet, marquée par une conception plus morale et éthique de l'autorité et du pouvoir qui emporte, à juste titre, des exigences accrues de transparence et de contrôle du fonctionnement et des activités des autorités publiques.

Les évolutions sociétales portées par de telles exigences ne peuvent que renvoyer au débat sur la nécessité pour les services de disposer d'une protection juridique au titre du secret, secret dont la frontière et le principe même relèvent d'un véritable débat de société dont la sensibilité n'est plus à démontrer.

## **2. Le secret constitue le point d'équilibre nécessaire à la défense des intérêts fondamentaux de notre pays.**

L'évolution de la société vers plus de transparence conduit à relativiser voire à remettre en cause la nécessité du secret dans les affaires de l'Etat.

Lorsqu'elle confine à un véritable dogme, cette exigence de transparence est de nature à fragiliser les capacités régaliennes qui assurent la défense des intérêts collectifs supérieurs. Le mieux, sans discernement, peut alors s'avérer être l'ennemi du bien.

C'est pourquoi, quelle que soit l'exigence justifiée de transparence dans la gestion de la sphère publique, la nécessité de tenir secrètes les informations dont la divulgation serait de nature à nuire gravement aux intérêts fondamentaux de la nation et à la pérennité de la communauté nationale doit toujours être prise en considération.

Face aux aspirations absolues de transparence qui se font jour, le maintien de la capacité à opposer l'exception du secret au titre de l'intérêt général apparaît désormais conditionner l'efficacité voire l'existence même des missions relevant de la défense des intérêts supérieurs de la nation.

Sauf à priver progressivement de leur raison d'être et des moyens de leurs missions les outils les plus régaliens dont dispose l'Etat, celles-ci ne peuvent, en effet, valablement être conduites si la sécurité des méthodes et modes opératoires employées et des personnels engagés n'est pas garantie.

Aucune communauté ne peut, en effet, prétendre survivre si ceux qui en ont la responsabilité ne disposent pas des moyens de garder secrètes certaines informations dont la divulgation serait de nature à fragiliser sa pérennité.

C'est donc l'intérêt collectif supérieur, qui transcende les intérêts particuliers ou privés, qui fonde la légitimité du secret de la défense nationale.

Paradigme des secrets tenant à l'intérêt public, le secret de la défense nationale répond à l'exigence, pour une société complexe, d'assurer son devenir et sa sécurité face à des menaces polymorphes.

Naturellement, par principe, le secret ne saurait constituer un blanc-seing. Il ne doit donc pouvoir être excipé que dans des conditions elles-mêmes définies par la loi, conditions dont la mise en œuvre doit faire l'objet d'un contrôle indépendant.

C'est pourquoi, l'adaptation du dispositif légal et réglementaire assurant la protection du secret de la défense nationale constitue un enjeu central et prioritaire.

Ce débat complexe et des plus sensibles touche à l'essence de nos démocraties et aux confins des possibilités de conciliation entre les spécificités du renseignement et l'Etat de droit dont l'éthique se trouve désormais largement fondée sur des aspirations sans cesse renforcées de transparence.

Les dispositions législatives et réglementaires attachées à la protection du secret se trouvent ainsi au cœur de l'architecture des institutions démocratiques et constituent, selon l'approche privilégiée, un point d'équilibre ou un point de rupture du fonctionnement de celles-ci.

Lorsqu'il s'agit d'apporter le concours du renseignement à la procédure judiciaire, c'est-à-dire de « judiciariser » celui-ci, le secret constitue précisément ce point d'équilibre ou de rupture.

### **3. La « judiciarisation » du renseignement.**

Ce vocable doit, à titre liminaire, être précisé, pour déterminer le périmètre exact de notre réflexion.

Il peut, en effet, recouvrir deux réalités diamétralement opposées.

→ L'une, péjorative et source de préoccupations, lorsqu'il renvoie à une démarche de mise en transparence systématique, c'est-à-dire sans discernement ni limites, en particulier par le jeu de l'impérialisme judiciaire, du champ d'activité des services de renseignement.

La « judiciarisation » s'inscrit alors dans une logique d'opposition voire de rupture au plan institutionnel et constitue un réel péril pour la continuité de leurs missions et ainsi, dans un monde qui apparaît chaque jour plus incertain, pour la pérennité des équilibres démocratiques et de la communauté nationale.

Dans ce contexte, les services et leurs personnels se trouvent en effet soumis, dans le cadre de l'exercice régulier de leurs missions légitimes, à un aléa « juridico-judiciaire » et donc à un risque d'exposition, de mise en cause et de publicité constant qui est antinomique avec la nature de leurs activités et qui représente, à terme, une source de fragilisation fondamentale de leurs capacités opérationnelles.

→ L'autre, au centre de notre réflexion de ce jour, s'inscrit dans la logique vertueuse de dialogue apaisé entre les institutions et de conciliation démocratique précédemment évoquée et s'attache aux modes et voies selon lesquelles les activités légitimes des services spécialisés de renseignement peuvent contribuer aux missions de valeur constitutionnelle dévolues à l'Autorité judiciaire.

Dans ce second cas, qui nous intéresse aujourd'hui, il est alors préférable de parler de traitement judiciaire du renseignement ou des modalités d'exploitation des informations recueillies par les services spécialisés dans le cadre de la procédure judiciaire.



Ce préalable sémantique étant réglé, il n'en demeure pas moins que les mécanismes qui peuvent présider à la judiciarisation du renseignement s'avèrent complexes à mettre en œuvre en raison de la nécessité, consubstantielle au métier du renseignement, de protéger de toute publicité certaines informations qui conditionnent l'efficacité et l'existence même des activités qui en relèvent.

### **3.1. La judiciarisation du renseignement constitue une équation complexe.**

De fait, les exigences qui commandent aux missions de renseignement et les principes qui président au procès pénal apparaissent *a priori* antinomiques.

A ce stade, il convient, de façon très schématique, de rappeler que les principes du contradictoire et de la publicité des débats et les règles d'administration de la preuve exigent que chaque élément à charge puisse être connu et discuté, le plus souvent publiquement, par la défense dont la première - et légitime - démarche est de vérifier les conditions de recueil des éléments mis en avant par l'accusation.

Or, aucune activité de renseignement ne saurait se concevoir si les conditions et modalités de recueil du renseignement se trouvent mises en transparence, c'est-à-dire si ses sources qu'elles soient humaines, techniques ou opérationnelles et ses savoir-faire et modes opératoires sont dévoilés.

Les règles du procès pénal qui conduiraient mécaniquement à dévoiler ces sources et modes opératoires sont donc intrinsèquement incompatibles avec la logique qui préside aux missions de renseignement, au surplus, rappelons-le, protégées au titre du secret de la défense nationale.

On imagine donc mal que les renseignements recueillis par les services puissent « nourrir » directement, sans « aucun filtre », des investigations judiciaires au risque de mettre très rapidement en péril la sécurité des sources et modes opératoires et, par là même, l'efficacité et, à terme, la pérennité des missions de renseignement.

Sauf, naturellement, à envisager de pouvoir opposer systématiquement le secret à toute demande de la défense visant à déterminer l'origine exacte et la régularité des conditions de recueil des informations invoquées au soutien de l'accusation.

L'on perçoit immédiatement les limites de cette dernière perspective qui n'apparaît ni réaliste ni, surtout, compatible avec l'exercice régulier de la Justice. Elle serait source de controverses et de neutralisation du cours de la procédure et donnerait, en tout état de cause, l'image d'un procès « tronqué » voire d'une « justice d'exception » en ne satisfaisant pas aux principes et règles assurant le contradictoire et la transparence du débat pénal qui constituent les marqueurs de la Justice dans toute démocratie avancée.

Doit-on pour autant considérer que les logiques du renseignement et de la Justice sont totalement et définitivement inconciliables ?

### **3.2. Une équation complexe en passe d'être progressivement résolue.**

Les complexités juridiques qui caractérisent la problématique de la judiciarisation du renseignement, au premier abord incontournables, sont, dans la pratique, palliées de longue date.

Les services spécialisés communiquent en effet de façon régulière, dans la dimension administrative, à de multiples partenaires nationaux des informations et analyses qu'il revient à ceux-ci d'exploiter dans leurs champs de compétence respectifs.

Lorsque ces informations sont susceptibles d'initier des poursuites judiciaires ou de contribuer au développement d'investigations judiciaires, il revient aux services compétents, sous l'autorité des magistrats saisis, de procéder à la validation et l'objectivisation des renseignements par des vérifications, observations et surveillances régulièrement et formellement actées sur procès-verbal dans le respect des dispositions du code de procédure pénale.

Le renseignement est ainsi capitalisé, sous le contrôle du juge, par des services disposant des compétences nécessaires dans le domaine judiciaire.

Cette antinomie fondamentale entre renseignement et procès pénal, n'emprunte donc pas, dans les faits, la fluidité qui existe entre le renseignement et la procédure judiciaire qui démontre, au quotidien, sa grande efficacité, en particulier en matière de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée.

Au demeurant, ces processus administratifs amont, qui prévalent dans la dimension opérationnelle, d'essence essentiellement empiriques, sont aujourd'hui, dans la logique de « juridicisation » des activités de renseignement précitée, de plus en plus organisés et encadrés par différentes dispositions juridiques autorisant les administrations concernées à échanger des informations et données (3).

A cet égard, la situation de TRACFIN - Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins - mérite d'être évoquée.

Bien que relevant du premier cercle de la communauté du renseignement, les missions de ce service spécialisé du ministère de l'Économie et des Finances en charge de la lutte contre la fraude, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, s'exercent essentiellement en application de prérogatives prévues et strictement encadrées par les dispositions du code monétaire et financier et s'inscrivent résolument dans une perspective de judiciarisation.

Au terme de ses « enquêtes » administratives, dès lors que des éléments de suspicion lui paraissent suffisamment avérés, TRACFIN adresse un signalement aux autorités judiciaires compétentes sur le fondement des dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale.

Toutefois, la question de la judiciarisation du renseignement demeure beaucoup plus complexe, au plan juridique, eu égard aux contraintes antinomiques précédemment exposées, dès lors qu'il s'agit de faire directement état de renseignements dans le cadre du procès pénal.

Ces informations sont en effet issues des activités de services spécialisés qui ne s'inscrivent pas, par essence, dans une perspective d'administration de la preuve, et leur recueil procède de techniques et modes opératoires, certes dûment autorisés et contrôlés dans le champ administratif, mais couverts par le secret et devant impérativement demeurer protégées à ce titre.

- (3) A titre d'illustration, il peut notamment être relevé que l'article L 863-2 du code de la sécurité intérieure issu de la loi du 24 juillet 2015 prévoit ainsi que les services spécialisés de renseignement peuvent échanger toute information utile à l'accomplissement de leurs missions et que les autorités administratives peuvent, sur leur requête ou de leur propre initiative, sont autorisées à leur transmettre les informations utiles à l'accomplissement de leurs missions.

Des solutions juridiques et procédurales, illustrant le processus démocratique de conciliation dans le cadre de la loi des exigences propres aux missions de renseignement et des principes et règles garantissant l'équité du procès pénal, sont cependant progressivement élaborées et mises en œuvre dans le champ de l'Etat de droit, notamment sous la forme de dispositions de procédure spécifiques aménageant les règles du procès pénal et, plus particulièrement, le principe du contradictoire.

Celui-ci est alors adapté aux exigences attachées à la protection du secret tout en garantissant les droits et garanties fondamentales des parties concernées.

De tels dispositifs de contradictoire « adapté » permettant au Juge indépendant de parfaire son information et de forger sa décision en ayant accès à des informations sensibles sans que celles-ci soient versées aux débats se conçoivent sous diverses formes dans différents pays essentiellement de « Common Law ».

En France, et c'est là, au plan de la modernisation de notre Etat de droit, une évolution innovante majeure qu'il convient de souligner, la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a, pour la première fois, dans le champ de la justice administrative, instauré, sous un nouveau Chapitre III bis inséré au code de la justice administrative, une procédure particulière d'examen des recours relatifs à la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des systèmes de traitement automatisés de données intéressant la sûreté de l'Etat.

Ces requêtes sont désormais portées devant une formation spécialisée du Conseil d'Etat dont les membres sont dûment habilités à connaître des informations classifiées afférentes pour les besoins du traitement du contentieux qui leur est dévolu. Les exigences du contradictoire sont alors adaptées à celles du secret de la défense nationale lors de l'instruction et du jugement du litige (audition séparée des parties, huis clos, non-communication des éléments classifiés au requérant).

Cette nouvelle approche procédurale fait au demeurant écho à celle privilégiée par les juridictions de l'Union Européenne en proie, dans des contentieux sensibles, à certaines impasses qui ne leur permettaient pas d'asseoir leurs décisions sur l'ensemble des informations d'intérêt disponibles.

Les règlements intérieurs et de procédure du TUE et de la CJUE comportent en effet des dispositions particulières pour le traitement des renseignements ou pièces touchant à la sûreté de l'Union Européenne ou à celle d'un ou plusieurs Etats membres ou à la conduite de leurs relations internationales (ex : article 105 bis du règlement de procédure consolidé de la CJUE).

En substance, une partie principale peut demander que certaines données du dossier de la procédure qui présentent un caractère confidentiel soient exclues de la communication à un autre intervenant à l'instance.

Lorsqu'une partie principale fait ainsi valoir le caractère confidentiel de renseignements ou pièces pour s'opposer à leur versement à l'instance, la juridiction procède alors à un examen de la pertinence des renseignements ou pièces pour la solution du litige et vérifie leur caractère confidentiel.

Si elle estime que les informations en cause sont tout à la fois pertinentes pour la résolution de l'affaire et confidentielles, elle met alors en balance les enjeux attachés à la préservation de leur confidentialité et les exigences liées au droit à une protection juridictionnelle effective, en particulier au respect du principe du contradictoire, et décide consécutivement, par ordonnance motivée :

- soit que les renseignements doivent être portés à la connaissance de l'autre partie principale, en dépit de leur caractère confidentiel, étant observé que dans ce cas la partie qui a produit lesdites informations sensibles peut décider de retirer en tout ou parties les pièces afférentes de la procédure ;

- soit de ne pas communiquer lesdites données confidentielles tout en permettant à l'autre partie principale de disposer de données non confidentielles afin qu'elle puisse, dans la plus large mesure possible, faire valoir ses observations dans le respect du principe de la

contradiction. La juridiction veille alors à ce que ces informations confidentielles ne soient divulguées ni dans l'ordonnance précitée ni dans la décision mettant fin à l'instance.

\* \* \*

Nous le constatons, les deux mondes, celui de la «légalité» et celui du renseignement, apparemment antinomiques, se trouvent finalement, pour l'essentiel, conciliables dans le cadre de l'Etat de droit au travers de l'élaboration d'instruments juridiques adaptés et de la mise en place d'outils de contrôles démocratiques dédiés et crédibles.

Face à la multiplication des menaces et réalités conflictuelles de plus en plus transversales, complexes, multiples et prégnantes qui caractérisent le monde contemporain, l'action des services de renseignement ne saurait connaître de solution de continuité ou se trouver paralysée dès lors qu'elle parviendrait « en butée » d'une légalité formelle qui s'avèrerait immuablement figée.

C'est pourquoi, sans se départir des principes philosophiques et juridiques qui fondent notre Etat de droit, il convient de s'attacher à poursuivre l'adaptation des « outils juridiques » dédiés au renseignement aux évolutions et à la configuration de la menace, à garantir parallèlement le meilleur fonctionnement et la crédibilité des outils de contrôle démocratique afférents et à mettre en place des référentiels déontologiques propres au métier du renseignement.

Cette démarche de légalité négociée - et sans cesse renégociée -, établissant, par la loi, au terme du débat républicain noué au sein de la représentation nationale, les justes points d'équilibre proportionnés garantissant la protection des garanties fondamentales et libertés individuelles, constitue un enjeu central de notre pacte démocratique.

*P.F.22.06.2020*