

**Le premier rapport annuel
de la Commission consultative du secret de la défense nationale**

Par

Bertrand WARUSFEL

*Maître de conférences à l'Université de Paris V - René Descartes,
Directeur adjoint du Centre Droit & Défense*

La loi du 8 juillet 1998 ¹ a créée la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSN), ouvrant ainsi une voie étroite vers un véritable contrôle de l'usage du secret de défense. Cette création, longtemps sujet de débat, a été plutôt saluée comme une avancée par la doctrine ² mais elle a surtout fait dès sa mise en place au début 1999 les délices de la presse qui a régulièrement mentionné soit les demandes de déclassification qui lui étaient soumises, soit les avis qu'elle rendait en réponse. Après deux années et demi d'activité, il est donc intéressant de dresser un premier bilan de cette institution. C'est l'occasion avec la publication par la Documentation française du premier rapport d'activité 1999-2001 de la Commission ³.

1. L'appréciation du nombre de demandes d'avis

La première constatation est l'apparente minceur du travail de la commission qui ne nous offre qu'un rapport d'une cinquantaine de pages (dont une vingtaine consacrée à des annexes). La commission s'en excuse en quelque sorte en indiquant que *"les affaires soumises à la Commission sont en nombre relativement réduit"* et elle interprète, elle-même, cette situation comme le signe du fait *"qu'au-delà d'une poignée d'affaires très médiatiques (écoutes téléphoniques, affaires à caractère politico-financier) peu d'instructions en cours devant les juridictions françaises se heurtent au secret de la défense nationale, contrairement à ce que pensaient certains observateurs."* On peut pourtant contester cette appréciation qui tend à faire croire au public que la question du contrôle du secret demeurerait secondaire alors que de nombreuses "affaires" ont depuis près de vingt ans fait apparaître que des abus de classification pouvaient favoriser l'obstruction à l'action de la justice dans des dossiers judiciaires ⁴. D'autre part, on peut – à l'inverse de la commission – estimer que vingt demandes d'avis en deux ans et demi (soit une tous les mois et demi) constitue un volume de dossiers assez soutenu qui témoigne de la persistance des difficultés de relations entre autorité judiciaire et pouvoir exécutif dans des domaines sensibles.

Un rapide survol des affaires concernées par les avis rendus par la commission renforce cette impression. Les affaires politico-financières ne représentent qu'un tiers des avis (trois avis rendus dans le cadre de l'affaire Elf, quatre dans celui de l'affaire Falcone) et celle des

¹ Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, *J.O.R.F.*, 9 juillet 1998, p. 10488.

² Cf. notamment Marc Guillaume, "La réforme du droit du secret de la défense nationale", *RFDA*, 14 (6), novembre-décembre 1998, pp. 1223-1230 ; Bertrand Warusfel, "La réforme du secret de défense en France", *Droit & Défense*, 98/3 ; Christophe Guettier, "Une nouvelle autorité administrative indépendante : La commission consultative du secret de la Défense nationale", *LPA*, n° 16, 22 janvier 1999 ; Seydou Traoré, "La commission consultative du secret de la Défense nationale : une autorité administrative indépendante sui generis ?", *Revue Administrative*, n°311, sept-oct. 1999, Jean-Claude Zarka "La Commission consultative du secret de la Défense nationale", *Revue administrative*, n° 323, septembre-octobre 2001, p. 502-504.

³ Commission consultative du secret de la défense nationale, *Rapport 2001*, La documentation française, 2001.

⁴ Cf. notamment nos articles : Bertrand Warusfel, "Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'État de droit", *Droit & Défense*, 1996, n° 96/4 ; "Le secret de défense entre les exigences de l'État et les nécessités du Droit", *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 199, mars 2001.

"écoutes de l'Elysée" n'est visée que dans trois cas, alors que la moitié des avis concernent des dossiers d'une toute autre nature, qu'il s'agisse notamment des retombées tardives de "scandales" anciens (comme l'affaire Ben Barka ou celle des Irlandais de Vincennes), d'affaires politiques et judiciaires internationales (un avis sur le dossier Pinochet et un autre rendu concernant l'enquête sur l'assassinat du président rwandais), des conséquences indirectes de la lutte antiterroriste (dans le cas de l'avis rendu dans le dossier concernant M. Luc Abouzeid, ancien "contact" de la DST à l'époque des attentats terroristes de 1985-1986) ou encore d'un litige concernant la mise en disponibilité d'un agent de la DGSE sur la base d'un décret non publié ⁵.

C'est donc moins le petit nombre de dossiers ou leur manque de variété qui justifient le laconisme de la commission mais bien plutôt la volonté de celle-ci de conserver une grande réserve quant à la manière dont les questions de contrôle du secret et d'apprécier du caractère sensible des informations sont traitées. On le perçoit bien dans la manière dont la commission propose sa propre interprétation de certains aspects de la loi du 8 juillet 1998 et des règles de protection du secret de défense.

2. Une pratique discutable de la non-motivation des avis

Il s'agit, en particulier, du sujet sensible de la motivation des avis. On sait en effet que la loi n'impose la publication que du *"sens de l'avis"* et non de l'avis lui-même, ce qui permet à la commission de couvrir par le secret toutes les remarques qu'elle pourrait être amenées à formuler à l'autorité administrative qui la saisit concernant la possible déclassification des informations demandées. On pouvait dès lors imaginer que la commission se devait d'explicitier dans son avis non publié les motifs de son choix. Cela semblait d'ailleurs d'autant plus logique que l'article 7 de la loi précise explicitement que cet avis *"prend en considération les missions de service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels"*. Etablir une telle balance entre des intérêts publics aussi nombreux et variés semblait appeler de la part de la commission des développements aptes à éclairer la décision ultérieure du ministre concerné.

On est donc surpris de constater que la commission se prononce, au contraire, en faveur de la non-motivation de l'avis rendu au ministre ⁶. Et l'on ait d'autant plus surpris lorsque l'on s'attarde sur le raisonnement et l'interprétation juridique qui conduisent la Commission à prendre une telle position. Tout d'abord il est permis de douter de la pertinence de l'argument selon lequel l'avis n'aurait pas à être lui-même motivé, puisque *"la loi prévoit, d'autre part, que le sens de l'avis, et lui seul, n'est pas motivé."* Une bonne logique juridique conduirait en effet, selon nous, à reconnaître donc que puisque seul le sens de l'avis n'est pas motivé, il serait compréhensible que l'avis complet le soit. L'argument se retourne donc contre la démonstration qu'il est censé soutenir. Mais on s'aperçoit ensuite que, pour

⁵ Cet avis n° 00/01 défavorable à la déclassification des documents demandés par la Cour administrative d'appel de Paris dans le cadre du recours engagé par M. Laurent Wolny, a été suivi par un arrêt de cette Cour annulant l'arrêté de mise en disponibilité pris à l'encontre de l'intéressé (CAA Paris, 28 septembre 2000, n° 97PA00191, M. Wolny), qui a été à son tour cassé il y a quelques mois par le Conseil d'État (CE, 24 juin 2002, M. Wolny, n°227983, à paraître).

⁶ *"L'article 7 opère une distinction entre le sens de l'avis, auquel il se réfère, et l'avis proprement dit. Si le « sens de l'avis est rendu public », l'avis lui-même est « transmis à l'autorité administrative ayant procédé à la classification ». Il est permis d'en déduire, en se référant aux débats parlementaires préalables au vote de la loi, que la Commission n'est pas tenue de motiver ses avis."* (CCSDN, Rapport 2001, op. cit., p. 27).

échapper à toute critique et à tout risque de se voir reprocher de ne pas pouvoir rendre public les motivations de ces avis, la commission a tout simplement choisi d'abolir – en réalité – toute distinction entre l'avis lui-même rendu au ministre et le sens de l'avis publié au Journal officiel, allant ainsi à l'encontre de l'esprit de la loi du 8 juillet 1998.

En effet, une lecture attentive des quelques lignes de commentaires consacrées à cette question dans le rapport permet de comprendre que la commission a pris pour habitude de ne jamais faire figurer dans l'avis qu'elle remet au ministre d'indications particulières justifiant son point de vue et de collationner – le cas échéant – ses éventuels commentaires ou remarques dans un document distinct et non prévu par la loi dénommé pudiquement "*relevé d'observations*", lequel peut être lui-même, selon les cas, classifié ou publiable⁷. En d'autres termes et sans le reconnaître explicitement, la commission nous confirme ainsi que l'avis rendu au ministre ne contient, en lui-même, aucun autre élément que ceux qui seront par ailleurs rendus publics avec le "*sens de l'avis*" au Journal Officiel, ce que confirme d'ailleurs la lecture de ces publications qui sont ne sont pas présentées comme l'extrait d'un avis non publié mais bien comme reprenant le texte intégral de cet avis (qui comporte outre une date, un numéro de série, des visas, le sens de l'avis et l'indication de la signature du Président de la commission).

Une telle pratique doit être critiquée. Critiquée d'abord en son principe puisqu'elle s'oppose à l'esprit (si ce n'est à la lettre) de la loi qui ne pouvait avoir limité la publication au seul "*sens de l'avis*" que pour permettre que l'avis intégral reste confidentiel et puisse comporter des indications supplémentaires. Or la commission fait tout l'inverse en publiant, en réalité, l'intégralité de l'avis et en s'autorisant à le compléter (voire à le motiver⁸) par un document annexe non prévu par la loi. Mais critiquée ensuite dans ses effets pour créer justement cette catégorie de document sui generis (ces éventuels "*relevés d'observations*") dont le statut est par essence imprécis et qui pourrait, dans l'avenir, faire l'objet de contentieux également incertains (que dire d'une éventuelle demande de communication ou de déclassification de l'un de ces relevés ?).

3. Une extension coutumière du rôle de la commission ?

Dans un autre domaine on peut également être surpris de la manière dont la commission cherche à solliciter le texte et l'esprit de la loi de 1998 en vue de restreindre la liberté des autorités administratives compétentes pour la déclassification des documents. La commission rappelle, en effet, très logiquement, qu'un ministre ne peut – par lui-même – accéder à la demande de déclassification formulée par un magistrat sans attendre l'avis de la commission et se base pour ce faire sur l'alinéa 3 de l'article 4 de la loi de 1998 qui indique que lorsqu'une juridiction demande la déclassification d'une information à une autorité administrative, celle-ci "*saisit sans délai la commission consultative du secret de la défense nationale*". Mais partant de cette interprétation dictée par la lecture du texte, la commission tente de montrer qu'elle possède en cette matière une compétence quasi-exclusive et incontournable et en profite pour essayer d'élargir ses compétences et d'imposer de manière purement coutumière sa saisine en dehors de toute demande juridictionnelle : "*Rien ne s'oppose pourtant à ce qu'une autorité administrative sollicite*

⁷ Cf. Rapport 2001, op. cit., p. 28.

⁸ La commission s'en défend d'ailleurs par avance et sans convaincre (car l'article 7 n'impose aucune limite au contenu de l'avis mais uniquement au sens de cet avis) en indiquant que "*sans pour autant constituer une motivation au sens propre du terme, cette faculté ouvre à la Commission la possibilité d'être, à l'égard du ministre, plus explicite que ne l'y autorise le simple alinéa 3 de l'article 7.*" (Rapport 2001, op. cit., p. 28).

l'avis de la Commission sur une éventuelle déclassification, hors toute saisine d'une juridiction et sans pour autant qu'un juge la lui ait réclamée. La CCSDN n'intervient en cette hypothèse qu'en qualité « d'expert ». Son avis n'a pas alors à être obligatoirement publié." Dans des matières peu encadrées par le droit et où les pratiques administratives deviennent rapidement des usages puis des coutumes *praeter legem*, voire *contra legem*, une telle sollicitation de la part de l'autorité chargée de fixer la doctrine administrative en la matière ne peut pas être totalement innocente. On ne peut qu'y voir une ferme incitation à ce que les ministres se dessaisissent en pratique de leurs compétences en matière de déclassification au profit d'une saisine systématique et officieuse de la commission.

4. Une interprétation limitative des règles de protection du secret

De même on peut relever dans ce premier rapport de la CCSDN une volonté de devenir la voix autorisée en ce qui concerne l'interprétation de l'ensemble du droit du secret de défense, au risque d'y faire prévaloir des interprétations très réductrices. Deux exemples émaillent ce premier rapport. Tout d'abord, la commission ne craint pas d'affirmer qu'"une personne habilitée ne peut être « déliée du secret défense »." et que cela "*est donc, dans le système français, une notion sans signification.*"⁹ Une telle affirmation – qui peut s'envisager d'un point de vue purement théorique – mériterait, pour le moins, d'être discutée et argumentée solidement d'autant qu'elle va à l'encontre d'une pratique gouvernementale antérieure établie¹⁰. Et si elle devenait l'interprétation officielle retenue, elle aurait pour conséquence paradoxale de limiter encore un peu plus les possibilités pour le pouvoir exécutif de concourir à la manifestation de la vérité dans des domaines touchant la sécurité nationale. En effet, dans l'état actuel des pratiques en la matière, si un fonctionnaire tenu au secret doit impérativement opposer ce secret aux magistrats, son ministre peut l'autoriser à répondre néanmoins à certaines questions sans pour autant être tenu de rendre publics les documents ou les informations concernées. Il y a donc là un moyen imparfait mais pratique de concilier les impératifs de la justice et ceux de la défense. Au contraire, si l'on considérait désormais que le ministre ne peut que procéder à une déclassification *erga omnes* (mesure beaucoup plus radicale qui interdit à l'avenir d'opposer la moindre résistance à la communication des documents ou des informations elles-mêmes, par exemple dans la presse), cela aurait pour effet de contraindre les autorités gouvernementales à refuser dans de très nombreux cas toute forme de coopération avec la justice.

Dans le même sens (et bien qu'en la matière, la commission valide les pratiques antérieures), la commission justifie le refus généralement opposé aux juridictions répressives qui, ayant à sanctionner une violation d'un secret de défense, souhaitent accéder au contenu même de ce secret afin d'en vérifier la consistance (et donc de s'assurer si les éléments matériels de l'infraction sont bien réunis). La commission indique en effet incidemment qu'elle aurait

⁹ Rapport 2001, op. cit., p. 19.

¹⁰ Pour ne prendre qu'un seul exemple, on a vu M. Pierre Joxe, alors ministre de l'Intérieur, autoriser le préfet B. Gérard, directeur de la DST à répondre au juge d'instruction dans l'affaire du "vrai-faux passeport", après que – dans un premier temps – son prédécesseur Place Beauveau lui ait intimé l'ordre d'opposer le secret de la défense nationale aux investigations (sur cette affaire et sur la décision de la Chambre d'accusation qui s'en était suivie, cf. notre ouvrage, Bertrand Warusfel, *Contre-espionnage et protection du secret - Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Editions Lavauzelle, 2000, pp. 37-371).

confirmé, dans une simple consultation sollicitée par un département ministériel, qu'il n'était pas opportun qu'un magistrat en charge d'instruire une affaire de compromission d'informations classifiées puisse obtenir la déclassification de ces informations en vue d'en connaître ¹¹. Si l'argument évoqué est, là encore, apparemment imparable (ne pas déclassifier une information dont justement on juge la compromission), on aurait pu souhaiter qu'une commission indépendante formée exclusivement de magistrats évoque à ce propos la nécessité de prendre également en compte (comme la loi leur en fait d'ailleurs obligation dans son article 7, premier alinéa), les exigences de la légalité des peines et du respect des droits de la défense (comment le juge peut-il – en effet – s'assurer lui-même que l'information considérée est bien un secret de défense au sens de l'article 413-9 du Code Pénal et qu'il y a donc bien matière à sanction pénale, qui plus est éventuellement privative de liberté ?). Mais il n'en est rien et la commission se contente - en évoquant ce sujet dans une section ayant pour titre *"contresens sur la portée de la loi"* - de faire comprendre implicitement qu'elle considère qu'à l'avenir les magistrats ayant à juger de cas de violation du secret seraient malvenus de demander la déclassification des informations et d'amener ainsi à la saisine de la commission.

Si donc la création et l'existence de la commission doivent être à nouveau saluées comme des avancées en direction d'une meilleure conciliation entre impératifs de sécurité nationale et État de droit, ce premier rapport nous laisse quelque peu sur notre faim, voire pourra décevoir ceux qui croyaient voir dans cette nouvelle autorité indépendante la solution définitive aux difficultés chroniques que nous connaissons dans ces domaines depuis vingt-cinq ans. Pour notre part, nous avons toujours dit qu'il nous semblait que la création d'une telle instance ne pouvait qu'être une étape transitoire vers un véritable contrôle juridique (et sans doute juridictionnel) de l'usage du secret de défense ¹². La lecture de ce rapport nous confirme donc simplement que les remèdes que la commission sera susceptible d'apporter aux dysfonctionnements actuels seront d'autant plus limitées que celle-ci paraît vouloir avancer avec une prudence extrême.

B.W.

¹¹ *"Dans un tel cas de figure, la déclassification aurait semblé paradoxale et susceptible de créer un dangereux précédent. Le ministre a considéré que, la divulgation d'une partie du dossier constituant une faute grave et un risque pour les intérêts fondamentaux de la Nation, la déclassification de l'ensemble du dossier ne pouvait être envisagée."* (Rapport 2001, *op. cit.*, p. 30).

¹² Cf. nos articles précités et notre ouvrage *op. cit.*, pp. 410-411.