

Renseignement et État de droit

Bertrand WARUSFEL

Un État de droit pouvant se définir par trois règles essentielles et complémentaires : une séparation des pouvoirs, la prééminence du droit et le respect efficace des libertés fondamentales, l'article s'efforce d'apprécier la situation française au regard de ces exigences. Il en ressort que la France a longtemps été en retard quant à un encadrement juridique de ses activités de renseignement et à leur conciliation avec les règles de l'État de droit. Mais ces dernières années ont marqué une réelle évolution en ce sens dont il faut se féliciter. L'effort doit donc maintenant se déplacer du terrain des principes à celui de leur application effective. Les nouvelles instances mises en place vont devoir y travailler activement car la légitimité et l'efficacité à long terme de l'appareil de renseignement et de sécurité nationale français en dépendent.

Intelligence services and the rule of law

The rule of law is defined by three essential and complementary requirements : the separation of power, the pre-eminence of the law and an unwavering respect for fundamental liberties. This article tries to portray the situation in France with respect to these conditions. For a long time France has been slow in creating a legal framework for its intelligence services, to make them formally subject to the rule of law. Thankfully, over the last few years considerable progress has been made in this area. Efforts must now be concentrated less on the underlying principles and more on getting them effectively implemented. The newly created authorities need to be seen actively pursuing these objectives. The long term legitimacy and efficiency of the French State intelligence and security services depends on their success.



Bernard Warusfel

Professeur à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Lille 2. Il est notamment l'auteur de *Contre-espionnage et protection du secret – histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France* (Éditions Lavoisier, 2000). Ses travaux portent notamment sur le droit de l'information et la propriété intellectuelle, la protection du secret et le cadre juridique du renseignement et de l'intelligence économique. Membre du comité éditorial des *Cahiers de la sécurité*, il a été responsable de la commission d'histoire du renseignement au Centre d'études d'histoire de la défense (CFDIH). Il est également avocat au barreau de Paris.

Organiser et mener des opérations de renseignement dans un État démocratique est un exercice nécessairement complexe, car les principes du fonctionnement d'une telle société paraissent, à première vue, incompatibles avec les exigences mêmes de cette activité.

Pourtant, on se rend de plus en plus compte que, face aux menaces que recèle le monde conflictuel qui est le nôtre, seules les pratiques de renseignement peuvent souvent permettre de les anticiper et de les gérer de manière non violente et compatible avec les impératifs d'une démocratie.

Si le renseignement doit être un instrument nécessaire des politiques publiques, il doit donc en respecter également les fondements juridiques. En effet, on ne pourrait accepter qu'un système politique respectueux du droit mette en œuvre durablement des moyens qui lui seraient contraires. Il faut donc trouver les voies d'une conciliation durable entre État de droit et pratiques publiques de renseignement, faute de quoi ces dernières perdraient de leur légitimité et donc, rapidement, de leur efficacité.

On retiendra qu'un État de droit peut se définir par trois règles essentielles et complémentaires : une séparation des pouvoirs, la prééminence du droit et le respect efficace des libertés fondamentales. On s'efforcera donc d'apprécier l'actuelle situation française au regard de ces exigences.

Renseignement et séparation des pouvoirs

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose, on le sait, que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». C'est dire à quel niveau (le plus élevé), la tradition démocratique élève le principe de séparation entre les pouvoirs institués.

♦♦♦

- (1) V. B. Warusiel, « Secret et renseignement : une relation nécessaire à la recherche d'un nouveau cadre », *AGIR - Revue générale de stratégie*, n° 25, mars 2006, p. 122-130.
- (2) Sébastien Laurent rappelle justement quelques « affaires » historiques qui ont illustré la méfiance réciproque entre le renseignement et les parlementaires, dont l'affaire des généraux durant la guerre d'Indochine (v. son article « Les parlementaires face à l'État secret et au renseignement sous les IV^e et V^e Républiques : de l'ignorance à la politisation », dans ce même numéro).
- (3) Après l'échec que constitua le procès Ben Barka, les deux dossiers emblématiques qui ont consacré le refus de laisser la justice s'immiscer dans la pratique des services de renseignement furent celui dit des « micros du Canard Enchaîné » en 1975, puis celui du « vrai-faux passeport » en 1987 (cf. les deux arrêts rendus dans ces dossiers in B. Warusiel, *Contre-espionnage et protection du secret - histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Lavalzelle, 2000, p. 451-456 et p. 461-464, et notre analyse p. 344-352).
- (4) Créé par le décret du 23 juillet 2008.
- (5) Article L.1111-13 du Code de la défense modifié par la loi de programmation militaire n° 2009-928 du 29 juillet 2009. On rappellera que la création de ces deux instances - concurrentiellement avec celle d'un mécanisme de contrôle parlementaire - était depuis longtemps proposée, notamment par le prêtre Remy Pautrat, ancien directeur de la DST et ancien conseiller pour la sécurité de M. Bocard (cf. son article « La coordination politique : le Comité interministériel du renseignement suffit-il ? » in B. Warusiel (dir.), *Le renseignement français contemporain - Aspects juridiques et politiques*, Ed. L'Harmattan, 2003, p. 83-88).

Or, voilà bien un principe qui peut être gravement malmené par l'activité des services de renseignement, même dans un État apparemment démocratique. Prérogative naturelle de l'exécutif, ces services sont, en effet, l'un des moyens d'action et de protection dont dispose le gouvernement et son chef. Ensuite, le secret naturel dont s'entourent leurs activités risque de les faire échapper à tout contrôle ou à toute influence du Parlement comme des juridictions¹.

De ce point de vue, l'organisation du renseignement public en France a largement ignoré ce principe de la séparation des pouvoirs. Rattachés à différents ministres régaliens (Défense, Intérieur et Économie), les services français ont été doublement séparés des autres pouvoirs : inconnus des parlementaires (qui n'ayant pas mandat pour les contrôler refusaient - en pratique - tout contact avec leurs responsables²), ils refusaient énergiquement de se prêter à toute forme de contrôle juridictionnel³.

En revanche, son ancrage au sein du pouvoir exécutif a été récemment réaffirmé et renforcé politiquement et juridiquement par la création du coordonnateur du renseignement placé auprès du président de la République⁴ et du Conseil national du renseignement⁵.

Il n'en devient donc que plus urgent que s'instaurent en parallèle des mécanismes par lesquels les deux autres piliers de l'équilibre démocratique puissent suivre (dans la limite de leurs compétences respectives) les activités des services de renseignement. La plupart des États démocratiques l'ont fait depuis un certain temps, mais la France est restée très en retard de ce processus.

Ce n'est que dans les dix dernières années que les choses ont commencé à bouger quelque peu. L'urgence liée à la répétition de différents scandales impliquant potentiellement les services de renseignement ou mettant en cause l'usage du secret-défense par l'exécutif a conduit à créer une première passerelle entre le monde du secret (qui est largement celui des services de renseignement) et

celui de la justice. C'est le rôle de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) créée par la loi du 8 juillet 1998⁶. Suite à la demande de tout magistrat souhaitant accéder à une information ou à un document classifié, la CCSDN est saisie par le ministre de tutelle concerné et peut rendre un avis favorable ou défavorable à la déclassification demandée. Et la récente réforme de 2009 qui donne à la CCSDN des pouvoirs supplémentaires en matière de perquisition dans des lieux classifiés ou dans lesquels se trouveraient des éléments classifiés, renforce son rôle d'intermédiation entre les prérogatives régaliennes qui s'exercent dans le domaine du renseignement et des activités de sécurité nationale et celles de l'autorité judiciaire⁷.

La relation avec le pouvoir législatif a été encore plus difficile à faire évoluer puisque jusqu'à la loi du 10 octobre 2007⁸, la France n'a connu aucune forme de contrôle parlementaire des activités de renseignement⁹. Comme le montre Sébastien Laurent, ce retard à mettre en place un mécanisme instauré depuis des décennies par la plupart des grandes démocraties (à commencer par les États-Unis depuis les travaux de la Commission Church en 1975 et la création des commissions permanentes du Sénat et de la Chambre des représentants en 1976 et 1977¹⁰, ou encore - plus près de nous, les Britanniques, les Allemands ou les Belges)¹¹ découle d'une attitude constante sous plusieurs Républiques et ce malgré différentes tentatives de contournement ou de réforme¹².

La nouvelle délégation parlementaire au renseignement finalement créée en 2007 a enfin comblé cette lacune, mais l'étroitesse de ses compétences et de ses possibilités d'audition tout comme la minceur caractéristique de son premier rapport annuel¹³ manifestent le caractère inachevé de cette première réforme, même si l'on ne doit pas lui nier une réelle symbolique. En effet, si la CCSDN a joué le rôle d'interface entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, on peut considérer que la délégation parlementaire au renseignement devrait jouer un rôle similaire entre le pouvoir exécutif et le Parlement¹⁴.

Le renseignement face à la prééminence du droit

Tout aussi essentiel que le principe de la séparation des pouvoirs, l'État de droit repose sur la mise en œuvre du vieil adage romain selon lequel « *arma cedant togae* », c'est-à-dire que le règne du droit l'emporte toujours sur l'usage de la coercition, laquelle ne doit être là que comme *ultima ratio* pour servir le droit. La Cour européenne des droits parle, pour sa part, de la « *prééminence du droit* ».

L'application de cette règle majeure est là encore susceptible d'être fortement bousculée par les particularités des pratiques de renseignement, et notamment par celles

....

(6) Cf. notamment, Marc Guillaume, « La réforme du droit du secret de la défense nationale », RFDA, 14 (6), novembre-décembre 1998, p. 1223-1230 ; B. 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 », *IPA*, n° 16, 22 janvier 1999.

(7) Cf. les dispositions des articles 11 à 13 de la loi précitée du 29 juillet 2009, modifiant le Code pénal, le Code de procédure pénale et le Code de la défense.

(8) Loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 portant création d'une délégation parlementaire au renseignement, *JORF* n°235 du 10 octobre 2007.

(9) « *The lack of parliamentary control in France, which is largely unique among Western democracies, is very much indicative of the country's political structure and the degree of discretion that it conveys across many areas of governance* » (Peter Chalk & William Roseanu, *Confronting the «enemy within»: security intelligence, the police, and counterterrorism in four democracies*, Rand Corporation Independent Research, 2004). Dans le même sens, Fabien Lafouasse, « L'espionnage en droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 47, 2001, p. 70.

(10) Sur l'importance du travail de cette commission d'enquête parlementaire sur les activités de la CIA après le scandale du Watergate, cf. notamment Johnson, Loch K, « The Church Committee Investigation of 1975 and the Evolution of Modern Intelligence Accountability », *Intelligence and national Security*, Vol. 23, n° 2, 2008, p. 198-225.

(11) Cf. dans cette même revue, G. Rapaille & J. Vanderborght, « L'herbe est toujours plus verte ailleurs - Sur le contrôle belge des services de renseignement et de sécurité ». Et pour une étude comparative plus large, cf. *Le contrôle parlementaire des services de renseignement*, Document de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 103 mars 2002.

(12) V. S. Laurent, précité. Cf. également le rapport Paecht de 1999 (Arthur Paecht, *Rapport fait au nom de la Commission de la Défense Nationale et des Forces Armées sur la proposition de loi n° 1497 tendant à la création d'une délégation parlementaire pour les affaires de renseignement*, Assemblée nationale, document n°1951, 1999) et la proposition de loi qu'il avait co-déposée à l'époque avec Paul Quilès (*Proposition de loi tendant à la création d'une délégation parlementaire pour les affaires de renseignement*, n°1497).

(13) Éric Denécé n'a pas hésité à le décrire comme « *absolument creux et insignifiant* » et considère qu'il illustre « *le double mépris patent du renseignement et du citoyen* » (É. Denécé, « Communication autour du renseignement en Belgique et insuffisances françaises », note CF2R, mars 2010).

(14) René Garrec, *Rapport sur le projet de loi portant création d'une délégation parlementaire pour le renseignement*, document n° 337, Sénat, session ordinaire 2006-2007.

qui consistent dans l'utilisation de moyens « spéciaux » pour obtenir de l'information ou pour exercer une influence sur le cours des événements.

Dans des États anciens comme la France ou le Royaume-Uni, l'appareil de renseignement étatique a été originellement établi hors du droit, car destiné par nature à fonctionner dans la clandestinité en utilisant des moyens illicites. Sa réintégration dans le cadre de la légalité ne se fait donc pas sans difficultés. C'est à partir des années 1980 que s'est engagé dans la plupart des États démocratiques un processus parfois dénommé comme une « légalisation » des activités de renseignement¹⁵.

Cette légalisation du renseignement passe d'abord par celle de ses structures organiques. En France, le service de renseignement de l'état-major (le SR-SCR) n'avait pas d'existence administrative officielle avant la Seconde Guerre mondiale¹⁶. À la Libération, l'instauration des nouveaux services de renseignement donna lieu à des textes réglementaires, mais aucun d'entre eux ne fut publié¹⁷. Comme l'a bien analysé le préfet Jacques Fournet (qui fut successivement directeur central des Renseignements généraux puis directeur de la direction de la Surveillance du territoire (DST), cette absence de consécration juridique externe était issue d'une « France d'après-guerre où les services de renseignements tenaient leur légitimité de leur propre existence et où une certaine forme de "raison d'État" valait cadre juridique »¹⁸. Ce n'est qu'après 1981 que le gouvernement socialiste rompit avec cette situation et publia les textes créant la direction générale de la Sécurité extérieure (DGSE)¹⁹, la direction de la Protection et de la Sécurité de la défense (DPSD)²⁰ ou redéfinissant les missions de la DST²¹. Il en fut de même, lorsque furent créées

ultérieurement la direction du Renseignement militaire (DRM) en 1992²² ou la direction centrale du Renseignement intérieur (DCRI) en 2008²³. De même, plusieurs textes réglementaires définissant l'organisation interne des services (c'est-à-dire essentiellement la répartition de leurs compétences entre différentes directions fonctionnelles ou opérationnelles : par exemple l'arrêté du 29 novembre 2001 portant organisation de la DPSD ou l'arrêté du 4 décembre 2002 portant organisation de la DGSE).

En Grande-Bretagne, la clandestinité dura encore plus longtemps puisque la loi légalisant l'existence et les prérogatives du Security Service (communément appelé MI5) date du 27 avril 1989²⁴ et celle relative au *Secret Intelligence Service* (MI6) et au *Government Communications Headquarters* (GCHQ) du 26 mai 1994²⁵. En revanche, ces deux textes, enfin adoptés, sont allés beaucoup plus loin que les textes français précités puisque, d'une part, il s'agit de lois votées par le Parlement (ce qui leur donne un statut juridique et une légitimité politique très supérieurs) et que, d'autre part, ils décrivent de manière beaucoup plus détaillée non seulement les missions des services de renseignement, mais également la nature des pouvoirs particuliers qui leur sont conférés et les mécanismes administratifs et judiciaires qui en assurent le contrôle.

C'est pourquoi – tout en saluant les avancées des années 1980 et 1990 – nous avons, avec d'autres, déploré que n'existe pas en France « un texte législatif unique définissant le statut juridique des activités de renseignement et de sécurité » et appelé à ce que soit établi un « véritable statut juridique » des activités de renseignement²⁶. L'argument ne se limitait pas à invoquer le respect des standards internationaux, mais insistait aussi sur le fait qu'aujourd'hui les prérogatives

♦♦♦

(15) Sur cette évolution (dont il voit une étape fondatrice dans le rapport canadien de la commission McDonald en 1981), cf. notamment Peter Gill, « Security Intelligence and Human Rights: Illuminating the "Heart of Darkness" », *Intelligence and National Security*, vol. 24, n°1, 2009, p. 84-85.

(16) V. O. Forcade, *La République secrète - Histoire des services spéciaux français de 1918 à 1939*, Nouveau Monde Éditions, 2008.

(17) Ni le décret du 26 octobre 1944 créant la DGER, ni l'arrêté du 22 novembre 1944 fixant l'organisation de la DST, ni le décret du 4 janvier 1946 qui substitua le SDECE à la DGER.

(18) Jacques Fournet, « Témoignage sur la mise en œuvre de la loi du 10 juillet 1991 et son impact sur les services de sécurité », *Rapport CNCIS pour 2001*, p. 67.

(19) Décret n° 82-306 du 2 avril 1982 portant création et fixant les attributions de la direction générale de la Sécurité extérieure (et abrogeant le décret du 4 janvier 1946).

(20) Décret n° 81-1041 du 20 novembre 1981 fixant les attributions de la direction de la Protection et de la Sécurité de la défense et portant suppression de la direction de la Sécurité militaire.

(21) Décret n° 82-1100 du 22 novembre 1982.

(22) Décret n° 92-523 du 16 juin 1992 portant création de la direction du Renseignement militaire.

(23) Décret n° 2008-609 du 27 juin 2008 relatif aux missions et à l'organisation de la direction centrale du Renseignement intérieur, *JORF* n°0150 du 28 juin 2008.

(24) Le *Security Service Act 1989*, qui précise bien que son objectif est de donner une base légale à ce service (« to place the Security Service on a statutory basis ») et d'organiser les conditions dans lesquelles peut s'exercer un contrôle judiciaire ou administratif sur ses activités (« to establish a procedure for the investigation by a Tribunal or, in some cases, by the Commissioner of complaints about the Service »).

(25) *Intelligence Services Act 1994*.

(26) Cf. notamment notre ouvrage précité [Warusiel, 2000, p. 137] et B. Warusiel, « Le renseignement, dimension majeure de l'action publique dans une société d'information », in *Le renseignement français contemporain - Aspects juridiques et politiques*, précité, p. 30.

dérogatoires au droit commun doivent être expresses et légalement fondées pour être admissibles tant juridiquement que politiquement : « *L'irruption du droit dans le domaine jusque-là préservé des affaires secrètes ne signifie pas nécessairement la fin des prérogatives régaliennes en matière de renseignement et d'action spéciale. Cela marque simplement le fait que dans la société internationale civilisée et ouverte que nous souhaitons tous pour le troisième millénaire, il n'y aura plus de "raison d'Etat" autosuffisante mais uniquement l'affirmation - moyennant limites et contrôles prévus par la loi - de prérogatives dérogatoires accordées à la puissance publique pour assumer certaines fonctions particulières de sécurité* »²⁷.

Cet appel a été finalement entendu lors de la rédaction du nouveau *Livre blanc* sur la défense et la sécurité nationale de 2007 qui a non seulement mis en avant l'importance opérationnelle de la fonction de renseignement²⁸, mais aussi conclu à la nécessité de donner à cette exigence du renseignement un fondement juridique cohérent et de niveau législatif : « *Un nouveau dispositif juridique définira donc les missions des services de renseignement, les garanties apportées aux personnels et aux sources humaines, ainsi que les modalités principales de la protection du secret de la défense nationale. Des adaptations de nature législative seront apportées, en respectant l'équilibre entre protection des libertés publiques, efficacité des poursuites judiciaires et préservation du secret. À ce titre, une définition législative des missions des services de renseignement sera élaborée. Elle devra couvrir l'ensemble des missions des services de renseignement et être suffisamment précise pour les agents des services de renseignement concernés* »²⁹.

Mais cette recommandation officielle n'a encore été, à ce jour, que partiellement suivie d'effet. La nouvelle loi de programmation militaire 2009-2014 a, certes, donné une définition légale de la nouvelle notion de « sécurité nationale » qui couvre la dimension du renseignement (puisqu'elle « *a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation* »³⁰) et créé le Conseil national du renseignement, en tant que « *formation spécialisée du conseil de défense et de sécurité*

nationale »³¹. Elle a également affirmé « *la priorité donnée à la nouvelle fonction connaissance et anticipation* »³² et fait figurer les missions de renseignement parmi les attributions expresses des ministres de la Défense et de l'Intérieur³³.

De même, plusieurs adaptations législatives ont récemment été votées pour renforcer le secret de défense ou pour protéger l'anonymat des agents des services de renseignement³⁴.

En revanche, la définition législative des missions des services de renseignement et de sécurité et l'articulation de celle-ci avec les différents moyens de contrôle internes et externes caractéristiques d'un État de droit manquent encore à l'appel. Or, la consécration législative de ces missions et du contrôle démocratique qu'elles impliquent est une condition souvent rappelée par la doctrine et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer, dans ce domaine particulièrement sensible, la préservation des libertés fondamentales.

Le renseignement et la garantie des libertés fondamentales protégées par la CEDH

Il ne suffit pas, en effet, d'assurer la séparation des pouvoirs et d'assurer la prééminence de la norme juridique sur les pratiques administratives pour établir l'État de droit. Encore faut-il qu'à ces garanties formelles nécessaires s'ajoute, sur le fond, le respect de principes essentiels garantissant la protection des droits de l'homme. En France, ces principes sont constitutionnellement reconnus, mais leur protection est plus largement assurée en Europe au travers de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et de la jurisprudence de sa Cour.

....

(27) Article précité [Warusfel, 2003, p. 34].

(28) Cf. son chapitre 8 « Connaître et anticiper », *livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, La documentation Française/Ed. O. Jacob, 2007, p. 133-150.

(29) *Livre Blanc* 2007 précité, p. 142.

(30) Article L.1111-1 du Code de la défense (CD), modifié par l'article 5 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

(31) Article L.1111-13 CD modifié, complété par l'article R.1122-6 du Code de la défense modifié 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.

(32) Section 2.1 du rapport annexé à la loi n° 2009-928.

(33) Le ministre de la défense est chargé « *du renseignement extérieur et du renseignement d'intérêt militaire* » (article L.1142-1 CD modifié), tandis que le ministre de l'Intérieur « *est responsable du renseignement intérieur* » (article L.1142-2 CD modifié, lequel vise, de manière implicite, les attributions de Bercy en la matière, puisqu'il indique « *sans préjudice des compétences des ministres chargés de l'économie et du budget* »).

(34) Par les articles 11 à 13 précités de la loi du 29 juillet 2009 (en ce qui concerne le renforcement du secret de défense et la classification de certains lieux - dont vraisemblablement certaines installations des services de renseignement).

C'est donc à l'aune des dispositions essentielles de cette Convention qu'il faut évaluer les conditions auxquelles les prérogatives et les pratiques des services de renseignement et de sécurité peuvent demeurer compatibles avec le bon fonctionnement d'une société démocratique.

Les libertés fondamentales les plus susceptibles d'être remises en cause par ces activités de renseignement sont : la protection de la vie privée (article 8), la liberté d'expression (article 10), le droit à un procès équitable (article 6) et le droit à la liberté et à la sûreté (article 5).

Plusieurs importants arrêts de la CEDH sont intervenus dans des cas confrontant les pratiques de renseignement avec ces droits essentiels. Il en ressort un corpus jurisprudentiel assez cohérent que l'on peut résumer en trois principes.

1°) Les impératifs de sécurité, et notamment ceux relevant de la sécurité nationale des États, justifient qu'il soit apporté certaines restrictions à l'exercice des principales libertés que garantit la Convention. Cette légitimité des dérogations établies pour des raisons de sécurité résulte avant tout de la rédaction de la Convention, dont les articles précités comportent tous une mention en ce sens. Ainsi par exemple, l'article 8.2 prévoit qu'il « ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique... »

Elle a été logiquement rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de situations impliquant des prérogatives ou des pratiques de renseignement. Ainsi dans l'arrêt Klaas de 1978, la CEDH a estimé que « les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire ». Elle a donc conclu que « l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales »³⁵.

♦♦♦

(35) CEDH I, arrêt *Klaas et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28.

(36) CEDH, arrêt *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, série A n° 116.

(37) Dans son arrêt du 16 février 2000, *Amann c./ Suisse*, concernant l'écoute et le fichage d'une personne ayant des contacts avec l'ambassade d'URSS, la CEDH a considéré, par exemple, que les textes régissant les activités de contre-espionnage en cause n'étaient pas assez clairs pour être connus des particuliers.

(38) CEDH, arrêts *Kruslin c. France et Iuvisig c. France*, 24 avril 1990, série A n° 176-A et 176-B. L'adoption de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret de correspondances émises par la voie des télécommunications et le contrôle des interceptions de sécurité (qui est – à bien des égards – le texte précurseur en France du mouvement de légalisation des pratiques de renseignement) est directement issue de ces arrêts de la Cour de Strasbourg.

De même, dans l'arrêt *Leander* de 1987 qui concernait l'usage de renseignements consignés dans un registre secret de la police pour l'examen de l'aptitude d'une personne à un emploi important pour la sécurité nationale, le système suédois d'enquête de sécurité et d'habilitation du personnel travaillant dans des postes intéressant la défense a été considéré comme poursuivant « un but légitime au regard de l'article 8 »³⁶.

2°) Ces dérogations légitimées par des motifs de sécurité nationale doivent, par ailleurs, être établies par la loi (en application du principe de « prééminence du droit », déjà évoqué précédemment) et rendues accessibles au citoyen (ce qui exclut la possibilité de textes non publiés ou rédigés d'une manière trop vague ne permettant pas au citoyen d'en apprécier la portée)³⁷. Ainsi, dans l'affaire *Leander*, la CEDH a considéré que « l'ingérence trouvait une base valide en droit interne, l'ordonnance de contrôle du personnel » et que cette « ordonnance, publiée au *Journal officiel suédois*, répondait à l'exigence que la "loi" en cause soit accessible à l'intéressé ». À l'inverse, ont été condamnées des situations dans lesquelles la restriction concernée n'avait pas de support législatif spécifique (comme ce fut le cas à l'encontre de la France, s'agissant des pratiques existantes avant 1991 en matière d'écoutes téléphoniques)³⁸.

3°) Le degré d'ingérence supportable dans l'exercice des principales libertés est souverainement apprécié par le juge qui doit rechercher l'équilibre et la proportionnalité entre les libertés des citoyens et le « besoin social impérieux » résultant des motifs de sécurité invoqués par l'État. Dans l'arrêt *Klaas* précité, la CEDH l'a exprimé en des termes aujourd'hui consacrés : « les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée ». Dans son arrêt *Observer* de 1991 (portant, cette fois-ci, sur la demande d'interdiction de publication par la presse d'informations confidentielles relatives au fonctionnement du service de renseignement intérieur britannique MI5), elle a relevé également que la liberté d'expression « telle que la consacre l'article 10... est assortie

d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante. [...] L'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2 implique un "besoin social impérieux". Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une "restriction" se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10 »³⁹. De même, s'agissant du placement sous surveillance et de filatures d'un individu suspecté d'appartenir à la mafia, la CEDH a considéré que cette limitation à sa liberté d'aller et de venir était justifiée par la menace que la criminalité organisée fait peser sur une société démocratique⁴⁰.

4°) Parmi les éléments essentiels que la CEDH prend en compte pour apprécier si l'équilibre entre la liberté protégée et la restriction invoquée est effectivement assuré, elle s'assure prioritairement de l'existence ou non de dispositifs de contrôle susceptibles de prévenir ou de sanctionner d'éventuels abus. Ainsi l'arrêt *Klaas* affirme que « quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus » tandis que dans l'affaire *Leander* précitée, elle a relevé que, en dehors des contrôles opérés par le Gouvernement lui-même, c'est au Parlement et à des institutions indépendantes qu'il incombe de veiller à la bonne marche du système⁴¹. À l'inverse, dans un arrêt *Popescu* plus récent de 2007 (concernant l'utilisation d'interceptions de communication à l'encontre de militaires roumains soupçonnés de contrebande), la Cour a condamné la Roumanie après avoir rappelé que « l'expression "prévue par la loi" impose non seulement le respect du droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi, qui doit être compatible avec le principe de la prééminence du droit » et que « la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer aux individus de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite les autorités publiques à prendre pareilles mesures secrètes ». Or, en l'espèce, la CEDH a considéré que

même si « l'affaire *Klaas* précitée a donné lieu à un constat de non-violation de l'article 8 au motif que la loi allemande sur la sûreté nationale contenait des garanties adéquates et suffisantes pour prémunir les individus contre d'éventuels abus des autorités..., la Cour n'est pas persuadée que tel est aussi le cas en la présente espèce. En effet, l'examen minutieux des exigences de la législation roumaine applicable et des obstacles de fait potentiellement rencontrés par toute personne s'estimant lésée par une mesure d'interception de ses communications relève des insuffisances incompatibles avec le degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique »⁴².

Conclusion

Sur la base de ces règles d'interprétation, il est donc possible de déterminer quelles sont les conditions auxquelles le cadre juridique du dispositif français de renseignement doit satisfaire pour être compatible avec le respect des libertés fondamentales qui caractérisent l'État de droit.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà indiqué, il convient que toutes les prérogatives reconnues à ces services et susceptibles de constituer des restrictions à l'exercice des libertés publiques soient établies de manière précise par la loi. À notre sens, ce n'est pas encore totalement le cas. Si le recours aux interceptions de sécurité est bien déterminé par la loi de 1991 précitée et si le recours au secret de défense est encadré par les dispositions conjuguées du Code pénal et du Code de la défense, il n'en est pas encore de même pour les différentes techniques de surveillance et de renseignement clandestin. Un premier pas dans la légalisation de ces pratiques à des fins judiciaires a été franchi avec la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001⁴³ et – surtout – la loi du 9 mars 2004 dite « *Perben 2* » portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁴⁴. Mais la mise en œuvre de ces mêmes pratiques (infiltration, surveillances, sonorisations, manipulations de sources humaines, etc.)

♦♦♦

(39) CEDH, arrêt *Observer et Guardian c./Royaume-Uni*, 24 octobre 1991, n° 51/1990/242/313.

(40) CEDH arrêt *Raimondo c./Italie*, 22 février 1994, série A, n° 281. Pour l'application du même raisonnement dans un cas d'infiltration d'un agent pour détecter un trafic de stupéfiants, sans contrariété injustifiée avec l'article 8 de la Convention, cf. arrêt CEDH, *Lüdi c./Suisse*, 15 juin 1992, série A n°238.

(41) Dans cet arrêt *Leander*, la CEDH a notamment relevé la présence de députés au Conseil national de la police qui a autorisé la communication des renseignements à la Marine et la surveillance qu'exercent sur le système suédois de contrôle du personnel le Chancelier de la Justice et le médiateur parlementaire ainsi que la Commission parlementaire de la Justice, ce qui lui a permis de considérer qu'il y avait là des garanties suffisantes contre des abus éventuels et d'en conclure à la validité du système concerné par rapport aux exigences de l'article 8 CEDH.

(42) CEDH, arrêt *Popescu c. Roumanie* (n°2), 26 avril 2007, requête n°71525/01.

(43) Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *J.O.R.F.*, n°266, 16 Novembre 2001 (en particulier, ses dispositions sur les enquêtes préalables à certaines habilitations ou sur la protection des témoins anonymes).

(44) V. notre commentaire du projet de loi correspondant : B. Warusfel, "La situation des agents infiltrés et des informateurs de police : une sortie progressive de l'opacité ?", *Droit & Défense*, 2003/4, p. 33-38.

par les services de renseignement en dehors de toute procédure judiciaire continue à s'effectuer sans cadre légal précis, ce qui peut avoir des conséquences négatives soit sur la situation personnelle des fonctionnaires qui y recourent, soit sur le sort d'éventuelles procédures judiciaires ultérieures dans lesquelles seraient reprises les informations ainsi recueillies.

L'amélioration de la relation (aujourd'hui presque inexistante) entre les procédures judiciaires et les activités de renseignement nous semble, en effet, la seconde exigence d'un droit du renseignement moderne, efficace et démocratique. Un exemple récent en illustre la nécessité : celui de la relaxe le 24 février 2009 par la cour d'appel de Paris de cinq anciens détenus français à Guantanamo au motif que la procédure était fondée sur des interrogatoires clandestins menés à Guantanamo par des fonctionnaires de la DST, la Cour estimant que dans un même dossier il ne pouvait y avoir confusion entre les missions de renseignement et de police judiciaire⁴⁵. Dans une affaire plus ancienne qui concernait les pratiques de renseignement des services des Douanes, la Cour de cassation avait annulé une procédure judiciaire pour fraude fiscale aux motifs que les preuves avaient été obtenues de manière clandestine et illégale à l'étranger⁴⁶. Enfin, le refus traditionnel en France de laisser le juge répressif accéder au contenu des informations classifiées peut se révéler préjudiciable à la garantie des libertés individuelles et au droit à un procès équitable (alors que dans d'autres systèmes juridiques, les juridictions ont une capacité plus importante d'accès et d'appréciation des informations secrètes, et notamment de celles provenant des sources du renseignement)⁴⁷.

Enfin, en suivant les principes fixés par la CEDH (qui – nous l'avons vu – évalue la consistance des garanties susceptibles de prévenir d'éventuels abus), il faut certainement renforcer les pouvoirs effectifs des différentes instances de contrôle direct ou indirect sur les activités de renseignement. Le *Livre blanc* de 2007 précisait bien

que « l'information relative à l'activité des services de renseignement sera garantie à travers l'action de la délégation parlementaire au renseignement. Le contrôle externe de ces activités sera quant à lui assuré par des autorités administratives indépendantes compétentes, en particulier la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité et la commission de vérification des fonds spéciaux »⁴⁸. Reste à doter ces différents dispositifs de moyens suffisants pour exercer une mission de contrôle suffisamment approfondie pour pouvoir détecter efficacement et réparer les éventuelles dérives. L'indispensable extension des missions de la Délégation parlementaire au renseignement ou de la commission de vérification des fonds spéciaux⁴⁹, l'attribution d'un pouvoir de décision (et non plus simplement consultatif) à la CCSDN 50 ou l'éventuel regroupement des missions entre certaines des autorités administratives concernées (CCSDN, CNCIS, CNIL notamment) pourraient être des axes d'amélioration utiles du dispositif français actuel dans le but de lui doter plus d'efficacité juridique ainsi qu'une meilleure lisibilité démocratique.

Comme l'énonçait justement l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2005, « le fonctionnement des services de renseignement doit être basé sur une législation claire et appropriée, supervisée par les tribunaux ». Elle insistait, par ailleurs, sur l'importance du contrôle parlementaire et sur la nécessité que les conditions de mise en œuvre des « mesures exceptionnelles » par ces services soit définies et limitées par la loi⁵¹. La France a longtemps été en retard quant à un tel encadrement juridique de ses activités de renseignement et à leur conciliation avec les règles de l'État de droit. Mais ces dernières années ont marqué une réelle évolution en ce sens dont il faut se féliciter. L'effort doit donc maintenant se déplacer du terrain des principes à celui de leur application effective. Les nouvelles instances mises en place vont devoir y travailler activement, car la légitimité et l'efficacité à long terme de notre appareil de renseignement et de sécurité nationale en dépendent.

Bertrand WARUSFEL

♦♦♦♦

(45) Cf. notamment, *Le Monde*, 24 février 2009.

(46) Cass. Crim., 28 octobre 1991, n° 90-83.692.

(47) Pour une étude comparée de la situation dans plusieurs États, cf. *Le secret de la défense nationale devant le juge*, Sénat, Service des affaires européennes, février 1998.

(48) *Livre blanc* 2007, précité, p. 140.

(49) Commission créée par l'article 154 de la loi de finances pour 2002 et qui – paradoxalement – dispose de moins de prérogatives que celle instituée en 1947 et qu'elle a remplacée (cf. notamment, X. Cabanes, « La réforme des fonds spéciaux », *Droit et Défense*, n° 2002/1, p. 34-39 et Sandrine Coursoux-Bruyère, « Les fonds spéciaux : les zones d'ombre de la réforme », *Les Petites Affiches*, 5 janvier 2006, n° 4).

(50) Dans ce sens, notre point de vue « Vers un véritable juge du secret ? », *Armées d'aujourd'hui*, n° 292, juillet 2004, p. 55 (republié dans une version développée en annexe du *Rapport 1998-2004 de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, La documentation Française, 2005, p. 267-270).

(51) « Democratic oversight of the security sector in member states », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, comité des affaires politiques, doc. n° 10567, 2 juin 2005.