



PAR M. LE PROFESSEUR BERTRAND WARUSFEL,  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ LILLE 2,  
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

## POUR UN VÉRITABLE SECRET DE SÉCURITÉ NATIONALE

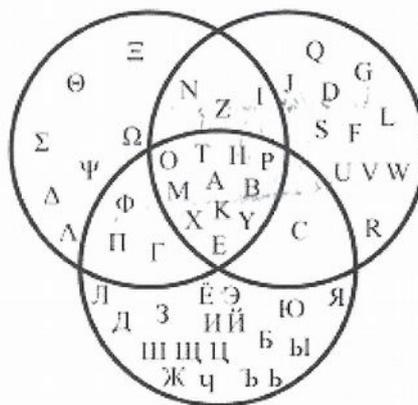
Dans tous les domaines, sécurité rime avec secret, et aux secrets privés répond un secret public qui protège les informations les plus sensibles touchant la sécurité de la collectivité. Ce secret de la Défense nationale - trop souvent perçu comme un obstacle à la justice et au contrôle démocratique - se détache progressivement d'une logique de la "raison d'Etat" et doit devenir un vrai secret de sécurité nationale.

### LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE, UNE PRÉROGATIVE RÉGALIEUNE

Le secret de la Défense porte en lui une ambivalence intrinsèque. D'un côté, l'Etat a toujours revendiqué le pouvoir discrétionnaire de classer, en refusant tout contrôle extérieur (au point que, jusqu'en 1981, aucun texte publié ne l'organisait administrativement). Mais, d'un autre côté, l'efficacité du contre-espionnage a nécessité que la violation du secret de Défense soit réprimée par les juridictions répressives, et donc soumise aux contraintes légales d'un Etat de droit.

Dès lors, une double difficulté s'est posée. La première concernait le périmètre des informations qui pouvaient faire l'objet d'une classification. Au-delà des seules données militaires ou diplomatiques, la pratique a conduit à l'étendre à d'autres domaines, économiques, technologiques ou relatifs à des questions de sécurité intérieure, au risque de faire perdre au secret de Défense sa spécificité, voire sa légitimité.

Par ailleurs, l'intervention de la Justice bute sur l'interdiction faite au juge d'accéder au contenu du secret, même lorsqu'il doit en sanctionner la violation. Comment assurer un procès équitable lorsque l'objet



du litige échappe au contrôle de la juridiction, alors que le principe de la légalité des délits et des peines impose que la loi définisse strictement les critères de l'infraction et que le juge en vérifie la matérialité ? Comment s'assurer que le secret opposé au juge d'instruction n'est pas un prétexte pour couvrir une infraction ou une turpitude ?

Ces difficultés ont été à leur comble sous l'empire des dispositions adoptées durant la guerre d'Algérie par l'ordonnance du 4 février 1960, qui renonçait à toute forme de définition du secret de la Défense nationale et ne fournissait aux juridictions aucun élément permettant d'apprécier la réalité du secret invoqué par l'administration.

### UNE RÉNOVATION JURIDIQUE PROGRESSIVE

Une fois éteints les derniers feux de la guerre froide, deux réformes ont modernisé le cadre juridique du secret de Défense. Le nouveau Code pénal de 1992

a, d'abord, découplé la répression des actes d'espionnage ou de trahison (infractions contre les intérêts fondamentaux de la Nation commises au profit de l'étranger et passibles de la Cour d'Assises pour les plus graves) de la sanction de la simple compromission du secret.

Son article 413-9 CP a, ensuite, redéfini le secret de la Défense nationale par deux critères :

- un critère matériel tenant à la nature des informations (dont "la divulgation est de nature à nuire à la Défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la Défense nationale") ;

- un critère formel (quelles aient "fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion", c'est-à-dire quelles aient été classifiées). Ainsi – comme l'ont précisé les travaux parlementaires – "le juge disposera de critères précis pour apprécier la pertinence des décisions de classement et ne pourra plus considérer comme secrètes des informations non classées" (M. Sapin, Ministre délégué à la Justice, Assemblée nationale, séance du 7 octobre 1991).

C'est, ensuite, la loi du 8 juillet 1998 qui, créant la

**Dans tous les domaines, sécurité rime avec secret, et aux secrets privés répond un secret public**

Commission consultative du secret de la Défense nationale (CCSDN), a introduit, pour la première fois, le regard d'un tiers sur la pratique régalienn

de la Commission consultative du secret de la Défense nationale (CCSDN), a introduit, pour la première fois, le regard d'un tiers sur la pratique régalienn

A ces deux réformes qui constituent un progrès pour l'Etat de droit, se sont ajoutées les modifications introduites par la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009 encadrant la pratique des perquisitions pouvant amener à la révélation d'un élément classifié. Ce texte a accru les prérogatives de la CCSDN qui doit être associée à toute perquisition qui débouche sur la découverte d'un élément classifié ou dans un lieu pouvant en abriter.

Mais, pressé par l'actualité du moment, le législateur

La vigilance doit être constante et la protection doit être assurée dans le respect de l'équilibre que tout Etat de droit construit en permanence entre sécurité et liberté



de 2009 avait aussi accepté d'avaliser une curieuse innovation, à savoir la classification d'un lieu en lui-même, indépendamment de celle des informations qu'il peut abriter. Le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité a mis fin à cette dérive qui – au-delà de toute nécessité raisonnable – aurait sanctuarisé des lieux placés de facto hors du contrôle de la Justice et dont seul le Gouvernement aurait pu autoriser l'accès. Il a censuré cette disposition qui subordonnait le travail du juge à une décision administrative et conduisait "à ce que tous les éléments de preuve, quels qu'ils soient, présents dans ces lieux lui soient inaccessibles tant que cette autorisation n'a pas été délivrée", opérant ainsi une conciliation "déséquilibrée" entre les différentes exigences constitutionnelles (considérant n° 37, décision CC n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011).

Cette importante décision a eu également le mérite de consacrer la valeur constitutionnelle des intérêts fondamentaux de la Nation, tout en fixant la ligne de conduite à suivre dans ce domaine sensible en rappelant que le législateur doit "assurer une conciliation qui ne soit pas déséquilibrée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que la recherche des auteurs d'infractions et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation".

#### DE NOUVELLES ÉTAPES À FRANCHIR

Deux progrès paraissent pouvoir s'inscrire dans la suite logique de ces évolutions. Le premier concerne l'encadrement des durées de classification. S'inspirant de la logique invoquée en 1997 par le Ministre de la Défense, selon laquelle il faudrait "classifier moins pour classifier mieux", l'instruction interministérielle n° 1300 dispose, désormais, que "l'autorité émettrice mentionne sur le document la

date à partir de laquelle le document sera automatiquement déclassifié. Lorsque cette date ne peut être déterminée, l'autorité émettrice mentionne la date ou le délai au terme duquel le niveau de classification devra être réexaminé" et que, "en tout état de cause, la révision du besoin et du niveau de classification des informations ou supports doit être effectuée rigoureusement selon une périodicité inférieure ou égale à dix ans" (article 46).

Ce principe réglementaire maintenant explicite reste, cependant, encore assez ignoré, et ce, alors même que la CCSDN rappelle les risques de sur-classification, indiquant, par exemple, dans son rapport 2010 que

**L'intervention de la Justice bute sur l'interdiction faite au juge d'accéder au contenu du secret**

"trop de documents ne relèvent pas ou ne relèvent plus d'une nécessité de protection. Il en est notamment ainsi pour des dossiers anciens qui, avant tout versement aux archives, auraient

dû faire l'objet d'une mise à jour de la classification au regard de l'intérêt actualisé de la protection". Rappelons que 44 % des avis de la CCSDN depuis sa création recommande la déclassification totale et 32 % une déclassification partielle (v. rapport CCSDN 2013), ce qui témoigne du fait que beaucoup de secrets formels ne mériteraient plus de l'être.

S'agissant maintenant de la judiciarisation du secret, l'expérience acquise par la CCSDN permet d'envisager de renforcer – ou de dépasser – le système actuel qui

ne constituait qu'un compromis imparfait. Pour se rapprocher d'une véritable appréciation juridictionnelle des secrets invoqués par l'administration, il est, sans doute, temps d'intégrer plus étroitement la CCSDN au processus juridictionnel (allant jusqu'à en faire, au final, ce que l'on a déjà appelé "un juge du secret").

Plusieurs pistes pourraient être étudiées. Tout d'abord, permettre la saisine directe de la CCSDN par les juridictions elles-mêmes (et non plus par le biais du Ministre) aurait une vertu symbolique forte. Ensuite, l'abandon du caractère consultatif de l'avis de la CCSDN concrétiserait un état de fait, alors que ses recommandations sont presque toutes suivies par les autorités gouvernementales lorsque la dé-classification est prescrite. Enfin, l'avis indépendant de la CCSDN sur la matérialité et la pertinence du secret devrait être requis avant toute décision judiciaire portant sur une violation présumée d'un secret de la Défense nationale.

Maintenant que la Défense nationale a été redéfinie en 2009 comme une composante de la stratégie plus large de "sécurité nationale" (nouvel art. L1111-1 du Code de la Défense), c'est un véritable secret de sécurité nationale qu'il faut établir, dont le périmètre de protection soit repensé à la lumière de celui des activités de sécurité nationale (lesquelles se distinguent, notamment, de la sécurité publique) et dont la protection soit assurée dans le respect de l'équilibre que tout Etat de droit construit en permanence entre sécurité et liberté.

