

**LE SECRET DE DÉFENSE  
ENTRE LES EXIGENCES DE L'ÉTAT  
ET LES NÉCESSITÉS DU DROIT**

par

**Bertrand WARUSFEL,**

*maître de conférences à la faculté de Droit de l'Université Paris V*

Parmi tous les secrets que le droit reconnaît et protège, le secret de la défense nationale est généralement considéré comme le secret suprême, ne serait-ce que par l'importance des peines qui en sanctionnent la violation. Mais c'est aussi parce qu'il est souvent opposé aux investigations de la Justice elle-même. Véritable attribut régalien, le secret de la défense nationale exprime toujours la survivance juridique d'une certaine raison d'État, mais c'est aussi une prérogative publique qui commence à être encadrée par le droit.

**I. LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE EST UN ATTRIBUT RÉGALIEN, QUI EXPRIME LA SURVIVANCE D'UNE CERTAINE "RAISON D'ÉTAT"**

Prérogative de l'Administration relevant complètement de son pouvoir discrétionnaire, le secret de la défense nationale demeure une notion au contenu flou et extensible, ce qui permet à l'exécutif de l'utiliser comme dernier recours face aux investigations des autres pouvoirs.

I.1. Une prérogative exclusive de l'administration

Si le droit pénal reconnaît l'existence du secret de la défense nationale, puisqu'il en sanctionne la violation (par les articles 413-9 à 413-11 du nouveau Code pénal), il est toujours revenu à l'administration le soin de fixer elle-même, par voie réglementaire, le contenu des règles qui régissent son fonctionnement.

Ainsi le décret du 17 juillet 1998 fixe-t-il les principes essentiels de l'organisation de la protection des informations constituant des secrets de la défense nationale. Ce texte (qui reprend, avec quelques aménagements, les orientations du décret du 12 mai 1981 qu'il abroge) organise un système reposant sur trois piliers complémentaires :

- des règles relatives à la classification des informations et de leurs supports (avec trois niveaux de classification : Confidentiel-Défense, Secret-Défense, Très Secret-Défense) ;
- des règles relatives aux personnes pouvant accéder aux informations classifiées, et qui doivent remplir deux conditions cumulatives : avoir été préalablement habilitées au niveau correspondant et avoir "*le besoin d'en connaître*" ;
- des règles relatives à la gestion et à la protection des informations classifiées.

En application de ce texte réglementaire, l'administration organise les procédures de classification, d'habilitation et de protection physique et logique des informations par voie d'instructions internes non publiées, qui sont - pour les plus importantes - des instructions interministérielles rédigées par les services du Premier ministre (c'est-à-dire, en l'espèce, le Secrétariat général de la défense nationale) et pour d'autres des instructions ministérielles (principalement, au sein du ministère de la Défense).

Ainsi, le secret de défense est bien une prérogative entièrement placée entre les mains de l'administration, puisque celle-ci a non seulement le monopole de son emploi mais aussi celui de définir les règles qui organisent sa gestion et sa protection. Et cette exclusivité a d'autant plus de portée que les obligations liées à ce secret ne s'imposent pas aux seuls agents de l'État, mais bien à tous les citoyens : à la différence, par exemple du secret professionnel, avec lequel on le compare souvent, le secret de défense n'est pas un "secret personnel" (c'est-à-dire auquel ne sont tenues que certaines personnes spécifiquement déterminées), mais bien un "secret réel" (qui protège une catégorie d'informations déterminée, quelque soit la personne concernée).

Par cette capacité à imposer à tous le respect de contraintes dont l'objet et l'opportunité relèvent de la seule appréciation de l'administration, le secret de la défense nationale constitue bien la manifestation la plus extrême de ce que notre droit administratif appelle "le pouvoir discrétionnaire".

## I.2. Un contenu qui reste généralement flou et extensible

En donnant ainsi à l'administration d'État la possibilité de décider à la fois de ce qui est secret (décision de classification), des modalités de sa protection et des conditions de son emploi, le système français de protection du secret de défense a logiquement donné naissance à une notion dont le contenu a toujours été extensible, au gré des circonstances et des décisions administratives qu'elles ont suscitées.

Un rapide survol de la pratique administrative en la matière et des rares jurisprudences intervenues, nous montre que le secret de la défense nationale est susceptible de recouvrir des informations de différentes natures.

Le noyau dur est indiscutablement constitué par les informations secrètes touchant aux opérations militaires et aux négociations diplomatiques. Historiquement, en effet, ce sont dans les domaines de la conduite de la politique extérieure et de la guerre que l'état a affirmé son besoin de disposer d'informations secrètes et son droit à les conserver telles : le secret du Prince s'est traduit, au XIXème siècle, en un "secret militaire", d'abord protégé durant le temps de guerre, puis ensuite organisé et défendu dès le temps de paix (par la loi de 1886 en France, par exemple). Et les premières décisions des juridictions pénales, vers la fin du XIXème et au début du XXème siècle ont successivement reconnu un caractère secret à des plans militaires, à des pièces d'armement et à des négociations diplomatiques.

Dès l'entre-deux-guerres, on a assisté à une extension de l'application de cette notion à d'autres domaines d'activité considérés comme ayant un rapport direct ou

indirect avec la défense nationale. Dès la loi du 26 janvier 1934<sup>1</sup>, les informations à caractère concernant "*la mobilisation économique du territoire français*" furent considérées comme pouvant constituer des secrets de défense, avant que - une fois adoptée la loi du 13 avril 1938 relative à l'organisation de la nation en temps de guerre - une première réforme du Code pénal en 1939<sup>2</sup> vienne englober largement dans la sphère du secret "*les informations d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel.*" A partir de 1945, on considéra notamment comme couvertes par le secret, toutes les informations relatives aux programmes d'armement et aux exportations de matériel de guerre<sup>3</sup>.

Et lorsque l'ordonnance du 7 janvier 1959 eut finalement défini très largement la notion de "défense nationale" et renoncé à en décrire en détail le contenu<sup>4</sup>, l'ordonnance du 4 juin 1960 réforma à nouveau le Code pénal en donnant une définition purement générique et "*finaliste*" des secrets de défense, qui laissait désormais toute latitude aux autorités administratives pour fixer elle-même le contenu de ce type de secret.

Même si l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994 a conduit une nouvelle fois à modifier la définition juridique du secret de défense – comme nous allons le voir plus loin – le sens de cette évolution centenaire reste toujours inchangé : le secret de la défense nationale est un outil juridique dont les autorités gouvernementales fixent discrétionnairement le contenu et les limites au gré des besoins de leur politique et des contraintes du moment. Cela en a donc fait, tout naturellement, un moyen de dernier recours capable de préserver l'exécutif de la curiosité de l'opinion publique, mais plus encore de celle des deux autres pouvoirs.

### I.3. Un outil de dernier recours toujours opposé par l'exécutif aux autres pouvoirs

L'objet de toute législation sur le secret de défense est bien d'organiser les conditions juridiques dans lesquelles un État peut légitimement éviter qu'une information confidentielle soit révélée à l'opinion publique.(et, par là, connue par des personnes mal intentionnées). Mais il est clair qu'un tel dispositif permet aussi souvent au pouvoir exécutif d'opposer un refus aux demandes d'information ou d'investigation provenant des deux autres branches de l'État, parlementaire et judiciaire.

En France, en effet, les textes et la pratique qui en ait faite empêchent tant les parlementaires que les magistrats d'accéder réellement à des informations classifiées. Et si cette confidentialité extrême au sein même de l'État est justifiée par des intérêts de sécurité compréhensibles, elle est parfois le moyen ultime de défense qu'utilise un gouvernement pour tenter d'enrayer l'action du Parlement ou de la justice lorsque

---

<sup>1</sup> Loi du 26 janvier 1934 tendant à réprimer les délits d'espionnage et les agissements délictueux compromettant la sûreté extérieure de l'État, *J.O.R.F.*, 30 janvier 1934, p. 915.

<sup>2</sup> Décret-loi du 29 juillet 1939.

<sup>3</sup> Cf. notre ouvrage, Bertrand Warusfel, *Contre-espionnage et protection du secret – Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Éditions Lavauzelle, 2000, pp. 232-247.

<sup>4</sup> Cf. Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967, pp. 17-18.

ceux-ci s'attaquent à certains dossiers "sensibles" susceptibles de remettre en cause des vérités officielles, et en particulier lorsque celles-ci ont trait aux opérations ou aux méthodes de renseignement et de contre-espionnage.

S'agissant du Parlement, l'article 6 de l'ordonnance de 1958 sur le fonctionnement des assemblées parlementaires<sup>5</sup> fait du secret "*concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure et extérieure de l'État*" une exception au pouvoir de communication et d'investigation des commissions parlementaires. Le seul cas de figure dans lequel les parlementaires pourraient donc encore bénéficier d'informations secrètes serait donc celui de la réunion des Assemblées en comité secret, mais cette pratique toujours prévue par les textes est de facto tombée en désuétude.

S'agissant des juridictions en revanche, le pouvoir du gouvernement de refuser la communication d'informations classifiées n'est établi par aucun texte et résulte simplement d'une pratique, partiellement confirmée par la jurisprudence. Devant les juridictions judiciaires, un arrêt de la Cour de cassation a reconnu la possibilité qu'un témoin refuse de témoigner devant une juridiction pour cause de secret de défense (mais laisse la juridiction concernée seule juge de la légitimité de ce refus<sup>6</sup>) tandis que

deux arrêts de la Chambre d'accusation de Paris confirment la possibilité pour un ministre d'opposer le secret de la défense nationale aux investigations d'un juge d'instruction<sup>7</sup> (principe sur lequel – pour autant – la Cour de cassation n'a jamais été amené à prendre formellement position). Devant les juridictions administratives, c'est l'arrêt *Coulon* de 1955<sup>8</sup> qui a affirmé l'impossibilité pour le juge administratif d'enjoindre la production d'informations ou de documents classifiés, laissant simplement à celui-ci la possibilité de tenir compte dans son jugement du refus de communication des pièces par l'administration (dans la lignée de la jurisprudence Barel).

Sous couvert de l'application de ces interprétations jurisprudentielles, de nombreux dossiers politiques ou judiciaires sensibles de ces dernières décennies ont révélé l'usage qui pouvait être fait par l'administration du secret de défense pour soustraire à la curiosité de la presse ou de la justice des informations éventuellement compromettantes. Ce fut le cas à l'occasion des poursuites dans l'affaire dite « des micros du Canard enchaîné » (dans laquelle les fonctionnaires de la DST invoquèrent

---

<sup>5</sup> Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977 modifiant l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, en vue de préciser les moyens d'action des commissions d'enquête et de contrôle, *J.O.R.F.*, 20 juillet 1970.

<sup>6</sup> Cass. Crim., 6 décembre 1956.

<sup>7</sup> Le premier arrêt concernait l'affaire des micros du Canard Enchaîné (Paris, Chambre d'accusation, 21 mai 1975, n°510/75, extraits reproduit en annexe 13 de notre ouvrage, *op. cit.*, pp. 451-456) et le second celle du vrai-faux passeport (Paris, Chambre d'accusation, 27 mai 1987, *Chalier et autres*, extraits reproduit en annexe 16 de notre ouvrage, *op. cit.*, pp. 461-464).

<sup>8</sup> CE, *Secrétaire d'État à la Guerre c./Coulon*, 11 mars 1955, *Rec.*, 149 ; *R.D.P.*, 1955, p. 995, concl. Grévisse ; *D.*, 1955, J. p. 555, note de Soto & Léauté ; *A.J.D.A.*, 1955, II, p. 181, note Long.

le secret de défense pour échapper aux investigations du juge d'instruction<sup>9</sup>), lors de l'affaire Luchaire en 1986-1987 (classification puis déclassification du rapport Barba), de l'affaire dite des « Irlandais de Vincennes » (classification puis déclassification partielle du rapport Boyé), dans celle du « vrai-faux passeport », ou - plus récemment - dans le cadre de l'instruction du dossier relatif aux écoutes de la section anti-terroriste de l'Élysée (refus de témoigner de M. Ménage, puis de M. Bouchet, alors président de la CNCIS)<sup>10</sup>. Par ailleurs, le scandale des « avions renifleurs », découvert en 1984, illustra clairement comment une pratique administrative de « sur-classification » de certains documents avait pu permettre le développement d'une grave escroquerie sans qu'aucune instance de contrôle ne puisse s'y opposer (faute de pouvoir exercer efficacement son travail)<sup>11</sup>. Dans chacun de ces cas, la pression conjuguée des médias et de l'opinion publique a, en quelque sorte, « délégitimé » l'usage du secret de défense et a souvent conduit le pouvoir politique à décider *in fine* la levée - partielle ou totale - du secret. Un exemple très caractéristique fut celui du dossier dit "Schuller-Maréchal", dans laquelle, le Premier ministre a rapidement décidé de ne pas invoquer le secret qui s'attachait à la réalisation de l'écoute téléphonique contestée<sup>12</sup>.

Une pratique trop discrétionnaire du secret de défense peut donc susciter, par contrecoup, le besoin d'un cadre plus strict et de moyens de contrôle plus développés. D'ores et déjà, le secret de la défense nationale est entré en France dans un processus de réconciliation avec le droit et avec les principes fondamentaux d'un État démocratique et d'une société de l'information.

## II. UNE PRÉROGATIVE QUI COMMENCE À ÊTRE ENCADRÉE PAR LE DROIT

Si la pratique du secret de défense témoigne de ce qu'il est, au plus haut point, un instrument d'État, les évolutions récentes de son cadre juridique manifeste cependant la volonté de le rendre progressivement compatible avec les contraintes de l'État de droit. Après avoir dû composer, il y a vingt ans avec l'entrée en vigueur de lois relatives aux droits des administrés, le secret de défense a été doté en 1994 d'une définition formelle qui - tout en respectant les prérogatives gouvernementales - ouvre la voie à un renforcement des contrôles *a posteriori* sur son usage, comme en témoigne déjà la timide institution en 1998 d'une "commission consultative du secret de la défense nationale".

---

<sup>9</sup> Ce dossier donna lieu - outre l'arrêt de la chambre d'accusation précité à un avis du Conseil d'État (CE, Commission spéciale, avis du 19 juillet 1974).

<sup>10</sup> Sur les abus de l'usage du secret de défense dans ces différentes affaires judiciaires, cf. notre ouvrage, *op. cit.*, pp. 344-352.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 326-333.

<sup>12</sup> Selon la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (sur cette CNCIS cf. infra), si l'usage du secret de défense "est pleinement légitime lorsqu'il est conforme à son objet (...) en revanche, le secret doit pouvoir être levé, comme il l'a été dans l'affaire Schuller-Maréchal, si son maintien n'aurait d'autre justification que de couvrir indûment des agissements dont la révélation publique est utile pour faire respecter l'application loyale de la loi" (Commission nationale des interceptions de sécurité, 4<sup>ème</sup> rapport d'activité 1995, La documentation française, 1996, pp. 30-31).

## II.1. La nécessité de préciser les limites entre le secret de défense et les "nouveaux droits des administrés"

Les différentes lois relatives à l'information des citoyens et à leur protection face aux prérogatives de l'administration ont évidemment empiété sur le domaine réservé du secret de défense. Le législateur a donc été obligé de préciser dans le corps même de ces lois les conditions de leur coexistence avec l'existence du secret de la défense nationale, créant ainsi – en creux – un premier cadre juridique contraignant en la matière.

La loi du 17 juillet 1978 consacrant le droit d'accès aux documents administratifs<sup>13</sup> est un premier exemple caractéristique de cette évolution. Mais au-delà de son article 1<sup>er</sup> garantissant "*le droit de toute personne à l'information*", cette loi a également - et pour la première fois - donné un fondement légal et défini des limites au secret administratif en établissant une liste d'exception, au sein de laquelle on retrouve le secret de défense. Mais cette loi n'a pas fait que conforter la légalité de l'usage du secret de défense, elle a aussi contraint les administrations centrales à publier des arrêtés donnant la liste des principales catégories de documents qu'elles estiment relever des différents secrets dérogeant à l'obligation de communication des documents administratifs. On dispose donc aujourd'hui pour chaque ministère d'un arrêté précisant notamment les catégories de document qui relèvent du secret de la défense nationale. Et bien que ces arrêtés demeurent rédigés en termes généraux et vagues, cette forme de déclaration positive du contenu du secret de défense n'est pas sans valeur juridique ou symbolique<sup>14</sup>.

Par référence aux exceptions à la communication des documents administratifs, la loi du 11 juillet 1979<sup>15</sup> (modifiée et complétée par la loi du 17 janvier 1986<sup>16</sup>) prend également en compte le secret de défense et en fait un motif de non-motivation de certaines décisions administrative individuelles défavorables. Son article 4 dispose, en effet, que "*les dispositions de la présente loi ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret*" (article 4, alinéa 2), tandis qu'un nouvel alinéa de l'article 1<sup>er</sup> (introduit en 1986) dispense de toute motivation les décisions refusant une autorisation "*lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.*" C'est notamment sur ce fondement que le Conseil d'État s'appuie pour confirmer – par une jurisprudence, à notre sens, trop extensive – la non-motivation de principe de toute décision de refus d'habilitation au secret<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre social et fiscal, *J.O.R.F.*, 18 juillet 1978, modifiée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 puis par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

<sup>14</sup> Cf. notamment s'agissant du ministère de la défense, de l'arrêté du 17 novembre 1980, complété par l'arrêté du 22 juin 1984.

<sup>15</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *J.O.R.F.*, 12 juillet 1979.

<sup>16</sup> Loi n° 86-76 du 17 janvier 1986, *J.O.R.F.*, 18 janvier 1986, article 26.

<sup>17</sup> Cf. CE, 13 juin 1997, *Ministre de la Défense c./M. Pourbagher*, Conclusions C. Bergeal, *R.F.D.A.*, 14(2), mars-avril 1998, p. 360, note B. Warusfel, *Droit & Défense*, 98/2, pp. 56-63.

A la même époque, la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 a également pris en compte l'existence du secret de défense. Elle a, en effet, dispensé de certaines formalités de publicité la création des "*traitements automatisés d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique*" (articles 19 et 20, et au niveau réglementaire, le décret du 28 décembre 1979<sup>18</sup>). Mais elle a, en contrepartie, organisé un système de vérification indirecte (appelé improprement "*droit d'accès indirect*") des informations personnelles figurant dans les fichiers secrets et a habilité pour ce faire des membres de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) pour accéder à ces fichiers secrets (article 39). Ce dispositif est très remarquable dans la mesure où il donne à la C.N.I.L. (par l'intermédiaire de certains de ses membres et de ses agents) une prérogative vis-à-vis du secret de défense que la pratique administrative et contentieuse refuse – nous l'avons vu – à tous les magistrats, tant de l'ordre judiciaire qu'administratif et à la grande majorité des autres autorités administratives indépendantes.

Plus récemment, la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des télécommunications a défini les cas et les modalités dans lesquels des "interceptions de sécurité" peuvent être effectuées sur instruction du Premier ministre. Mais ce texte a du aussi, en contrepartie, instituer la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) en vue de veiller à l'application par les services concernés des obligations prévues par la loi et lui a donné – bien qu'elle comporte en son sein, deux parlementaires – du droit de "*procéder au contrôle de toute interception de sécurité*" (article 15) c'est-à-dire implicitement du droit de connaître, dans le cadre de ses contrôles, d'informations classifiées (puisque toutes les données relatives aux interceptions de sécurité sont protégées par le secret de défense).

Redéfinissant ainsi progressivement les frontières entre l'application du secret de défense et les droits reconnus aux citoyens dans leurs relations avec la puissance publique, le législateur a du finalement revoir la définition juridique même du secret de défense, pour en atténuer le caractère discrétionnaire. Ce fut l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal qui en a fourni l'occasion.

## II.2. Une définition objective finalement donnée par le nouveau Code pénal

Dans le nouveau Code pénal (nCP), le secret de défense n'est donc plus que l'un des éléments - parmi d'autres - qui composent le dispositif de protection des "*intérêts fondamentaux de la nation*"<sup>19</sup>. De la position centrale qu'il occupait dans les réformes de 1939 et de 1960, le secret de défense se retrouve donc, d'une certaine façon, à la périphérie du système, subissant ainsi ce que nous avons appelé à l'époque un "*retournement copernicien*."<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Décret n° 79-1160 du 28 décembre 1979 fixant les conditions d'application aux traitements d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *J.O.R.F.* du 31 décembre 1979, p. 3331.

<sup>19</sup> Sur cette notion fondamentale créée en 1994, cf. notre ouvrage, *op. cit.*, pp. 166-176.

<sup>20</sup> Cf. Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, thèse, Université Paris V, 1994, p. 82.

Mais surtout l'article 413-9 nCP donne désormais une définition positive (et non plus purement "finaliste") du secret de défense :

*"Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion.*

*Peuvent faire l'objet de telles mesures, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale".*

Ainsi donc, le secret de défense est désormais défini par référence à la combinaison de deux conditions<sup>21</sup> :

- un critère formel (que les informations ou documents concernés aient "*fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion*") et qui déjà restreint la compétence discrétionnaire du pouvoir exécutif (puisque l'administration ne peut plus déclarer secrète *a posteriori* n'importe quelle information non formellement classifiée à l'époque de la commission de l'infraction supposée) ;
- un critère matériel (et encore largement "finaliste"), puisque seuls peuvent faire l'objet d'un secret, les éléments "*dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale*".

Ce second critère est plus essentiel encore car sa présence indique bien que seuls les informations ou documents ayant un contenu justifiant la protection peuvent être classifiées. Et cette appréciation de la pertinence du secret n'est pas du seul ressort de l'autorité émettrice, elle fait également l'objet d'un contrôle *a posteriori* par le juge pénal éventuellement saisi d'un cas de compromission. Les débats parlementaires ont été formels sur ce point.<sup>22</sup> Nous avons là le fondement de la mise en place progressive et, à notre sens, inéluctable, d'un véritable contrôle indépendant de l'usage du secret de la défense nationale.

<sup>21</sup> Cette interprétation est partagée par tous les commentateurs : ainsi, par exemple, F. Gauvin parle du "*critère mixte*" de détermination des secrets de la défense nationale (Fabrice Gauvin, *Le secret de la défense nationale en droit français*, Thèse, Université Grenoble II, 1996, pp. 66-70).

<sup>22</sup> L'exposé des motifs du projet de loi indiquait que "*les dispositions nouvelles précisent, en outre, le cadre juridique dans lequel doit s'exercer le pouvoir de l'administration de manière que le juge puisse exercer son contrôle sur la pertinence des mesures de protection adoptée*" (Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, *Assemblée nationale*, seconde session ordinaire de 1990-1991, document n° 2083, 5 juin 1991, p.8) et le ministre délégué à la justice déclara que "*ne peuvent faire l'objet de telles mesures que les éléments "dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale"* et qu'ainsi "*le juge disposera de critères précis pour apprécier la pertinence des décisions de classement*" (*Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 2ème séance du 7 octobre 1991, p. 16).

### II.3. La loi du 8 juillet 1998 : première étape vers un contrôle nécessaire

Après un débat doctrinal<sup>23</sup> animé et stimulé périodiquement par les remous des différentes affaires médiatiques déjà évoquées précédemment, le législateur a finalement retenu la proposition de mise en place d'une autorité administrative indépendante destinée à apprécier l'opportunité de communiquer à certaines juridictions des informations classifiées. La loi du 8 juillet 1998<sup>24</sup> a donc 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.

La nouvelle commission consultative en charge du contrôle du secret de défense dispose de moyens propres et ses membres (dont deux parlementaires, comme au sein de la CNCIS) sont inamovibles, ce qui lui donne une autonomie matérielle et hiérarchique vis-à-vis de l'État, tout en restant - comme les autres autorités de même nature - un simple démembrement de l'État dépourvu de toute personnalité juridique et exerçant une activité de contrôle non juridictionnelle. Ce statut volontairement ambigu d'autorité administrative indépendante a été choisi en connaissance de cause pour interposer une structure intermédiaire entre la demande du juge et la décision gouvernementale. Du même coup, ce choix - que nous approuvons, pour notre part, en tant qu'il nous paraît constituer une "*voie intermédiaire*" vers un véritable contrôle juridique du secret de défense - a été critiqué par certains qui ironisent sur cette forme de "*contrôle contrôlé*"<sup>25</sup>.

Mais plus important, le rôle de cette commission demeure limité et purement consultatif. Il est notamment limité par le fait que la commission ne peut être saisie qu'à la suite d'une demande de communication formulée par une juridiction, demande non transmise directement mais par l'intermédiaire du ministre concerné. Si cette étape intermédiaire entre la juridiction et la commission paraît sans conséquences (puisque que le ministre a l'obligation de saisir la commission), elle est cependant symbolique du désir du législateur de ne pas permettre un dialogue direct entre le juge et la commission et de cantonner celle-ci dans un rôle indirect de conseiller du gouvernement, et de lui refuser toute mission d'auxiliaire de la justice.

Tout au plus, ce caractère consultatif et indirect donné à l'intervention de la commission - qui laisse toute liberté de décision finale à l'État - est-il tempéré par quelques obligations prévues par la loi. La plus importante est sans doute l'obligation faite à l'administration de laisser les membres de la commission "*connaître de toute information classifiée*" et la reconnaissance au profit de son président d'un pouvoir particulier d'"*investigation*". Mais la loi prévoit également l'administration à laquelle

---

<sup>23</sup> Cf. notamment notre thèse de 1994 précitée, le rapport du Conseil d'État pour 1995 (*Études et documents du Conseil d'État - Rapport public 1995*, La documentation française, 1996) ; Marc Guillaume, "Secret de la défense nationale et État de droit", *L'État de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996 ; Bertrand Warusfel, "Définition juridique et contrôle du secret de la défense nationale", in *Le secret et l'État, Cahiers de la Fondation pour les études de Défense*, n° 12, 1998, pp. 15-30.

<sup>24</sup> Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, *J.O.R.F.*, 9 juillet 1998, p. 10488.

<sup>25</sup> Cf. le débat reproduit in *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 30, 4/1997, pp. 146-154.

la commission transmet cet avis à l'obligation d'en transmettre le sens à la juridiction concernée et de publier parallèlement celui-ci (article 8). Par "*sens de l'avis*", il faut entendre la teneur de la recommandation formulée par la commission, à savoir l'un des trois choix suivants : avis défavorable à la déclassification, avis favorable à celle-ci ou favorable à une déclassification partielle (article 7, troisième alinéa). Ainsi, la commission peut espérer pouvoir user d'un pouvoir d'influence et du caractère dissuasif que représentera nécessairement, dans l'opinion, la formulation d'un éventuel avis favorable.

En ne prévoyant qu'une publicité partielle (qui exclut celle des motifs détaillés de l'avis), la réforme vise tout à la fois à éviter toute atteinte abusive au secret légitime (qui pourrait être partiellement compromis par la connaissance d'un avis trop précis) et à laisser à l'autorité gouvernementale une plus grande marge de liberté vis-à-vis de l'avis rendu. De plus, en ne permettant à la Commission de recommander la communication à titre confidentiel d'une information non déclassifiée, mais en restreignant son choix et en l'obligeant à proposer la déclassification, cette loi limite encore l'impact de ce contrôle (puisque, dès lors qu'un quelconque intérêt de sécurité prescrit la prudence dans la communication de l'information, la commission n'a d'autres choix que refuser la déclassification et de confirmer le refus de communication)<sup>26</sup>.

Si donc l'institution de cette nouvelle commission marque un progrès symbolique fort en direction d'un contrôle accru de l'usage du secret de la défense nationale, il s'agit pour autant d'une réforme extrêmement prudente et qui ne devrait constituer qu'une étape dans un processus lent de réconciliation entre le secret de défense et l'État de droit.

## **Conclusion :**

Pris entre les exigences d'un État soucieux de sécurité et d'efficacité et les nécessités du droit dans une société démocratique et de plus en plus ouverte sur l'information et la communication, le secret de la défense nationale est engagé dans un processus juridique et politique irréversible. Cette évolution va sans doute être lente et progressive. Les récentes modifications réglementaires portant sur l'organisation administrative du secret (notamment le décret du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale<sup>27</sup>) prennent en compte cette évolution vers un meilleur encadrement juridique de l'usage de ce secret. Mais l'interprétation qui

---

<sup>26</sup> Pour des commentaires sur la loi du 8 juillet 1998 et les pouvoirs de la nouvelle commission, cf. notamment, Marc Guillaume, "La réforme du droit du secret de la défense nationale", *RFDA*, 14 (6), novembre-décembre 1998, pp. 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", *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.

<sup>27</sup> Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale, *J.O.R.F.*, 19 juillet 1998, p. 11118.

continue d'en être faite parfois<sup>28</sup> montre que les esprits ne sont pas encore complètement prêts à accepter que le secret de défense, expression ultime du pouvoir régalien, soit désormais soumis aux rigueurs du droit. Il nous semble pourtant que le terme de cette évolution est déjà fixé et qu'il est inscrit dans la logique d'un État de droit, à savoir, comme dans la grande majorité des grands pays démocratiques, l'acceptation – sous conditions – du contrôle juridictionnel de l'usage du secret de la défense.

Une telle évolution, à laquelle la pratique actuelle des autorités indépendantes telles la CNIL, la CNCIS et la CCSN nous prépare, doit être anticipée dès à présent. Il convient que l'organisation administrative de la protection du secret au sein des administrations tiennent mieux compte des responsabilités juridiques qui peuvent découler, par exemple, d'une mesure de classification abusive et que praticiens de la sécurité et juristes spécialistes du contentieux judiciaire et administratif imaginent ensemble la manière de concilier devant les juridictions la confidentialité de certaines informations sensibles, le respect du principe du contradictoire et la liberté fondamentale d'appréciation du juge.

Bertrand WARUSFEL

---

<sup>28</sup> Cf. en particulier l'exposé des motifs de la récente instruction ministérielle du ministère de la Défense (Instruction n° 11258 relative à la délimitation des domaines "secret-défense" et "confidentiel-défense" du 21 mars 2000, *BOEM*, 120-0\*) et notre commentaire, *Droit & Défense*, 2000/2, pp. 80-84.