

PARLEMENT ET SECRET(S)

LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE était qualifié par le Conseil d'État en 1995 d'« angle mort » de la transparence¹. Guy Carcassonne y voyait alors un « abus de la démocratie² ». De telles critiques renvoyaient notamment, dans le contexte de différentes « affaires », aux conditions d'opposabilité du secret aux juges. La loi du 8 juillet 1998 a visé à remédier à ces critiques en créant une autorité administrative indépendante, la Commission consultative du secret de la Défense nationale. La première année de fonctionnement de cette commission souligne l'absence de dérive dans l'utilisation du secret.

67

Pour autant, cette réforme ne traitait pas d'une autre problématique récurrente du secret de la Défense nationale, celle des rapports entre le Parlement et le secret. Ces rapports sont par nature délicats. Agora du débat public, le Parlement est le lieu d'échange démocratique. Il se veut aujourd'hui encore davantage, dans une société d'information et d'immédiateté, un lieu d'ouverture et non de confidentialité. Ces exigences sont contradictoires avec les impératifs qui guident le secret. Ceux-ci tiennent parfois à la protection des intérêts des individus. Ils visent aussi à protéger des intérêts publics qui doivent être tenus à l'abri de toute publicité.

De cet antagonisme, le Parlement a par définition à connaître lorsqu'il fait la loi régissant le secret. Il opère alors une alchimie d'équilibre qui est en réalité ambivalente. D'une part, le secret est un effet

* Le présent article n'exprime que le point de vue de son auteur.

1. Rapport public du Conseil d'État, *Études et Documents*, n° 47, La Documentation française, 1995.

2. Guy Carcassonne, *Le Point*, n° 1308, 11 octobre 1997.

opposable au Parlement. Mais, d'autre part, le secret est également opposable par le Parlement.

LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE EST AUJOURD'HUI PLUS TRANSPARENT POUR LE JUGE

Le droit du secret

Le secret de la Défense nationale est défini à l'article 413-9 du Code pénal. Celui-ci donne une définition purement formelle de ce secret :

« 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.

68

« Peuvent faire l'objet de telles mesures les renseignements [...] 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.

« Les niveaux de classification des renseignements [...] présentant un caractère de secret de la Défense nationale et les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par un décret en Conseil d'État. »

Cette définition purement formelle interdit au juge de réprimer la divulgation d'informations qui n'auraient pas fait préalablement l'objet d'une classification. Le nouveau Code pénal a ainsi éliminé du droit français la notion de secret « par nature ». Pour autant, cette réforme n'a pu opérer une définition matérielle du secret. Des tentatives passées en ce sens, notamment le décret-loi du 29 juillet 1939, ont échoué car elles n'arrivaient pas à couvrir toutes les informations dont la protection peut être nécessaire³.

Le Code pénal définit également aux articles 413-10 à 413-12 les peines réprimant les atteintes au secret. Les peines correctionnelles encourues sont de sept ans d'emprisonnement et 700 000 F d'amende (art. 413-10). Pour le reste, le droit du secret est fixé par le décret du

3. Sur l'analyse de l'ensemble du droit du secret de la Défense nationale, voir notre contribution « Secret de la Défense nationale et État de droit », *L'État de droit, mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 365-388.

17 juillet 1998 relatif à la protection du secret de la Défense nationale. Ce décret institue trois niveaux de classification :

– Très secret défense (TSD) : cette mention « est réservée aux informations [...] dont la divulgation est de nature à nuire très gravement à la Défense nationale et qui concernent les priorités gouvernementales en matière de défense ».

– Secret défense (SD) : cette mention « est réservée aux informations [...] dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la Défense nationale ».

– Confidentiel défense (CD) : cette mention « est réservée aux 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 classifié au niveau TSD ou SD ».

69

Ces critères de classification ont été durcis en 1998 par rapport à ceux précédemment fixés par le décret du 12 mai 1981. Cette orientation répond à la volonté exprimée par Alain Richard, ministre de la Défense, dans un entretien publié par *Le Monde* en date du 27 novembre 1997. Il s'agit de « classifier moins pour classifier mieux ». Dans le même sens, le décret de 1998 ne comporte plus disposition relative à la mention « diffusion restreinte ». Le décret du 17 juillet 1998 fixe, par ailleurs, les rôles respectifs du Premier ministre (TSD) et des ministres (SD et CD) pour définir les critères et modalités d'organisation de la protection des informations classifiées.

L'opposabilité du secret

Dans deux avis des 19 juillet et 29 août 1974, le Conseil d'État a rappelé les pouvoirs des juges administratif et judiciaire lorsque ceux-ci demandent, à l'occasion d'un litige, la communication de pièces couvertes par le secret de la Défense nationale ou l'audition de fonctionnaires sur des sujets également classifiés :

– Quiconque est détenteur d'un secret défense ne peut le divulguer. Cette obligation doit être opposée même à une juridiction.

– C'est à l'autorité responsable qu'il appartient de décider des communications à faire et de désigner, le cas échéant, les personnes qui répondent aux convocations en justice.

– Quand la juridiction se trouve placée devant un refus de communication ou de témoignage, elle peut s'assurer, auprès du ministre compétent, de la légitimité de ce refus. Dans le cas où ledit refus est confirmé, elle en prend acte et statue ce que de droit.

Ces règles sont d'abord appliquées par le juge lorsqu'il réprime les compromissions du secret, par exemple à l'encontre de personnes ayant monnayé des informations classifiées. Elles le sont également lorsque le magistrat ne peut obtenir une information qu'il recherche car celle-ci est classifiée. Le soupçon pesant sur de telles oppositions du secret au juge a conduit à la loi du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la Défense nationale (CCSDN). L'exposé des motifs du projet de loi indique l'esprit de cette réforme : « Le doute entoure aujourd'hui l'utilisation du secret de la défense, qui est parfois perçue comme abusive [...] Cette absence totale de contrôle comme ces détournements de la finalité du secret nuisent à la légitimité même de celui-ci [...] La création d'une autorité administrative indépendante apportera la garantie publique aux justiciables et aux juges, et plus généralement aux citoyens, que le secret de la Défense nationale est invoqué à bon escient [...]. »

La commission est composée de cinq membres dont trois respectivement du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, auxquels s'ajoutent un député et un sénateur. L'origine de la saisine de la commission est constituée par les demandes motivées de toute juridiction française à qui le secret de la Défense nationale est opposé par une autorité administrative. Cette autorité saisit, à la demande de la juridiction, la commission. Celle-ci lui donne un avis sur la déclassification et la communication des informations ayant fait l'objet d'une classification en application de l'article 413-9 du Code pénal. Cet avis « prend en considération les missions du 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 la défense et la sécurité des personnels » (art. 7 de la loi).

Au vu de ces diverses considérations, potentiellement contradictoires, la commission rend un avis à l'autorité administrative dans les deux mois à compter de sa saisine. L'autorité administrative prend alors sa décision qu'elle notifie, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication des informations classifiées. Le sens de l'avis de la commission est publié au *Journal officiel*.

Un premier bilan de cette loi peut être dressé après un an et demi d'activité de la commission. Celle-ci a rendu moins d'une dizaine d'avis durant cette période, la plupart à la demande de la juridiction judiciaire

mais également à celle de la juridiction administrative. Ces avis ont conclu soit à la déclassification totale (99-01, 16 avril 1999, *JO*, p. 6508 ; 99-04, 28 mai 1999, *JO*, p. 12083), soit à la déclassification partielle (affaire Ben Barka, 99-05, 10 décembre 1999, *JO*, p. 19881), soit à la non-déclassification des informations (99-02 et 99-03, 28 mai 1999, *JO*, p. 8681 ; affaire Wolny, 2000-01, 27 avril 2000, *JO*, p. 9069). Ces avis avaient été précédés, avant le vote de la loi, de deux consultations par le Premier ministre du président de la Commission nationale consultative des interceptions de sécurité ; ces consultations avaient porté l'une sur les « écoutes de l'Élysée », l'autre sur des documents relatifs à M. Charles Hernu.

Le gouvernement semble s'être fixé comme règle de suivre strictement les avis de la commission. La publicité du sens de son avis a immédiatement conféré à celle-ci une autorité forte. Le ministre de la Défense a ainsi levé le secret sur tous les documents de l'affaire Ben Barka à l'exception de ceux dont le CCSDN avait écarté la déclassification car ils étaient relatifs aux vies privées des personnes concernées ou au fonctionnement de la DGSE ou étaient d'origine étrangère (AFP 061216, 7 janvier 2000). De même, avant le vote de la loi, à la suite des avis du président de la CNCIS, le Premier ministre a levé le secret sur une enquête réalisée en 1994 par le CNCIS sur les écoutes de l'Élysée. Il a par ailleurs procédé à un examen détaillé des informations sur lesquelles la levée du secret était demandée et, à la suite de cet examen, levé l'opposition du secret. Enfin, le Premier ministre a levé cette opposition du secret au juge pour les documents de la DST concernant M. Hernu.

Dans l'affaire Wolny, la CCSDN a rendu un avis de refus de toute déclassification (avis n° 2000-01 du 27 avril 2000, *JO*, p. 9069). Le gouvernement a suivi cet avis. À la suite de cette orientation, la cour administrative d'appel (CAA) de Paris a, dans un arrêt du 28 septembre 2000, condamné l'administration. L'arrêt révèle qu'il s'agissait d'un personnel du ministère de la Défense soumis à la loi du 3 février 1953 relatif aux personnels de la DGSE. En application de cette loi, un décret du 27 novembre 1967 porte dispositions statutaires desdits personnels. Ce décret n'a pas été publié mais est porté à la connaissance des intéressés lorsqu'ils prennent leurs fonctions. La CAA de Paris avait demandé la déclassification de ce décret qui n'a donc pas été opérée. La cour a alors annulé l'arrêté du ministre de la Défense plaçant M. Wolny en disponibilité sur la base de ce décret.

Cette espèce se situe dans le prolongement de la jurisprudence ancienne du Conseil d'État sur le secret. Dans une décision Secrétaire

d'État à la Guerre/Coulon (Assemblée, 11 mars 1955, *Rec.*, p. 149, aux conclusions du président Grevisse), le Conseil a jugé que « le juge administratif a la faculté de convier l'autorité responsable à lui fournir toutes indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte, aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause ; qu'il lui appartient, dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre, à l'ensemble des pièces fournies par le dossier ». Cette jurisprudence pragmatique a toujours permis au Conseil d'État de tirer les éventuelles conséquences négatives pour l'administration de son refus de fournir des informations classifiées.

72 Ce refus de déclassification, qui a donc conduit à la condamnation de l'administration par le juge, est évidemment bien différent des cas dans lesquels la demande de la juridiction ne serait pas conforme à la loi du 8 juillet 1998. Celle-ci pose en son article 4 que cette « demande est motivée ». Dans l'affaire Elf, le président de la CCSDN a indiqué au journal *Le Monde* que « la motivation exposée [par le juge] était trop succincte et trop vague pour que nous puissions y répondre précisément⁴ ». Le journal cite la demande des juges qui aurait porté sur « l'ensemble des documents en la possession de la direction générale des douanes concernant la société Elf et ses filiales pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 1989 et le 1^{er} septembre 1993 ». Le président de la CCSDN la commente ainsi : « Nous n'avons pu proposer de déclassifier que ce qui nous semblait concerner de près ou de loin l'instruction et encore on a ratissé large. »

Au total ce premier bilan de l'activité de la CCSDN souligne le peu d'affaires dont elle a été saisie et donc les très rares cas d'opposition du secret au juge. Il en va d'autant plus ainsi que certaines des demandes formulées en 1999 concernaient des affaires très anciennes, notamment le dossier Ben Barka. Ces affaires traitées et le « stock » ainsi disparu, le « flux » d'affaires est extrêmement réduit.

Ce constat souligne combien la problématique de l'opposabilité du secret au juge est à la fois très importante dans son principe et très mineure dans son nombre de cas d'application. Cette rareté démontre qu'il n'y a pas de dérive dans l'utilisation de secret. Celui-ci est peu invoqué devant le juge et, lorsqu'il l'est, le juge peut désormais s'adresser à une autorité administrative indépendante. Ce constat est satisfai-

4. *Le Monde*, 17 novembre 2000.

sant et rassurant pour la démocratie. Ce d'autant plus que l'écoute de certains pourrait, au premier abord, parfois conduire à une appréciation inverse. Cette vue est fautive. Tant mieux. Le secret de la Défense nationale répond bien à un intérêt public démontré et l'encadrement de son régime juridique n'a fait que renforcer cette légitimité.

LE SECRET EST OPPOSABLE AU PARLEMENT

L'opposabilité du secret au Parlement par le pouvoir exécutif a toujours posé question du fait de la contradiction entre la nature du secret et le lieu de débat public et démocratique qu'est le Parlement. Bertrand Warusfel rappelle divers épisodes historiques d'affrontements : « Aux États-Unis, peu d'années après la guerre d'Indépendance et la mise en place de la Constitution, George Washington en personne refusa de fournir à la Chambre des Représentants des documents relatifs au traité signé avec l'Angleterre en 1794. En France, durant la monarchie de Juillet, c'est Guizot qui livre aux chambres de fausses correspondances diplomatiques lors de l'épisode des "mariages espagnols" en 1847. En Grande-Bretagne, à la fin du XIX^e siècle, le gouvernement utilisait un système de double correspondance, ce qui faisait que deux dépêches portent souvent le même numéro, ce qui permet de soustraire au contrôle du Parlement les rapports secrets⁵. »

73

Ces dérives disparues, le secret demeure pleinement opposable au Parlement. Sur ces règles, des pratiques ont pu se greffer pour faciliter l'accès de parlementaires à des informations classifiées.

L'opposition du secret aux parlementaires

L'article 413-9 du Code pénal ne comporte pas de mention d'exception et s'applique donc à tous, notamment aux parlementaires et aux juges. Ainsi le secret de la Défense nationale est opposable aux parlementaires dans toutes leurs activités. Il ne pourrait en aller autrement que si les textes propres au Parlement prévoyaient une disposition contraire. Or il n'en va ainsi, ni pour les commissions parlementaires, ni pour les commissions d'enquêtes, ni pour les offices, ni pour le travail budgétaire.

L'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires comporte des dispositions

5. *Le Secret de la Défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, thèse, Paris-V, 1994.

relatives aux commissions permanentes. Celles-ci ont été modifiées par la loi du 14 juin 1996 tendant à élargir les pouvoirs d'information au Parlement. Cette loi ajoute à l'ordonnance n° 58-1100 un article 5 *ter* qui dispose que : « Les commissions permanentes ou spéciales peuvent demander à l'assemblée à laquelle elles appartiennent, pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois, de leur conférer, dans les conditions et limites prévues par cet article, les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête par l'article 6 de l'ordonnance. » De même cette loi a ajouté un article permettant à une commission spéciale ou permanente de convoquer toute personne dont elle estime l'audition nécessaire. Cependant cette possibilité s'exerce « sous réserve de sujets de caractère secret et concernant la Défense nationale, les Affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État ».

74 Les pouvoirs des commissions d'enquête sont fixés par la même ordonnance n° 58-100 du 17 novembre 1958. Elles sont formées pour recueillir des éléments d'information « soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales ». Leurs rapporteurs « exercent leur mission sur pièces et sur place. Tous les renseignements de nature à faciliter cette mission doivent leur être fournis ». Cependant il n'en va ainsi qu'à « l'exception des documents revêtant un caractère secret et concernant la Défense nationale, les Affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État [...] » (art. 6).

Le même type de disposition a été prévu par la loi du 14 juin 1996 qui crée un office parlementaire d'évaluation des politiques publiques. Cette loi a inséré un article 6 quinquies IV dans l'ordonnance du 17 novembre 1958 qui dispose que « l'office est habilité à se faire communiquer tous documents de service de quelque nature que ce soit d'ordre administratif et financier, réserve faite des sujets de caractère secret et concernant la Défense nationale, les Affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État ».

L'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 prend elle aussi en compte le secret de la Défense nationale. Elle prévoit en effet que : « Réserve faite des sujets de caractère secret concernant la Défense nationale, les Affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État [...] [les parlementaires] sont habilités à se faire communiquer tous documents de service de quelque nature que ce soit. »

La loi du 8 juillet 1983 a créé un office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Les pouvoirs des membres de l'office ont été définis en référence à ceux des rapporteurs des budgets

des ministères. Les mêmes dispositions relatives au secret de la Défense nationale s'appliquent donc lors du travail mené par ces parlementaires.

Le législateur n'a pas souhaité modifier cet état du droit à l'occasion du vote de la loi du 8 juillet 1998. Le Sénat avait alors proposé qu'une commission parlementaire, à l'instar d'une juridiction française, puisse bénéficier de la procédure d'avis devant la Commission consultative de secret de la Défense nationale. L'Assemblée nationale n'a pas partagé ce vœu. Son rapporteur, Bernard Grasset, indiquait alors qu'il « est à craindre qu'une telle disposition ne bouleverse l'équilibre de nos institutions et nuise à l'action du pouvoir exécutif, non dans ce qu'elle peut avoir de plus inquiétant et qui relève souvent du mythe, mais dans ce qui est le plus nécessaire à l'efficacité de certaines de ses actions ». C'était là revenir à la logique démocratique rappelée par l'objet des motifs de projet de loi : « L'appréciation des enjeux de la sécurité et de la défense de la France et la protection des intérêts fondamentaux de la nation relèvent, sous le contrôle du Parlement, de la responsabilité gouvernementale [...] Cette responsabilité politique demeure plus que jamais⁶. »

75

Ne pas permettre aux parlementaires et aux commissions du Parlement de saisir le CCSDN était par ailleurs la seule orientation compatible avec le choix d'inclure des parlementaires dans la composition de la commission. Il aurait en effet été impossible d'aboutir à une situation dans laquelle des parlementaires se prononceraient sur la demande d'autres parlementaires de déclassifier des documents émis par le pouvoir exécutif.

Le secret préside également très largement au régime d'une catégorie particulière de crédits budgétaires non affectés : les « fonds spéciaux », appelés plus couramment « fonds secrets ». Ces crédits sont inscrits au chapitre 37-91 des services généraux du Premier ministre. C'est là l'application de l'article 42 de la loi du 27 avril 1946 qui dispose qu'« il ne peut être ouvert de crédits de fonds spéciaux qu'au budget de la présidence du gouvernement ». Ces crédits se montaient à 394 millions de francs en 2000. Le Premier ministre répartit ultérieurement ces crédits entre les ministres qui « sont responsables devant lui des sommes mises à leur disposition » (art. 42 précité).

6. Documents Assemblée nationale, n° 824, avril 1998, p. 9.

Aucun contrôle parlementaire n'est effectué sur la gestion de ces crédits. Cette situation est critiquée par certains : Paul-Marie Gaudemet et Joël Molinier estiment à leur sujet : « Ces crédits, qui sont ainsi soustraits à toutes les règles de la procédure budgétaire et de la comptabilité publique, apparaissent comme une manifestation, sur le plan financier, de la raison d'État et comme la preuve que, même dans un État de droit, il subsiste toujours une certaine marge totalement discrétionnaire⁷. » Cette gestion relève des compétences du pouvoir exécutif. Le Parlement a lui-même rappelé la règle de responsabilité politique qui l'accompagne. L'article 42 de la loi du 27 avril 1946 dispose expressément que « le président du gouvernement est responsable devant l'Assemblée de l'emploi de ces fonds ».

76 La moitié de ces fonds (196 millions de francs) est destinée à la direction générale des services extérieurs (DGSE). Celle-ci était rattachée jusqu'à l'affaire Ben Barka au Premier ministre avant de l'être alors au ministre de la Défense. Ce nouveau rattachement n'a pas modifié l'intégration au budget du Premier ministre des fonds spéciaux, ce qui aurait constitué un retour à la situation prévalant avant 1946 dans laquelle les fonds spéciaux étaient inscrits dans les différents budgets tant civils que militaires.

Un contrôle spécifique a été institué pour la DGSE par le décret du 19 novembre 1947 « portant création d'une commission de vérification des dépenses faites sur les crédits affectés au service de documentation extérieure et de contre-espionnage ». Ce décret prévoit que les dépenses faites sur les crédits des fonds spéciaux affectés à la DGSE sont vérifiés chaque année par une commission présidée par un président de chambre à la Cour des comptes et comprenant deux autres membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de l'inspection générale des finances. L'article 2 du décret du 19 novembre 1947 dispose que « la commission prend connaissance de tous les documents, pièces et rapports susceptibles de justifier les dépenses considérées et l'emploi des fonds correspondants ». Ce décret ne prévoit donc pas d'exception à l'opposition du secret de la Défense nationale aux membres de la commission. Une loi aurait d'ailleurs été nécessaire pour ce faire. La commission établit un rapport qui est remis au Premier ministre.

7. *Finances publiques*, Montchrestien, 7^e éd., p. 311.

Le secret, non plus de la Défense nationale, mais lié aux relations diplomatiques de la France peut également être opposé au Parlement pour certains accords de défense. L'article 53 de la Constitution détermine les cas dans lesquels le Parlement doit autoriser la ratification ou l'approbation de traités ou accords internationaux. Il en va notamment ainsi pour la ratification des « traités de paix, des traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient les dispositions de nature législative ». Cet article ne mentionne pas les engagements internationaux portant sur des questions militaires (accords de défense, accord d'assistance militaire technique, accords sur les conditions de stationnement des forces françaises...). De tels engagements peuvent parfois modifier des dispositions de nature législative, mais ce ne sera pas le cas s'ils s'appliquent uniquement sur le territoire de l'autre État. Par ailleurs, ils peuvent ne pas créer de charges nouvelles et donc ne pas engager les finances de l'État au sens de l'article 53. Ainsi la Constitution autorise le pouvoir exécutif à passer certains accords internationaux en matière de défense sans autorisation préalable par le pouvoir législatif.

77

À l'initiative de son président, M. Paul Quilès, la commission de la Défense de l'Assemblée nationale a engagé, depuis 1997, des travaux sur ce sujet. M. François Lamy a été leur rapporteur. Ces travaux confirment que l'article 53 ne requiert pas que ces accords de défense soient soumis au Parlement. M. Lamy ajoute que ces accords « n'étaient souvent pas publiés et que les assemblées n'en possédaient pas même la liste complète, bien qu'ils ne semblent pas faire non plus l'objet d'une classification secret défense⁸ ». Le président Quilès ajoute que « seules des réponses aux questionnaires budgétaires permettent de connaître l'existence d'accords conclus, qualifiés de secret ; tel est le cas de l'accord de défense sur le Togo (1963), de l'accord spécial de défense avec le Cameroun (1974)⁹ ».

Face à cette situation, la commission de la Défense de l'Assemblée nationale a formulé diverses propositions. Celles-ci visaient d'abord à informer le Parlement de l'existence de ces textes. M. Lamy ajoutait cependant, « évoquant une étape ultérieure qui pourrait consister dans la communication officielle des accords aux présidents des assemblées

8. Commission de la défense nationale et des forces armées, compte rendu n° 21, mercredi 25 mars 1998.

9. Commission de la défense nationale et des forces armées, mardi 2 décembre 1999.

et de leurs commissions de la défense, voire aux assemblées elles-mêmes, que, dans la mesure où l'on sortirait alors du domaine du secret pour entrer dans celui de la discrétion, un texte législatif (modifiant l'ordonnance 58-1100) serait sans doute nécessaire ». En outre, se poserait bien entendu une question à l'égard de l'autre État partie qui pourrait invoquer la clause de secret de l'accord à laquelle la France a consenti. Cette problématique souligne combien, en droit, la question des accords de défense n'est pas, ou pas seulement, liée au régime juridique du secret de Défense nationale. Elle est également liée, d'une part, à la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif et, d'autre part, à la conduite des relations internationales de la France et au secret diplomatique qui lui sont liés.

78 *Une pratique d'accès aux informations*

Dans la pratique, il apparaît que de manière permanente ou dans des circonstances exceptionnelles, le pouvoir exécutif permet l'accès de certains parlementaires à des informations classifiées. Ainsi les présidents des commissions permanentes en charge de la Défense et des Affaires étrangères reçoivent, dans les deux chambres, copie de tous les télégrammes diplomatiques, y compris ceux classifiés.

Depuis la guerre du Golfe, l'information des parlementaires sur les opérations extérieures s'est développée de manière pragmatique. Cette information a notamment pu porter sur des aspects militaires classifiés. Ainsi lors de la guerre du Golfe, le gouvernement avait mis en place des modalités particulières d'information des parlementaires. Chaque semaine, le Premier ministre réunissait pour les informer du déroulement des opérations les présidents de groupe et les parlementaires spécialisés dans les questions internationales et défense. Cette vingtaine de parlementaires avait, au total, participé à 27 réunions d'information à Matignon pendant la durée des opérations. L'engagement français en Bosnie en 1994 et 1995 a également fait l'objet de multiples communications permettant une information privilégiée (ultimatum de Sarajevo, création de la Force de réaction rapide...). Enfin, pendant la crise du Kosovo, des modalités analogues ont été mises en place en 1999. Le Premier ministre a en outre reçu régulièrement les présidents de groupes parlementaires ainsi que les présidents des commissions compétentes.

La mission d'information conjointe de la commission de la Défense et des forces armées et de la commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale « sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994 » a bénéf-

ficié de modalités de travail inédites au regard des règles du secret de la Défense nationale. Ainsi la mission précise dans son rapport publié en décembre 1998¹⁰ qu'elle « a disposé de sources documentaires abondantes qui lui ont été communiquées à sa demande, sans qu'aucun refus ne lui ait été opposé, par le gouvernement, même lorsqu'il s'agissait de documents classifiés » (p. 15). Plusieurs centaines de documents figurent dans le tome II « Annexe » de ce rapport. Une bonne partie de ces documents était classifiée et comporte la mention de leur déclassification. Ainsi ont été déclassifiés plus de 150 documents des différents services du ministre de la Défense (DGSE, direction du renseignement militaire, état-major interarmées de planification...).

En 1999, deux commissions parlementaires avaient également été créées sur la Corse : commission d'enquête au Sénat sur la conduite de la politique de sécurité menée par l'État en Corse, commission d'enquête à l'Assemblée nationale sur le fonctionnement des forces de sécurité en Corse. Là encore, il apparaît que le gouvernement a déclassifié des documents à l'attention de ces commissions, et notamment le rapport d'inspection de la légion de gendarmerie en Corse.

Au total, ces diverses pratiques *praeter et contra legem* participent d'une orientation politique prise par le pouvoir exécutif de faire connaître par des parlementaires des informations dont il dispose. Guy Carcassonne, alors conseiller auprès du Premier ministre, évalue très positivement ce choix fait pendant la guerre du Golfe : « Les parlementaires ont parfaitement respecté la confiance et ils ont pu de ce fait être au courant de beaucoup de détails qu'il n'était pas possible pour des raisons de sécurité ou pour des raisons militaires de faire ou de laisser connaître [...] La confidentialité a été gardée¹¹. » Ce constat renvoie aux cas dans lesquels des parlementaires ont à connaître d'information classifiée et opposent le secret de la Défense nationale.

LE SECRET EST OPPOSABLE PAR LE PARLEMENT

Le décret du 17 juillet 1998 rappelle en son article 7 que « nul n'est qualifié pour connaître des informations ou rapports protégés s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation et s'il n'a besoin de la connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission ».

10. Rapport n° 1271, Assemblée nationale.

11. Voir *Pouvoirs*, n° 58, 1991, débat entre Guy Carcassonne, Olivier Duhamel et Yves Meny, p. 75 sq.

Cette disposition n'a jamais été appliquée aux parlementaires. Elle impliquerait qu'une décision d'habilitation soit prise et donc qu'une enquête de sécurité soit préalablement effectuée. Autant une telle orientation apparaîtrait, au besoin, possible pour les fonctionnaires des assemblées, autant elle porterait atteinte à la séparation des pouvoirs si elle était appliquée aux parlementaires. Appliquer cette procédure impliquerait en effet qu'une habilitation puisse être refusée aux parlementaires. Tout soupçon de refus pour des motifs politiques ne pourrait être écarté.

Face à cette difficulté, la loi organise l'accès des parlementaires, individuellement ou collectivement, aux informations classifiées. Les intéressés sont alors tenus, sous peine de sanctions pénales, de ne pas révéler ces informations. Ils doivent opposer le secret.

80

Le secret opposable individuellement par certains parlementaires

Le développement des autorités administratives indépendantes (AAI) est aujourd'hui connu de tous. Il n'existe pas de « statut type » de ces autorités. Les règles de leur composition et de désignation de leurs membres sont extrêmement variables. La présence de représentants du Parlement dans ces AAI s'est développée même si elle demeure l'exception. Dans tous les cas, les députés et sénateurs, membres de l'AAI, sont désignés respectivement par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ainsi la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) comprend deux députés et deux sénateurs (loi du 6 janvier 1978), la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) un député et un sénateur (loi du 17 juillet 1978), la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) un député et un sénateur (loi du 9 février 1999). Surtout, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) comprend trois membres, dont un député et un sénateur (loi du 10 juillet 1991) et la Commission nationale du secret de la Défense nationale (CCSDN) comprend cinq membres dont un député et un sénateur (loi du 8 juillet 1998).

Les cas de la CNCIS et de la CCSDN sont particulièrement importants, car les membres de ces deux commissions doivent accéder à des informations classifiées. Dans le premier cas, il s'agit pour eux de contrôler les écoutes administratives, dans le second de se prononcer sur la déclassification de documents. Ces lois ont posé de manière analogue pour les membres des deux commissions des exceptions à la règle de l'habilitation. Ainsi l'article 5 de la loi du 8 juillet 1998 dispose que : « Les membres de la commission sont autorisés à connaître de toute infor-

mation classifiée dans le cadre de leur mission. Ils sont astreints au respect du secret de la Défense nationale protégé en application des articles 413-9 et suivants du Code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions. »

En cas de compromission du secret, cette disposition s'appliquerait normalement de la même manière pour tous les membres de la CNCIS et de la CCSDN. Cependant, pour les parlementaires, l'article 26 de la Constitution pourrait exceptionnellement trouver à s'appliquer interdisant les poursuites contre un membre du Parlement « à l'occasion des opinions ou des votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ».

Ces modalités d'opposition du secret par des parlementaires sont celles que connaissent certaines des démocraties occidentales qui ont développé un contrôle du pouvoir législatif sur les activités de défense nationale de l'exécutif. Il en va parfois ainsi pour l'éventuel contrôle parlementaire sur les services de renseignement et de sécurité. Ainsi, en Allemagne, les lois du 11 avril 1978 et du 27 mai 1992 prévoient ce contrôle par la Commission de contrôle parlementaire ou PKK. La PKK est composée de huit ou neuf députés désignés par le Bundestag. Ses délibérations sont secrètes. Dans la plupart des États ayant institué un tel contrôle des activités de renseignement, la Commission spéciale du Parlement ne peut cependant pas accéder à toutes les informations classifiées. Ainsi, en Grande-Bretagne, l'Intelligence Services Act de 1994 précise que le Comité de renseignement et sécurité (ISC) composé de neuf membres des deux chambres ne peut accéder à certaines informations sensibles, notamment celles à caractère opérationnel. Il en va de même en Italie où le président du Conseil peut refuser de communiquer des informations sensibles au Comité parlementaire pour la sécurité (CPS).

81

Ces exemples étrangers soulignent que l'institution de commissions spéciales au sein du Parlement implique presque toujours, d'une part, que les parlementaires concernés ne fassent pas part publiquement de ces travaux et, d'autre part, que certaines informations sensibles ne leur soient pas communiquées. Sur le premier aspect, la connaissance de l'action de parlementaires sur ces questions constitue en effet pour les citoyens, à elle seule, une garantie. Cette orientation peut certes apparaître à certains plus délicate dans une société très médiatisée. C'est en partie ce qui explique, en France, la disparition des comités secrets.

Le secret opposable par le Parlement

L'article 33, alinéa 2, de la Constitution de 1958 dispose que « chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier

ministre ou d'un dixième de ses membres ». De semblables dispositions existaient déjà sous les Républiques précédentes. Elles ont notamment été largement utilisées pendant la Première Guerre mondiale entre juin 1916 et octobre 1917. Les comptes rendus de ces comités étaient néanmoins souvent divulgués. C'est notamment ce qui conduisit le général Lyautey, alors ministre de la Guerre, à démissionner le 14 mars 1917. Depuis lors, la dernière réunion d'une assemblée en comité secret remonte au 19 avril 1940. Pierre Avril et Jean Gicquel rappellent qu'une telle demande n'a été formulée qu'une seule fois sous la V^e République, le 19 décembre 1986. Elle relevait alors de l'obstruction et n'a pas recueilli le nombre de signatures requis du dixième des membres¹². *A fortiori* n'a jamais été utilisée la possibilité prévue à l'article 6 de l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958 de décider en comité secret de la non-publication d'un rapport d'une commission d'enquête.

82

De manière générale, l'obligation du secret s'imposait aux commissions d'enquêtes jusqu'à la réforme de l'ordonnance du 17 novembre 1958 par la loi du 20 juillet 1991. Cette obligation se heurtait à la volonté du Parlement de transparence de ses travaux et en réalité aux nombreuses indiscretions. Aussi « les auditions auxquelles procèdent les commissions d'enquêtes sont désormais publiques. Toutefois les commissions peuvent décider l'application du secret » (art. 6-IV de l'ordonnance). La commission d'enquête du Sénat sur « la sécurité en Corse : un devoir pour la République » a, en 1999, fait usage de cette disposition. Son rapport relève que « tous ses membres se sont attachés à respecter la confidentialité des travaux de la commission¹³ ».

Ce secret est protégé par l'ordonnance 58-1100 dont l'article 6 précise que « toute personne qui, dans un délai de trente ans, divulguera ou publiera une information relative aux travaux non publics d'une commission d'enquête sera punie des peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal ». En outre l'article 140 du règlement de l'Assemblée nationale, modifié en 1994, dispose en son alinéa 4 que « ne peuvent être désignés comme membres d'une commission d'enquête les députés ayant été l'objet d'une sanction pénale ou disciplinaire pour manquement à l'obligation de secret à l'occasion des travaux, non publics, d'une commission constituée au cours de la même législature ».

12. Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, 2^e éd., Montchrestien, 1996, p. 110.

13. Sénat, rapport n° 69, 1999-2000, p. 11.

Le secret des travaux parlementaires est en l'espèce bien plus général que le secret de la Défense nationale. C'est une obligation générale de discrétion. Cette pratique est proche de celle de beaucoup de démocraties anglo-saxonnes.

Les informations relatives au budget des Assemblées font, quant à elles, l'objet d'une faible transparence. Celle-ci se fonde sur la séparation des pouvoirs et le principe de l'autonomie financière du Parlement posé à l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Cette autonomie financière se traduit par exemple par l'absence d'un contrôleur financier.

L'article 7 de l'ordonnance de 1959 précise les procédures d'élaboration du budget des Assemblées. Les propositions sont « préparées par les questeurs de chaque assemblée et arrêtées par une commission commune composée des questeurs des deux assemblées. Cette commission délibère sous la présidence d'un président de chambre à la Cour des comptes. Les propositions ainsi arrêtées sont inscrites au projet de loi budgétaire ». Les crédits se montaient en 2000 à 4,74 millions de francs.

83

L'absence de transparence sur ces crédits parlementaires se traduit de deux manières. D'une part, ils ne font pas l'objet d'une délibération en séance publique. C'est la tradition parlementaire. Pierre Avril et Jean Gicquel indiquent sur ce point : « L'autonomie financière de chaque assemblée interdit de discuter la dotation de l'autre assemblée, par un "sentiment réciproque des convenances" (E. Pierre)¹⁴. » D'autre part, ces crédits ne font l'objet d'aucune précision au titre II du budget des charges communes. Ils sont, comme les fonds secrets, inscrits de manière globale. Seule est indiquée la répartition entre l'Assemblée nationale (2,95 millions de francs) et le Sénat (1,7 million de francs). Un effort de moindre secret a cependant été fait depuis quelques années, les comptes de l'Assemblée nationale de l'exercice 1993 ayant bénéficié de la transparence pour la première fois en 1995 (Rapport d'Aubert, n° 1901, 1995).

CONCLUSION

La protection du secret est une préoccupation commune à toutes les démocraties. Le droit international la prend en compte, notamment

14. *Op. cit.*, p. 78.

devant les juridictions internationales à l'égard desquelles le secret est opposable. Il en va depuis longtemps ainsi devant la Cour internationale de justice (art. 49 de son statut) ou la Cour de justice des Communautés européennes (art. 296 du TUE). La nouvelle Cour pénale internationale prévoit également expressément la protection de renseignements touchant à la sécurité nationale (art. 72 de son statut).

84 Ce souci de protection d'information est également au cœur de la construction de l'Europe de la défense. Les quinze États de l'Union débattent actuellement d'un règlement concernant l'accès du public aux documents. Ce règlement devra préserver la protection des informations classifiées nécessaires au développement de la politique européenne de sécurité et de défense. À cet effet, le Conseil a pris deux décisions des 27 juillet et 14 août 2000 notamment afin de protéger les informations classifiées applicables au secrétariat général du Conseil. Ces décisions ont été attaquées le 23 octobre 2000 par le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes. Les débats au Parlement européen, à l'occasion de ce contentieux, ont illustré la différence de sensibilité au regard de la transparence et du secret entre pays du nord de l'Europe et pays du sud. Ils soulignent également l'actualité de la problématique des rapports entre Parlement et secret. On ne peut qu'espérer que le règlement d'accès aux documents administratifs qui sera finalement adopté préserve des intérêts publics reconnus et établis.

R É S U M É

L'utilisation du secret de la Défense nationale est désormais encadrée par la loi du 8 juillet 1998 qui a institué une Commission consultative du secret de la Défense nationale. La première année d'application de cette loi souligne qu'il y a très peu de cas d'opposition du secret au juge. Le secret défense mais aussi le secret diplomatique ou celui né de la séparation des pouvoirs est également opposable au Parlement. L'exécutif est responsable politiquement devant le législatif de l'utilisation de ses prérogatives. Le Parlement peut également opposer le secret à l'égard du public. La connaissance de son intervention constitue alors, à elle seule, une garantie pour les citoyens.