

N° 32

SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1985-1986

Annexe au procès-verbal de la séance du 15 octobre 1985.

PROPOSITION DE LOI

tendant à remédier à l'usage abusif du secret défense.

PRÉSENTÉE

Par M. Jacques THYRAUD,

Sénateur.

(Renvoyée à la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

Défense. — Commission d'enquête et de contrôle - Justice - Secret défense.

MESDAMES, MESSIEURS,

Des conséquences doivent être tirées de l'affaire Greenpeace. Les unes sont relatives aux structures des services spéciaux : il appartient au Gouvernement d'en décider ainsi qu'il l'a annoncé. Les autres sont de la compétence du Parlement qui doit veiller au respect des principes constitutionnels, et à celui de ses propres attributions.

Les événements récents et sur lesquels il n'est pas nécessaire de revenir dans le détail, ont établi qu'il existe dans notre pays un espace de non-droit. Les lois internes et les conventions internationales n'y sont pas toujours respectées. Les responsabilités y sont diffuses. La vérité qui est une exigence démocratique, n'y est pas le fruit de décisions de justice rendues au nom du peuple français. Elle est octroyée par le pouvoir exécutif, sans autre contrôle que celui d'une presse libre, mais dont les possibilités d'information sont limitées.

Les intérêts supérieurs de la France exigent certes que son Gouvernement soit renseigné sur les intentions et les moyens d'adversaires éventuels. La subversion et le terrorisme sont des réalités qu'il ne peut ignorer. Il faut qu'il ait à sa disposition les possibilités techniques et humaines d'accomplir tous les actes nécessaires à préserver la sécurité intérieure et extérieure du pays, lorsqu'elle est réellement menacée. Quelle que soit la menace, son pouvoir pour y faire face n'est pas sans limites.

Le système actuel, hérité des périodes où la France était en guerre, provoque un déséquilibre institutionnel dangereux. Il accorde à l'exécutif un pouvoir exorbitant dont l'exercice n'est pas sans risques pour la stabilité de l'Etat. En ignorant le législatif et en se soustrayant à la sanction judiciaire, ce système n'est pas adapté aux règles les plus élémentaires de la démocratie.

Il est urgent d'asseoir celle-ci sur des notions exemptes d'équivoque. Le secret défense est indispensable, mais il ne doit pas être détourné de sa finalité. Il a un caractère relatif et non absolu. Il ne doit pas permettre un jour la résurgence d'une raison d'Etat qui a disparu avec les lettres de cachet. Il ne doit pas être l'ombre dans laquelle se réfugie l'arbitraire. Il n'est pas possible d'accepter que par son intermédiaire se réalise la transgression des lois.

Dans le choix des valeurs à protéger pour la sauvegarde de la nation, ce sont les fondements de la République qui doivent prévaloir sur toutes les autres valeurs.

La réforme faisant l'objet de la présente proposition de loi tend à limiter pour l'avenir l'usage du secret défense. Elle s'inscrit dans le prolongement des lois qualifiées de « troisième génération des Droits de l'homme » et qui établissent le droit à l'information. Celui-ci se construit, étape après étape, par la désagrégation du secret qui lui fait obstacle. Des pans entiers de l'ancien « secret du roi » sont déjà tombés, mais il n'en finit pas de mourir.

Le secret défense a lui aussi évolué vers davantage de clarté, mais il reste encore beaucoup à faire pour qu'en temps de paix, il puisse coexister avec les exigences du droit et des libertés. La démarche qui vous est proposée n'est qu'un premier pas qui appellera des initiatives du pouvoir réglementaire. Avant d'en étudier les modalités il convient d'examiner le secret défense tel qu'il existe actuellement.

LE SECRET DÉFENSE

Il n'existe pas de définition précise du secret défense. Des tentatives ont été faites pour en établir mais elles se sont heurtées à la complexité des matières qu'il recouvre.

Avant 1960, étaient réputés « secrets de la Défense nationale » :

« 1° Les renseignements d'ordre militaire... qui par leur nature, doivent, dans l'intérêt de la Défense nationale, être tenus secrets... ;

2° Les objets matériels qui, par leur nature, doivent être tenus secrets... »

Ce texte ne permettait pas d'exégèse. Le secret était si secret qu'il s'étendait à sa propre définition.

En exécution d'une loi autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures « ayant trait au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie » une modification est intervenue en 1960. En ses articles 72 à 86, le Code pénal est ainsi plus précis sur l'élément matériel de livraison ou de prise de possession d'un secret ainsi que sur l'élément moral de l'infraction. Il n'est plus adapté à l'ouverture de certains secrets que représentent les ventes d'armes, ni à l'explosion technologique qui bouleverse les conditions de transmission et de communication. Dans le cadre de la réforme du Code pénal, des adaptations importantes sont attendues.

Sont actuellement visés les « renseignements, objet, document ou procédé, qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la Défense nationale... ou dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale ».

L'article 78 s'applique à « une information militaire non rendue publique par l'autorité compétente et dont la divulgation est manifestement de nature à nuire à la Défense nationale ».

L'article 80 sanctionne celui « qui entretiendra avec des puissances étrangères des intelligences de nature à nuire à la situation militaire ou diplomatique de la France ou à ses intérêts économiques ». Cette définition élargit le champ de la Défense, en l'étendant à la protection générale de la Nation.

Il existe une Instruction générale sur le secret de la Défense, en date du 27 juillet 1966, mais elle n'a pas été publiée.

Par contre un décret du 12 mai 1981, publié au *J.O.* du 15 mai 1981 a organisé la protection des secrets et des informations concernant la Défense nationale et la Sûreté de l'Etat.

Il distingue trois niveaux de protection :

- très secret Défense,
- secret Défense,
- confidentiel Défense.

La première mention est réservée aux informations qui concernent les priorités gouvernementales, la seconde s'applique aux informations dont la divulgation est de nature à nuire à la Sûreté de l'Etat et à la Défense nationale, la troisième aux informations qui ne présentent pas en elles-mêmes un caractère secret mais dont la connaissance, la réunion ou l'exploitation peuvent conduire à la divulgation d'un secret intéressant la Sûreté de l'Etat ou la Défense nationale.

Ce décret introduit la notion d'accès hiérarchisé à l'information protégée par le secret, selon le « besoin d'en connaître ». Il pose le principe de la procédure d'habilitation.

Selon l'interprétation administrative qui est faite de ce texte réglementaire, le « besoin d'en connaître » doit être entendu comme une obligation liée aux fonctions exercées et non comme un droit personnel à prendre connaissance de l'information. L'appréciation de ce besoin relève de l'autorité compétente pour l'habilitation.

En 1982, la Direction générale de la Sécurité extérieure (D.G.S.E.) sort du mystère qui entourait le fonctionnement du S.D.E.C.E. auquel elle succède. Un décret publié au *Journal officiel* fixe ses objectifs, ce qui peut permettre éventuellement de vérifier si elle s'en écarte.

C'est dans la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés, qu'existe la première dérogation législative aux principes traditionnels du secret Défense.

Elle autorise l'autorité administrative indépendante chargée de veiller à son application à procéder à toutes investigations utiles sans qu'elle puisse rencontrer d'opposition « pour quelque motif que ce soit ».

En outre elle établit un droit d'accès aux fichiers d'informations nominatives de la Défense nationale, par l'intermédiaire des magistrats ou anciens magistrats appartenant à la C.N.I.L.

Le Conseil d'Etat a jugé par un arrêt du 19 mai 1983 que cette voie était exclusive de toutes autres empruntées à la loi du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs. Cette jurisprudence qui enlève à la loi une grande partie de sa portée, est controversée dans la doctrine.

LE SECRET DÉFENSE NE PEUT CRÉER DES IMMUNITÉS

En dehors du cas de flagrant délit, les procédures pénales tendent à l'établissement de preuves destinées à forger la conviction des juges.

L'application du secret défense peut effacer ces preuves, en recouvrir les traces, et interdire en fait toutes sanctions.

Alors que les juridictions conservent en principe, le pouvoir d'interpréter les faits, elles n'en usent pas faute d'avoir connaissance des informations masquées par le secret. L'usage s'est établi en leur sein de demander leur avis aux autorités administratives concernées pour apprécier les exigences de la Défense nationale, ce qui introduit dans les rapports entre le judiciaire et l'administratif représenté par le pouvoir exécutif, la notion de condition potestative du droit civil.

La Cour de cassation a déjà jugé que les tribunaux ne sont pas tenus de développer dans leurs décisions les motifs pour lesquels les documents ou les renseignements doivent être regardés comme secrets.

Le Conseil d'Etat dans un avis du 19 juillet 1974 considère que les personnes convoquées en justice dans une instance où le secret défense est en cause, doivent déférer à la convocation, mais peuvent opposer le secret défense sur l'ordre de leur autorité hiérarchique.

Ces attitudes provoquent une interrogation. Où s'arrête le secret défense ?

Le rôle de la Défense est défini dans l'article premier de l'ordonnance du 7 janvier 1959, ainsi rédigé :

« La Défense a pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances, et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population. Elle pourvoit de même au respect des alliances, traités et accords internationaux. »

Cette définition élaborée pendant la guerre d'Algérie n'a rien perdu de son actualité. Nul ne conteste la mission très vaste de la Défense, concept plus large que celui « d'armée ». En temps de paix, elle est à la fois de prévention, de protection et de services. Elle est si étendue que si le secret qui la concerne était interprété d'une manière extensive, il couvrirait de nombreux secteurs de la vie civile.

Le bon sens exige que l'interprétation soit restrictive. Est secret ce qui mérite réellement de l'être. Le décret du 12 mai 1981 reconnaît une évidence : il existe des degrés dans le secret défense. La classification « confidentiel défense » est réservée aux informations qui « ne présentent pas en elles-mêmes un caractère secret ».

On comprend parfaitement que des règles strictes de discipline interne s'imposent aux services de la Défense, mais elles ne doivent pas jouer en dehors des corps qu'elles concernent, notamment vis-à-vis de la Justice. Les Romains considéraient qu'en temps de paix, les armes devaient céder la place à la toge.

Admettre le contraire serait introduire des immunités qui ne sont prévues ni dans la Constitution, ni dans le droit pénal. Tous les citoyens sont égaux devant la Loi.

Le secret défense, quelle que soit sa classification, ne doit pas entraver les poursuites ouvertes pour crime ou délit.

Il est normal par contre, que la révélation du secret se fasse dans des conditions de discrétion qui assurent toutes garanties de non-divulgaration, lorsqu'elle serait de nature à porter un tort irréparable à la Défense nationale ou à la Sécurité de l'Etat.

La confiance justifiée que la Nation porte à sa Défense doit conduire à écarter d'elle l'éventuel soupçon d'une puissance occulte, que certains de ses éléments exerceraient dans une complète impunité.

LE DROIT DE CONTROLE DU PARLEMENT

Selon la déclaration des Droits de l'homme « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration... »

En application de ce principe qui s'impose à tous, la représentation nationale peut contrôler les actes de l'exécutif, même ceux qui ne sont pas publics. C'est d'ailleurs dans cette circonstance que son contrôle est le plus utile. Cette règle est admise dans tous les Etats démocratiques, sauf la France.

L'affaire Greenpeace a révélé au monde entier l'imperfection de nos institutions. Dans une circonstance grave, mettant en jeu l'honneur du pays et sa position internationale, le Parlement n'a pu intervenir efficacement.

Le Rapporteur spécial au Sénat du budget des Charges communes s'est vu interdire la vérification des comptes de l'opération.

Il n'est pas apparu opportun au Premier ministre de répondre à l'invitation du Président de la commission de la Défense nationale et des Affaires étrangères, afin de fournir des explications.

Enfin connaissant les limites actuelles des possibilités d'investigation des commissions d'enquête et de contrôle, en une telle matière, les partis de l'opposition n'ont pas cru devoir participer à une commission d'enquête. Celle-ci était curieusement proposée par le pouvoir exécutif dont on peut douter de la coopération, compte tenu de l'attitude susrappelée.

Il y a là une grave anomalie qui au-delà de l'affaire Greenpeace, est la manifestation soit d'une crainte, soit d'un mépris à l'égard du pouvoir législatif. Cette position n'est pas nouvelle. Les membres de la commission d'enquête sur les écoutes téléphoniques créée en juin 1973 par le Sénat, se souviennent de l'accueil réservé à leurs démarches par l'Exécutif.

Il ne dépend que du Parlement de modifier cette situation.

Ses membres ne sont soumis à aucune hiérarchie qui puisse les habiliter au secret Défense lorsqu'ils ont « besoin d'en connaître ». Ils tiennent de leur mandat et de la confiance de leur assemblée, la possibilité d'y avoir accès, dans le cadre des missions dont elle les charge.

Les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 modifiée par l'article 2 de la loi du 19 juillet 1977, relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, doivent être corrigées par la suppression des exceptions relatives au secret de la Défense nationale, des affaires étrangères, de la sécurité de l'Etat.

Le caractère secret des travaux des commissions d'enquête ou de contrôle, la possibilité pour elles de ne rendre publique qu'une partie de leurs rapports, sont la garantie que la sécurité de l'Etat ne sera pas compromise.

PROPOSITION DE LOI

Article premier.

L'article 78 du Code pénal est complété par un second alinéa ainsi rédigé :

« Le secret défense, quelle que soit sa classification, ne peut être invoqué dans le cadre de poursuites judiciaires pour crime ou délit. Un décret précisera les modalités de la révélation du secret dans les cas où elle serait de nature à causer un tort irréparable à la Défense nationale ou à la Sécurité de l'Etat. »

Art. 2.

Au septième alinéa de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, sont supprimés les mots : « ... à l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la Défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, et ».