

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

CHAMBRE CRIMINELLE - Section 1

Audience du 31 août 2011

AVIS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

Pourvoi n° Z1190065

Cour d'appel de Paris - chambre 1 - Pôle 7

Date : 27/05/2011

Me Morice - SCP Boré et Salve de Bruneton	Bogatskaia Ekaterina - Donnart Steven - Maximov Indri - Drouet Catherine - Drouet Magali - Drouet Morgan - Drouet Romane - Courbaron Claire - Laurent Emilie - Laurent Guillaume - Laurent Sandrine - Lecarpentier Evelyne - Lecarpentier Pauline - Lecarpentier Elodie - Renard Noa - Lecarpentier Eric - Lecarpentier Mahona - Lecarpentier Alexis - Navet Sandrine - Leclerc Gisèle - Leclerc Sandrine - Blanc-Leclerc Aloïs - Leclerc Julie - Saint-Aubert Martin - Leconte Pascale - Leconte Guillaume - Leconte Caroline
Me Thibaut de Montbrial - Me Spinosi	Etasse Claude - Etasse Isabelle - Etasse Marine - Etasse Matthieu - Eustache Gilbert - Eustache Jérôme - Labat Frédéric - Polidor Christophe - Polidor Georgette - Polidor Pierre - Sanson Gilles - Sanson Antoine - Sanson Odile - Sanson Sophie - Eustache Edouard - Eustache Pierrette
Me Benoît Chabert - Me Foussard	Agent judiciaire du Trésor
Cabinet Linklaters - SCP Waquet, Farge et Hazan	SA DCN international
Me Henri Leclerc - SCP Masse-Dessen et Thouvenin	Fédération des Etablissements et Arsenaux de l'Etat FEAE CFTD
Me Georges Holleaux	Bongert Marie-Paule - Bongert Michel - Cavret Irène - Chevassut Annick - Chevassut Eric - Chevassut Nicolas - Chevassut Julien - Delavie Pierre - Delavie Aline - Dupont Fanny - Dupont Maryvonne - Hamelin Rachel - Le Gall Jean-Marc - Le Gall Marie-Branca - Laupenie Jean-Raymond - Laupenie Mireille - Léonard Stéphan - Deveziel Aude - Deveziel Elodie - Deveziel Géraldine - Deveziel Laurent - Martin Christian - Texier Carole - Texier Cécile - Zante Jean-Paul
	Laurent Claudine
Me Tessonnière	Syndicat des Travailleurs réunis de la Marine (CGT)

Rapporteur : Monsieur GUERIN

Avocat général : Claude MATHON

**Cet avis a été élaboré avec la précieuse collaboration de
Madame Valérie GEORGET et de Messieurs Luc BRIAND et Arnaud BORZEIX,
Auditeurs au Service de documentation, des études et du rapport
de la Cour de cassation.**

Rappel des faits et de la procédure :

Une information est ouverte contre X... au cabinet de Messieurs TREVIDIC et JANNIER, juges d'instruction au tribunal de grande instance de PARIS, des chefs d'assassinats, tentatives, complicité et complicité de tentatives d'assassinats suite à l'attentat à la voiture piégée commis à KARACHI, le 8 mai 2002, contre des personnels travaillant à la construction d'un sous-marin vendu par la France au Pakistan. Quinze personnes ont trouvé la mort dont onze ressortissants français ; vingt cinq personnes ont été blessées dont douze ressortissants français.

La question prioritaire de constitutionnalité :

Le 27 avril 2011, Me MORICE, au nom des parties civiles dont le nom figure dans le tableau ci-dessus, a déposé au cabinet des magistrats instructeurs une demande d'actes tendant à ce que :

- *"le magistrat instructeur puisse perquisitionner les locaux de la DGSE, de la DPSD et de tous locaux qu'il jugerait utile sans solliciter l'autorisation du pouvoir exécutif à cette fin,*

- *le magistrat instructeur puisse perquisitionner et saisir tous les documents qui sont en la possession de la commission consultative du secret de la défense nationale et qui n'ont pas été déclassifiés".*

Il a parallèlement déposé une question prioritaire de constitutionnalité *"relative aux articles 413-9 à 413-12 du code pénal et L 2311-1 à L 2312-8 du code de la défense"*.

Le même jour, le juge d'instruction (Marc TREVIDIC) a transmis cette question au président de la chambre de l'instruction de PARIS.

La transmission de la question prioritaire de constitutionnalité :

Dans un mémoire du 27 avril 2011, Me MORICE a repris, sans y ajouter, les mêmes observations que celles qu'il avait transmises au juge d'instruction.

Dans ses observations du 9 mai 2011, le procureur général près la cour d'appel de PARIS a estimé :

- que la question prioritaire de constitutionnalité était irrecevable, les prescriptions des

articles 81 et 82-1 du code de procédure pénale relatifs aux demandes d'actes n'ayant pas été observées ;

- que ladite question est subsidiairement dépourvue de sérieux en ce qu'elle repose sur une double pétition de principe, à savoir d'une part que le juge fera droit à la demande qui lui est soumise, d'autre part qu'il se verrait opposer des refus quant à l'accès aux locaux ou à la déclassification des documents nécessaires, alors qu'il résulte du dossier que les demandes formulées précédemment portant sur des documents classifiés ont "*jusqu'à présent été satisfaites (pour se limiter aux dernières : D 1866 à D 2011, D 2047 à D 2050, D 2096 à D 2098)*".

- que la question prioritaire de constitutionnalité est également dépourvue de sérieux en ce qu'elle ne vise pas l'article 56-4 du code de procédure pénale relatif aux perquisitions dans certains lieux protégés.

Suite à cette remarque et "*qu'à cela ne tienne*", dans un mémoire en réponse, Me MORICE a ajouté à sa question initialement déposée, l'article 56-4 du code de procédure pénale.

Dans son arrêt du 19 mai 2011, la chambre de l'instruction a constaté :

- *sur la recevabilité de la demande d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité,*

que le moyen tiré de l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, soulevé en cours d'instruction pénale, a été présenté dans un écrit distinct et motivé intitulé "Question prioritaire de constitutionnalité sur le Secret de la Défense Nationale soulevée en cours d'instruction", déposé au cabinet du magistrat instructeur le même jour qu'une demande d'actes adressée à ce dernier, question prioritaire aussitôt transmise à la Chambre de l'Instruction conformément au dernier alinéa de l'article R 49-22 du code de procédure pénale ;

- *sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation,*

que sans qu'il y ait à examiner le caractère déterminant de la disposition en cause sur l'issue de la procédure, que les dispositions contestées, les articles 413-9 à 413-12 du code pénal et L 2311 -1 à L 2312-8 du code de la Défense sont applicables au litige ou à la procédure,

que les dispositions contestées ci-dessus énoncées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil Constitutionnel,

alors que la question posée n'apparaît pas fantaisiste et encore moins dilatoire, que les dispositions législatives mises en cause, à savoir les articles 413-9 à 413-12 du code pénal et L 2311-1 à L 2312-8 du code de la Défense, ainsi que l'article 56-4 du code de procédure pénale sont parfaitement identifiables et instaurent un régime dérogatoire incontestable au principe de la liberté des investigations nécessaires à la mise en oeuvre de la vérité judiciaire de nature à créer le risque d'une atteinte au droit à un procès équitable qui se caractérise notamment par un tribunal de pleine juridiction et le respect de la séparation des pouvoirs, la présente question prioritaire de constitutionnalité portant sur les prérogatives du juge d'instruction, juridiction d'instruction du premier degré.

En conséquence, elle a transmis la question suivante :

"Les dispositions des articles 413-9 à 413-12 du code pénal, L 2311-1 à L 2312-8 du code de la Défense et 56-4 du code de procédure pénale méconnaissent-elles le droit à valeur constitutionnelle à un procès équitable par un tribunal de pleine juridiction et le principe de séparation des pouvoirs figurant à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ?".

Dans un mémoire déposé le 18 mai 2011 au greffe de la chambre de l'instruction, les parties civiles ayant pour avocat Me Thibault de MONTBRIAL (cf. tableau ci-dessus) sont "venues au soutien" de la question prioritaire de constitutionnalité déposée par Me MORICE.

L'agent judiciaire du Trésor et la société DCN international ont déposé des mémoires devant la chambre de l'instruction dans lesquels ils estiment, le premier que l'article 413-9-1 du code pénal "n'est pas en lien avec la procédure", la seconde qu'elle s'en remet à l'appréciation de la Cour.

Analyse de la question posée :

1- SUR SA RECEVABILITÉ :

Aux termes de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifié par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (seules les dispositions utiles ont été reprises), *"Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.*

" Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.

" Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

.....

Aux termes de l'article 23-2, *"La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

" 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

" 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

" 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

" En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

" La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige".

Selon l'article 23-3. *"Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires...."*

Aux termes de l'article R.49-22 du **décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution**, *"Au cours de l'instruction pénale, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est présenté, à l'appui d'une demande, dans un écrit distinct et motivé déposé au greffe de la chambre de l'instruction et qui est visé par le greffier avec l'indication du jour du dépôt.*

" Cet écrit peut être également déposé au greffe du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention ou du juge des enfants. Le greffier l'adresse alors sans délai à la chambre de l'instruction.

Selon l'article R 49-25 du même décret, *La juridiction statue sans délai, selon les règles de procédure qui lui sont applicables, sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, après que le ministère public et les parties, entendues ou appelées, ont présenté leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité.*

" La juridiction peut toutefois statuer sans recueillir les observations du ministère public et des parties s'il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité.

" Dès lors qu'elles sont présentées par écrit, les observations du ministère public et des autres parties doivent figurer dans un écrit distinct et motivé. A défaut, elles ne peuvent être jointes à la décision transmettant la question à la Cour de cassation".

La **circulaire du garde des sceaux, ministre de la Justice n° CIV/04/10 du 24 février 2010** précise que *"devant les juridictions d'instruction, la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée à l'appui des demandes formulées par les parties, par exemple une demande de mise en liberté ou une requête en nullité",* conformément au considérant 3 de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 du Conseil constitutionnel sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de

la Constitution..

En l'espèce, il apparaît que la question posée pourrait susciter quelques interrogations quant à sa recevabilité :

① La transmission du juge d'instruction ne fait aucune référence aux réquisitions du ministère public ou aux observations des parties mais s'il résulte des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée est compétente pour statuer sur sa transmission ou non à la Cour de cassation, un tempérament est apporté à ce principe concernant l'instruction puisque le troisième alinéa de l'article 23-1 réserve son examen à la juridiction d'instruction du second degré.

Ainsi la question peut être soulevée à l'appui d'une demande à tout moment au cours de l'instruction, que ce soit devant le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le juge des enfants mais, l'examen de la question est réservé à la chambre de l'instruction ou au président de celle-ci.

Cette solution se justifie par le fait que la chambre de l'instruction est la seule juridiction compétente, au cours de l'instruction, pour statuer sur la validité de la procédure, le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le juge des enfants ne disposant pas du pouvoir d'annuler un acte ou une pièce de la procédure.

Le juge d'instruction se contente donc de transmettre la question sans avoir à porter une quelconque appréciation sur celle-ci.

② La question a été transmise au juge d'instruction en même temps qu'une demande d'actes, ce qui paraît conforme aux exigences des textes et à la décision du Conseil constitutionnel susvisée.

Il en résulte en effet, qu'il n'est pas besoin de répondre auparavant à la demande d'actes, ce qui pose néanmoins le problème d'une demande dépourvue de sérieux. Mais dans cette hypothèse, c'est à la chambre de l'instruction qu'il appartiendrait de statuer.

③ La question déposée devant le juge d'instruction ne visait pas l'article 56-4 du code de procédure pénale mais,

- d'une part, c'est à la chambre de l'instruction qu'il appartient de statuer et non au juge d'instruction. Il importe donc peu que celle-ci ait été complétée devant la juridiction du second degré, d'ailleurs grâce aux observations du ministère public lui-même, ensuite reprises par l'avocat des parties civiles.

- d'autre part, aux termes du premier alinéa des articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question peut être soulevée non seulement en première instance, mais aussi pour la première fois en appel ou en cassation.

④ La question qui vise des “blocs de textes” (articles 413-9 à 413-12 du code pénal et L 2311-1 à L 2312-8 du code de la Défense) est imprécise.

Même si cette faiblesse est compensée par la qualité du mémoire déposé devant la Cour de cassation par la SCP BORE et SALVE de BRUNETON, il y a lieu de s’interroger sur l’opportunité de faire application de la jurisprudence de la chambre criminelle aux termes de laquelle la question lorsqu’elle est posée dans des termes imprécis, ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler son applicabilité au litige ainsi que son caractère nouveau ou sérieux et est en conséquence irrecevable (Crim. 23 février 2011 - pourvoi n° J 10-85.079).

Sous cette réserve, la question prioritaire de constitutionnalité déposée dans le présent dossier paraît recevable.

2- AU FOND :

Aux termes de l’article 23-1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution, *“Devant les juridictions relevant du Conseil d’Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d’irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé...”*

Aux termes de l’article 23-2, *“La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d’Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n’a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d’une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n’est pas dépourvue de caractère sérieux”.

Aux termes de l’article 23-4, *“Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l’article 23-2 ou au dernier alinéa de l’article 23-1, le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l’article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux”.*

Avant d’examiner la question posée, il convient de rappeler les textes dont la constitutionnalité est contestée (source Légifrance) :

1- LES TEXTES DONT LA CONSTITUTIONNALITÉ EST CONTESTÉE :

CODE PÉNAL :

Partie législative

LIVRE IV : Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique.

TITRE Ier : Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation.

CHAPITRE III : Des autres atteintes à la défense nationale.

Section 2 : Des atteintes au secret de la défense nationale.

Article 413-9 Modifié par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 12

Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès.

Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès 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 procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers 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 décret en Conseil d'Etat.

Article 413-9-1 Créé par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 12

Seuls peuvent faire l'objet d'une classification au titre du secret de la défense nationale les lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale.

La décision de classification est prise pour une durée de cinq ans par arrêté du Premier ministre, publié au Journal officiel, après avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Les conditions d'application du présent article, notamment les conditions de classification des lieux, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Article 413-10 Modifié par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 12

Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée.

Est puni des mêmes peines le fait, par la personne dépositaire, d'avoir laissé accéder à, détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier visé à l'alinéa précédent.

Lorsque la personne dépositaire a agi par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

Article 413-10-1 Créé par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 12

Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait, par toute personne responsable, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale d'en avoir permis l'accès à une personne non qualifiée.

Est puni des mêmes peines le fait, par toute personne qualifiée, de porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un élément relatif à la nature des installations ou des activités qu'un tel lieu abrite.

Lorsque la personne responsable a agi par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Article 413-11 Modifié par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 12

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10 de :

1° S'assurer la possession, accéder à, ou prendre connaissance d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale ;

2° Détruire, soustraire ou reproduire, de quelque manière que ce soit, un tel procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier ;

3° Porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un tel procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier.

Article 413-11-1 Créé par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 12

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par toute personne non qualifiée :

1° D'accéder à un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale ;

2° De porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un élément relatif à la nature des installations ou des activités qu'un tel lieu abrite.

Article 413-12

La tentative des délits prévus au premier alinéa de l'article 413-10 et à l'article 413-11 est punie des mêmes peines.

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

Article 56-4 Créé par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 11

I.-Lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, la perquisition ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Ce dernier peut être représenté par un membre de la commission ou par des délégués, dûment habilités au secret de la défense nationale, qu'il désigne selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat. Le président ou son représentant peut être assisté de toute personne habilitée à cet effet.

La liste des lieux visés au premier alinéa est établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre. Cette liste, régulièrement actualisée, est communiquée à la Commission consultative du secret de la défense nationale ainsi qu'au ministre de la justice, qui la rendent accessible aux magistrats de façon sécurisée. Le magistrat vérifie si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure sur cette liste.

Les conditions de délimitation des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Le fait de dissimuler dans les lieux visés à l'alinéa précédent des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers non classifiés, en tentant de les faire bénéficier de la protection attachée au secret de la défense nationale, expose son auteur aux sanctions prévues à l'article 434-4 du code pénal.

La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite du magistrat qui indique au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale les informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Le président de la commission ou son représentant se transporte sur les lieux sans délai. Au commencement de la perquisition, le magistrat porte à la connaissance du président de la commission ou de son représentant, ainsi qu'à celle du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu, la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, son objet et les lieux visés par cette perquisition.

Seul le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, son représentant et, s'il y a lieu, les personnes qui l'assistent peuvent prendre connaissance d'éléments classifiés découverts sur les lieux. Le magistrat ne peut saisir, parmi les éléments classifiés, que ceux relatifs aux infractions sur lesquelles portent les investigations. Si les nécessités de l'enquête justifient que les éléments classifiés soient saisis en original, des copies sont laissées à leur détenteur.

Chaque élément classifié saisi est, après inventaire par le président de la commission consultative, placé sous scellé. Les scellés sont remis au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale qui en devient gardien. Les opérations relatives aux éléments classifiés saisis ainsi que l'inventaire de ces éléments font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint au dossier de la procédure et qui est conservé par le président de la commission consultative.

La déclassification et la communication des éléments mentionnés dans l'inventaire

relèvent de la procédure prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense.

II.-Lorsqu'à l'occasion d'une perquisition un lieu se révèle abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale, le magistrat présent sur le lieu ou immédiatement avisé par l'officier de police judiciaire en informe le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Les éléments classifiés sont placés sous scellés, sans en prendre connaissance, par le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui les a découverts, puis sont remis ou transmis, par tout moyen en conformité avec la réglementation applicable aux secrets de la défense nationale, au président de la commission afin qu'il en assure la garde. Les opérations relatives aux éléments classifiés font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint au dossier de la procédure. La déclassification et la communication des éléments ainsi placés sous scellés relèvent de la procédure prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense.

III.-Lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale dans les conditions définies à l'article 413-9-1 du code pénal, elle ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Ce dernier peut être représenté par un membre de la commission et être assisté de toute personne habilitée à cet effet.

Le magistrat vérifie auprès de la Commission consultative du secret de la défense nationale si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition fait l'objet d'une mesure de classification.

La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite et motivée qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, ainsi que le lieu visé par la perquisition. Le magistrat transmet cette décision au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il la porte, au commencement de la perquisition, à la connaissance du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu.

La perquisition doit être précédée d'une décision de déclassification temporaire du lieu aux fins de perquisition et ne peut être entreprise que dans les limites de la déclassification ainsi décidée. A cette fin, le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, saisi par la décision du magistrat mentionnée à l'alinéa précédent, fait connaître sans délai son avis à l'autorité administrative compétente sur la déclassification temporaire, totale ou partielle, du lieu aux fins de perquisition. L'autorité administrative fait connaître sa décision sans délai. La déclassification prononcée par l'autorité administrative ne vaut que pour le temps des opérations. En cas de déclassification partielle, la perquisition ne peut être réalisée que dans la partie des lieux qui fait l'objet de la décision de déclassification de l'autorité administrative.

La perquisition se poursuit dans les conditions prévues aux sixième alinéa et suivants du I.

IV.-Les dispositions du présent article sont édictées à peine de nullité.

CODE DE LA DÉFENSE

Partie législative

PARTIE 2 : RÉGIMES JURIDIQUES DE DÉFENSE

LIVRE III : RÉGIMES JURIDIQUES DE DÉFENSE D'APPLICATION
PERMANENTE

TITRE 1er : LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Chapitre 1er : Protection du secret de la défense nationale

Article L2311-1

Les règles relatives à la définition des informations concernées par les dispositions du présent chapitre sont définies par l'article 413-9 du code pénal.

Chapitre II : Commission consultative du secret de la défense nationale

Article L2312-1 Modifié par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 13

La Commission consultative du secret de la défense nationale est une autorité administrative indépendante. Elle est chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal, à l'exclusion des informations dont les règles de classification ne relèvent pas des seules autorités françaises.

L'avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale est rendu à la suite de la demande d'une juridiction française.

Le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, ou son représentant, membre de la commission, est chargé de donner, à la suite d'une demande d'un magistrat, un avis sur la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux ayant fait l'objet d'une classification.

Article L2312-2

La Commission consultative du secret de la défense nationale comprend cinq membres :

1° Un président, un vice-président qui le supplée en cas d'absence ou d'empêchement et un membre choisis par le Président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes ;

2° Un député, désigné pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale ;

3° Un sénateur, désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat.

Le mandat des membres de la commission n'est pas renouvelable.

Le mandat des membres non parlementaires de la commission est de six ans.

Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions de membre de la commission qu'en cas d'empêchement constaté par celle-ci. Les membres de la commission désignés en remplacement de ceux dont le mandat a pris fin avant son terme normal sont nommés pour la durée restant à courir dudit mandat. Par dérogation au cinquième alinéa, lorsque leur nomination est intervenue moins de deux ans avant l'expiration du mandat de leur prédécesseur, ils peuvent être renouvelés en qualité de membre de la commission.

Article L2312-3 Modifié par la loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 - art. 152

Les crédits nécessaires à la commission pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au programme de la mission "Direction de l'action du Gouvernement" relatif à la protection des droits et des libertés fondamentales .

Le président est ordonnateur des dépenses de la commission. Il nomme les agents de la commission.

Article L2312-4 Modifié par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 13

Une juridiction française dans le cadre d'une procédure engagée devant elle peut demander la déclassification et la communication d'informations, protégées au titre du secret de la défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification.

Cette demande est motivée.

L'autorité administrative saisit sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Un magistrat, dans le cadre d'une procédure engagée devant lui, peut demander la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux protégés au titre du secret de la défense nationale au président de la commission. Celui-ci est saisi et fait connaître son avis à l'autorité administrative en charge de la classification dans les conditions prévues par l'article 56-4 du code de procédure pénale.

Article L2312-5 Modifié par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 13

Le président de la commission peut mener toutes investigations utiles.

Les membres de la commission sont autorisés à connaître de toute information classifiée et d'accéder à tout lieu classifié 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.

Pour l'accomplissement de sa mission, la commission, ou sur délégation de celle-ci son président, est habilitée, nonobstant les dispositions des articles 56 et 97 du code de procédure pénale, à procéder à l'ouverture des scellés des éléments classifiés qui lui sont remis. La commission en fait mention dans son procès-verbal de séance. Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission lors de la transmission de son avis.

La commission établit son règlement intérieur.

Article L2312-6

Les ministres, les autorités publiques, les agents publics ne peuvent s'opposer à l'action de la commission pour quelque motif que ce soit et prennent toutes mesures utiles pour la faciliter.

Article L2312-7

La commission émet un avis dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. 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 défense et la sécurité des personnels.

En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Le sens de l'avis peut être favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable.

L'avis de la commission est transmis à l'autorité administrative ayant procédé à la classification.

Article L2312-7-1 Créé par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 - art. 13

L'avis du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale sur la déclassification d'un lieu aux fins de perquisition, dont le sens peut être favorable, favorable à la déclassification partielle ou défavorable, prend en considération les éléments mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2312-7.

Article L2312-8

Dans le délai de quinze jours francs à compter de la réception de l'avis de la commission, ou à l'expiration du délai de deux mois mentionné à l'article L. 2312-7, l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées.

Le sens de l'avis de la commission est publié au Journal officiel de la République française.

2- L'EXAMEN DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ :

Il convient de rechercher si la question posée remplit les conditions requises pour être éventuellement transmise au Conseil constitutionnel.

A- Quant à son application au litige :

Compte tenu de la nature des faits et des investigations déjà entreprises, les articles incriminés paraissent à l'évidence applicables au litige et à la procédure. De plus, ainsi qu'il a déjà été dit, des demandes formulées précédemment portant sur des documents classifiés ont *“jusqu'à présent été satisfaites (pour se limiter aux dernières : D 1866 à D 2011, D 2047 à D 2050, D 2096 à D 2098)”*. Une liste figurant en annexe 1, établie après une recherche effectuée sur Légifrance, récapitule les demandes de levée du secret de la défense nationale formulées par les magistrats instructeurs dans le présent

dossier et publiées au Journal officiel.

B- Quant au fait que les dispositions contestées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances :

Ces dispositions ont été insérées dans leurs codes respectifs dans les conditions suivantes :

Article 413-9 du code pénal :

Cet article est issu de la loi 92-686 du 22 juillet 1992 et a été modifié par l'article 9 de la loi n°94-89 du 1 février 1994 puis par l'article 12 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009. La loi n°94-89 a fait l'objet de la décision n°93-334 DC du 20 janvier 1994, publiée au Journal officiel du 26 janvier 1994 ; toutefois, le Conseil constitutionnel n'a pas déclaré cet article 9 conforme à la Constitution au sens de l'article 23-2 2° de l'ordonnance du 7 novembre 1958 .

La loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense n'a, quant à elle, pas été soumise au contrôle a priori du Conseil constitutionnel.

Article 413-9-1 du code pénal :

Cet article a été créé par l'article 12 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009.

Article 413-10 du code pénal :

Cet article, antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, n'a été modifié que par l'article 3 (V) de l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs (JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002), non explicitement ratifiée à ce jour.

Article 413-10-1 du code pénal :

Cet article a également été créé par l'article 12 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009.

Articles 413-11 du code pénal :

Cet article, antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, n'a pas été modifié ultérieurement.

Article 413-11-1 du code pénal :

Cet article a également été créé par l'article 12 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009.

Article 413-12 du code pénal :

Cet article, antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, n'a pas été modifié ultérieurement.

Articles L. 2311-1 et L. 2312-1 à 8 du code de la Défense :

Ces articles sont issus de l'ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense. Cette ordonnance a été ratifiée par l'article 1^{er} de la loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 modifiant diverses dispositions relatives à la défense, laquelle loi n'a pas été soumise au contrôle a priori du Conseil constitutionnel.

Il convient de souligner que la Commission consultative du secret de la défense nationale avait été créée par la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 dont il n'apparaît pas qu'elle ait été soumise à l'examen a priori du Conseil constitutionnel.

Article 56-4 du code de procédure pénale :

Cette disposition a été créée par l'article 11 de la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009.

Aucune des dispositions législatives précitées n'est mentionnée comme ayant été déclarée conforme à la Constitution, dans le tableau mis en ligne par le Conseil constitutionnel sur son site Internet.

Il reste dans ces conditions à rechercher si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

C- Quant au caractère nouveau de la question :

Dans son mémoire initial dont le caractère sommaire doit être à nouveau souligné au regard de l'importance de la problématique qu'il se propose de traiter, Me MORICE justifie en ces termes sa question :

“Ces dispositions méconnaissent, en premier lieu, le droit à un procès équitable qui a valeur constitutionnelle (Cons. Const., 13 mars 2003, n°2003-467).

Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a admis la constitutionnalité de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qu'en raison de l'étendue du pouvoir de contrôle du juge qui homologue la peine (Cons. Const., 2 mars 2004, n°2004-492 DC).

De même, l'instauration de peines minimales en cas de récidive n'a été admise que parce que le juge a, à certaines conditions, le pouvoir de les modérer (Cons. Const., 9 août 2007, n°2007-554 DC).

Le droit à un procès équitable implique le droit à un tribunal.

En effet, et c'est une évidence, il n'y a pas de procès sans juge, et le droit au juge serait purement théorique et illusoire, et non concret et effectif, si c'était une autre autorité non juridictionnelle (et non le juge lui-même) qui avait le pouvoir d'apprécier un certain nombre d'éléments déterminants pour l'issue du procès.

C'est ce qui a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à condamner la France au motif que les juges ne se reconnaissaient pas comme compétents pour interpréter un traité (CEDH, 24 novembre 1994, Beaumartin c/ France, série A n°296-B) ou apprécier le respect de la condition de réciprocité (CEDH, 13 février 2003, Chevrol c/ France, JCP G 2003.1.160, n°4, obs. Sudre).

Les juridictions françaises considéraient que le Ministre des affaires étrangères était mieux placé qu'elles pour apprécier ces deux éléments. Sur le respect de la condition de réciprocité, il dispose en effet d'informations dont ne dispose pas nécessairement le juge.

Mais si le juge peut interroger le Ministre et lui demander des éléments d'information, il ne peut pas abdiquer son pouvoir d'appréciation au bénéfice du pouvoir exécutif. IL lui appartient, sur le fondement des éléments qui lui ont été transmis, de trancher lui-même la question.

Il en va de même en matière de secret défense.

Si l'on peut comprendre, en effet, que pour des raisons tenant à la sécurité nationale, certaines informations ne puissent être divulguées dans le cadre d'une procédure judiciaire, il appartient au juge, une fois informé, par le pouvoir exécutif, de tous les éléments nécessaires à sa prise de décision, d'apprécier lui-même si l'acte classé "secret défense" qui lui a été préalablement communiqué doit, ou non, être versé à la procédure.

C'est en effet se faire une curieuse conception du juge que de considérer qu'il n'est pas à même de prendre en considération personnellement l'intérêt de la défense nationale et d'apprécier lui-même, en mettant en balance d'une part cet intérêt, et d'autre part,

celui de la manifestation de la vérité, si un document peut être divulgué dans le cadre d'une information judiciaire".

Dans son arrêt de transmission, la chambre de l'instruction estime que les textes dont la constitutionnalité est contestée *"instaurent un régime dérogatoire incontestable au principe de la liberté des investigations nécessaires à la mise en oeuvre de la vérité judiciaire de nature à créer le risque d'une atteinte au droit à un procès équitable qui se caractérise notamment par un tribunal de pleine juridiction et le respect de la séparation des pouvoirs..."*.

La séparation des pouvoirs :

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose que *"Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution"*, proclame la nécessité que soit organisée la séparation des pouvoirs.

Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu la valeur constitutionnelle de ce principe, par plusieurs décisions de 1988 et 1989 (88-248 DC, 17 janvier 1989, Journal officiel du 18 janvier 1989, p. 754, cons. 24 et 27, Rec. p. 18 ; 89-258 DC, 8 juillet 1989, Journal officiel du 11 juillet 1989, p. 8734, cons. 8, Rec. p. 48 ; 89-260 DC, 28 juillet 1989, Journal officiel du 1er août 1989, p. 9676 Rectificatif : (et rectificatif 5 août 1989), p., cons. 6, Rec. p. 71 ; 89-268 DC, 29 décembre 1989, Journal officiel du 30 décembre 1989, p. 16498, cons. 71, Rec. p. 110) :

- décision n° 88-248 : "la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission " (cons. 27)

- décision n° 89-258 : "il est de l'essence même d'une mesure d'amnistie d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés; que la dérogation ainsi apportée au principe de la séparation des pouvoirs trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi la fixation des règles concernant l'amnistie" (cons. 8)

- décision n° 89-260 : "le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis" (cons. 6)

- décision n° 89-268 : "la détermination des conditions et délais dans lesquels l'administration fiscale a la faculté, sous le contrôle du juge de l'impôt, de réparer des omissions ou insuffisances d'imposition est sans rapport avec l'édiction d'une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'elle est étrangère au champ d'application de l'article 12 de ce dernier texte ; qu'elle ne met pas

davantage en cause l'indépendance des juridictions et partant le principe de la séparation des pouvoirs" (cons. 71).

Depuis une dizaine d'années, le Conseil constitutionnel fait référence à ce principe en lui conférant une portée plus large que celui de simple corollaire de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il a donné à l'article 16 une importance majeure qui fait de la séparation des pouvoirs, notamment en ce qui concerne la justice, une condition indispensable à la garantie des droits.

Ainsi, l'article 16 de la Déclaration fonde le contrôle du Conseil constitutionnel en matière de :

- validation législative : la jurisprudence du Conseil constitutionnel exige que la validation soit motivée par un intérêt général suffisant et respecte les décisions de justice ayant force de chose jugée. En outre, la portée de la validation doit être strictement définie, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel, comme la Cour européenne des droits de l'homme, exerce un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué à l'appui de la validation et l'atteinte portée au droit au recours et au principe de la séparation des pouvoirs ainsi qu'à d'autres intérêts publics. Il a ainsi jugé qu'une loi qui avait pour objet principal de priver d'effet une décision du Conseil d'Etat relative à la taxe sur la valeur ajoutée des péages autoroutiers a été jugée contraire au principe de séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ¹.

- droit à l'exécution des décisions de justice : en principe toute décision de justice a force exécutoire. En ce cas, la force publique doit, si elle est requise, prêter main-forte à cette exécution ; une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est ainsi que le Conseil a pu, en 1998, censurer une disposition qui conditionnait le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice à l'accomplissement de diligences de l'administration ².

Ainsi s'est formée progressivement une conception générale de la séparation des pouvoirs, qui n'est pas circonscrite à la seule question de l'autorité judiciaire et qui est clairement exprimée par la motivation de principe que le Conseil reprend désormais : " l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative " ³.

Dans des décisions récentes, le Conseil constitutionnel a ainsi pu juger "qu'en subordonnant à l'avis favorable d'une commission administrative le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle, l'article 12 de la loi relative à la rétention de sûreté et à la responsabilité pénale pour cause de trouble mental a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs, garanti par l'article 16

¹ Décision n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, cons. 6

² Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 46

³ Décision n° 2007-551 DC du 1 mars 2007, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats

de la Déclaration de 1789 que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle qui résulte des articles 64 et 66 de la Constitution" (2008-562 DC, 21 février 2008, Journal officiel du 26 février 2008, p. 3272, texte n°2, cons. 32 à 34, Rec. p. 89).

S'agissant toujours de l'intervention des autorités administratives dans l'activité juridictionnelle, il a été jugé que l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative.

Or, le législateur organique avait confié au Médiateur de la République, assisté d'une commission, l'examen des réclamations des justiciables. S'il avait précisé que le Médiateur ne pouvait porter une appréciation sur les actes juridictionnels, il lui avait donné néanmoins le droit de "solliciter tous éléments d'information utiles" auprès des premiers présidents de cours d'appel et des procureurs généraux près lesdites cours, ou des présidents des tribunaux supérieurs d'appel et des procureurs de la République près lesdits tribunaux. Il avait en outre prévu que, lorsqu'il estime que les faits en cause sont de nature à recevoir une qualification disciplinaire, le Médiateur transmet la réclamation "au garde des sceaux, ministre de la justice, aux fins de saisine du Conseil supérieur de la magistrature". Le garde des sceaux devait, dans tous les cas, demander une enquête aux services compétents.

S'il n'était pas tenu d'engager des poursuites disciplinaires, il devait, lorsqu'il ne le faisait pas, en informer le Médiateur par une décision motivée.

Le Conseil constitutionnel a jugé qu'en reconnaissant au Médiateur l'ensemble de ces prérogatives, le législateur organique a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire (2007-551 DC, 1er mars 2007, Journal officiel du 6 mars 2007, p. 4230, texte n°9, cons. 10 et 11, Rec. p. 86).

Le principe de la séparation des pouvoirs a enfin été invoqué à l'appui d'une saisine portant sur l'article 41-1 du code pénal, qui prévoit que le maire d'une commune peut proposer à l'auteur de certaines contraventions ayant causé un préjudice à la commune une transaction de nature à éteindre l'action publique. Le Conseil a jugé que le législateur n'a pas méconnu le principe de la séparation des pouvoirs en instituant cet article, dès lors que le maire ne peut mettre en oeuvre cette procédure que si l'action publique n'a pas été mise en mouvement et que l'autorité judiciaire, qui homologue l'accord intervenu entre le maire et l'auteur des faits, n'est liée ni par la proposition du maire ni par son acceptation par la personne concernée (2006-535 DC, 30 mars 2006, Journal officiel du 2 avril 2006, p. 4964, texte n°2 Rectificatif : Journal officiel du 11 avril 2006, p. 5418, cons. 39 et 42, Rec. p. 50).

Il peut néanmoins être porté atteinte à la séparation des pouvoirs, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution : selon le Conseil, il est de l'essence même d'une mesure

d'amnistie d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés. La dérogation ainsi apportée au principe de la séparation des pouvoirs trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi, la fixation

des règles concernant l'amnistie (89-258 DC, 8 juillet 1989, Journal officiel du 11 juillet 1989, p. 8734, cons. 8, Rec. p. 48).

Le Conseil a également jugé que l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, n'interdisaient pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, peut engager une telle responsabilité. Toutefois, ces mêmes principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive (2007-551 DC, 1er mars 2007, Journal officiel du 6 mars 2007, p. 4230, texte n°9, cons. 7, Rec. p. 86).

Le droit à un procès équitable :

Ainsi que cela résulte des mémoires déposés devant la chambre de l'instruction et de celui produit devant la chambre criminelle, cette notion résulte essentiellement de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence subséquente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Mais elle n'est pas pour autant ignorée par les principes constitutionnels tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

La reconnaissance du droit à un procès équitable, si elle constitue une avancée dans la jurisprudence du Conseil, est en effet l'aboutissement d'un processus ancien de consécration de ce principe sous diverses formes et à l'aune de plusieurs principes, au premier chef desquels on trouve le respect des droits de la défense, dont le droit à un procès équitable n'est finalement qu'une déclinaison. Ainsi, le Conseil a jugé dans une décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 (Journal officiel du 1er août 1989, p. 9676, cons. 44, Rec. p. 71) que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, qui implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties.

Il ajoute, dans une décision 95-360 DC du 2 février 1995, sur le fondement des articles 9 de la Déclaration de 1789, et 66 de la Constitution que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958.

Il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties et, en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement laquelle concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle (95-360 DC, 2 février 1995, Journal officiel du 7 février 1995, p. 2097, cons. 6, Rec. p. 195).

Enfin, dans une décision de 2006, le Conseil constitutionnel a élargi l'assise textuelle du principe des droits de la défense à l'article 16 de la Déclaration de 1789 (2006-535 DC, 30 mars 2006, Journal officiel du 2 avril 2006, p. 4964, texte n°2, cons. 24 et 41,

Rec. p. 50). Les deux principes sont donc totalement liés dans la jurisprudence du Conseil.

Les décisions QPC suivantes ont été rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de droit à un procès équitable :

- Arrêt n° 4980 du 14 septembre 2010 (10-90.093 F-D) - Question prioritaire de constitutionnalité : article 148 du code de procédure pénale - juge des libertés et de la détention - recours juridictionnel effectif - procès équitable - droits de la défense - renvoi au Conseil constitutionnel - caractère sérieux.

La question posée présente un caractère sérieux, dès lors que sont en cause les droits, constitutionnellement garantis, à un recours juridictionnel effectif et à un procès équitable ainsi qu'au respect des droits de la défense.

- Arrêt n° 5897 du 19 octobre 2010 (10-90.103) - question prioritaire de constitutionnalité :

Articles 695-22-4° et 689 du code de procédure pénale - égalité - droit à un procès équitable - droit à un recours effectif - non lieu à renvoi au Conseil constitutionnel - caractère sérieux - défaut.

Le moyen tiré de ce que les dispositions des articles 695-22-4° et 689 du code de procédure pénale porteraient atteinte au principe d'égalité, au droit à un procès équitable et au droit à un recours effectif garantis par la Constitution, dès lors qu'elles ne prévoient pas, dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, le bénéfice des juridictions françaises aux personnes de nationalité étrangère demeurant ou résidant en France, ne présente pas un caractère sérieux dès lors que ni l'article 695-22 ni l'article 689 du code de procédure pénale, seuls visés par la question, ne prévoient de distinction entre les personnes de nationalité française et les personnes résidant en France.

- Arrêt n° 7337 du 15 décembre 2010 (10-84.112) - question prioritaire de constitutionnalité :

Article 186 du code de procédure pénale - droits de la défense - procès équitable - recours effectif - égalité devant la justice - non lieu à renvoi au Conseil constitutionnel - caractère sérieux - défaut.

Il était soutenu que l'article 186 du code de procédure pénale, en ce qu'il exclut le droit du mis en examen de former appel de l'ordonnance du juge d'instruction portant renvoi devant le tribunal correctionnel, méconnaîtrait les droits et libertés garantis par la Constitution et notamment les droits de la défense, au procès équitable et à un recours effectif, ainsi que le principe d'égalité devant la justice.

L'ordonnance qui, clôturant l'instruction préparatoire, renvoie la personne mise en examen devant le tribunal correctionnel, n'est pas comprise dans l'énumération des ordonnances et décisions dont, aux termes de l'article 186 du code de procédure pénale, cette partie peut relever appel ; toutefois, l'ordonnance de renvoi saisit le tribunal correctionnel, devant lequel sont assurés un accès effectif au juge et le respect

des droits de la défense lors de débats publics à l'audience. Ne comportant aucune disposition définitive que le tribunal saisi de la prévention n'aurait le pouvoir de modifier, elle laisse entiers les droits du prévenu et ne rompt pas l'égalité des droits des parties devant la juridiction de jugement.

En conséquence, la question posée ne revêt pas un caractère sérieux.

- Arrêt n° 7257 du 15 décembre 2010 (10-84.112) - question prioritaire de constitutionnalité

Article 574 du code de procédure pénale - droits de la défense - procès équitable - recours effectif - droit au pourvoi en cassation - clarté et précision de la loi pénale - non lieu à renvoi au Conseil constitutionnel - caractère sérieux - défaut

Il était soutenu que l'article 574 du code de procédure pénale, en ce qu'il pose que l'arrêt de la chambre de l'instruction portant renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ne peut être attaqué devant la Cour de cassation que lorsqu'il statue, d'office ou sur déclinatoire des parties, sur la compétence ou qu'il présente des dispositions définitives que le tribunal, saisi de la prévention, n'a pas le pouvoir de modifier, méconnaîtrait les droits et libertés garantis par la Constitution et notamment les droits de la défense, au procès équitable et à un recours effectif, le droit au pourvoi en cassation, le principe de clarté et de précision de la loi pénale.

Il résulte du texte de l'article 574 du code de procédure pénale que le pourvoi est ouvert lorsque l'arrêt ne satisfait pas aux conditions essentielles de son existence légale ; ainsi, ses dispositions claires et précises assurent un accès effectif au juge et garantissent le respect des droits de la défense, lors de débats publics à l'audience.

En conséquence, la question posée ne revêt pas un caractère sérieux.

- Arrêt n° 256 du 12 janvier 2011 (10-90.114) - question prioritaire de constitutionnalité :

Article L. 228 du Livre des procédures fiscales - procès équitable - non lieu à renvoi au Conseil constitutionnel - caractère sérieux - défaut.

La question posée était la suivante : "L'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, lequel déclenche ensuite la mise en oeuvre de l'article 1741 du code général des impôts, est-il conforme à la Constitution dans la mesure où il ne prévoit pas de comparution et de débat contradictoire devant la Commission, ceci en contrariété avec l'article 1er et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ainsi que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui rappelle les droits inaliénables et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration de droits de 1789 puis le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, dont l'article 2 qui garantit l'égalité devant la Loi de tous les citoyens, ainsi que celles des articles 55

qui intègrent les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés dont fait partie la Convention européenne des droits de l'homme et plus particulièrement son article 6, paragraphe 1, qui rappelle le droit au procès équitable ?"

La question ne revêt pas un caractère sérieux dès lors que les principes invoqués ne

trouvent pas à s'appliquer devant la Commission des infractions fiscales, organisme administratif indépendant, destiné à donner son avis au ministre chargé des finances sur l'opportunité des poursuites, le prévenu conservant la possibilité de connaître et de discuter ultérieurement les charges devant un tribunal indépendant et impartial.

- Arrêt n° 429 du 19 janvier 2011 (10-85.354) - question prioritaire de constitutionnalité :

Article 712-13, alinéa 1, du code de procédure pénale - droits de la défense - procès équitable - non lieu à renvoi au Conseil constitutionnel - caractère sérieux - défaut

La question portant sur l'article 712-13, alinéa 1, du code de procédure pénale ne présente pas de caractère sérieux dès lors que le rejet d'une demande de libération conditionnelle ne constitue pas une sanction, que la chambre de l'application des peines statue après un débat contradictoire au cours duquel l'avocat du condamné est entendu en ses observations, et que, si le condamné n'est pas entendu par cette juridiction, celle-ci peut, le cas échéant à sa demande, décider qu'il sera procédé à son audition par visioconférence ou par un de ses membres dans l'établissement pénitentiaire où il se trouve détenu.

A ces principes constitutionnels, il convient d'ajouter celui de :

La valeur constitutionnelle de la recherche des auteurs d'infractions :

Cette reconnaissance d'une telle valeur résulte en effet de la décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 du Conseil constitutionnel aux termes de laquelle *“la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile”* (cons. 3).

Cette décision a été reprise par le Conseil constitutionnel le 2 mars 2004 (n° 2004-492 DC) à l'occasion du contrôle a priori de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dans les termes suivants : *“Considérant qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire”* (cons. 4).

Le Conseil a ultérieurement légèrement atténué la portée de ce principe en énonçant que si la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la protection de principes de valeur constitutionnelle, il ne résulte pas de cette exigence que les juridictions françaises devraient être reconnues compétentes à l'égard de crimes commis à l'étranger sur une victime étrangère et dont l'auteur, de nationalité étrangère, se trouve en France (2010-612 DC, 5 août 2010, Journal officiel du 10 août 2010, p.14682, texte 16 août 2011

n°3, cons. 12).

Ces principes doivent nécessairement se concilier avec celui d'INTÉRÊTS FONDAMENTAUX DE LA NATION auquel se réfèrent les dispositions légales dont la constitutionnalité est contestée.

La définition de cette notion résulte non pas de la Constitution mais du code pénal en son article 410-1 aux termes duquel *“Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel”*.

A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a fait référence dans sa jurisprudence à la nécessité attachée à la préservation de la défense nationale, nécessité que les demandeurs à la présente procédure ne contestent d'ailleurs pas. On peut citer :

- la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, selon laquelle *“L'article 11 de la loi modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication renvoie à des décrets en Conseil d'État le soin de fixer tant pour le secteur public que pour le secteur privé de la communication audiovisuelle les principes généraux définissant les obligations des organismes concernant la publicité, la diffusion d'oeuvres en majorité d'expression française et originaires de la communauté économique européenne, la contribution au développement des oeuvres cinématographiques et audiovisuelles et l'indépendance des producteurs vis à vis des diffuseurs. Ce renvoi à des décrets en Conseil d'État ne méconnaît ni l'article 11 de la Déclaration de 1789 proclamant le principe de la libre communication des pensées et des opinions ni l'article 34 de la Constitution, dès lors que : - la loi du 30 septembre 1986 a limité la compétence dévolue dans son article 27 au Gouvernement : son article 1er prévoit que la communication audiovisuelle est libre, que l'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, par la sauvegarde de l'ordre public, les 305 / 2182 besoins de la défense nationale, les exigences de service public, les contraintes techniques inhérentes au moyen de communication ainsi que par la nécessité de développer une industrie nationale de production audiovisuelle ; - la loi définit les règles générales applicables à la diffusion des oeuvres cinématographiques et à l'interruption publicitaire dont cette diffusion peut faire l'objet ; - la loi édicte des garanties essentielles pour l'élaboration des décrets qu'elle prévoit : avis du Conseil d'État, avis public et motivé du conseil supérieur de l'audiovisuel”*⁴.

- la décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, selon laquelle *“L'article 48 de la loi organique relative aux lois de finances prévoit la présentation par le Gouvernement, au cours du dernier trimestre de la session ordinaire, d'un rapport sur l'évolution de l'économie nationale et sur les orientations des finances publiques, qui peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat. L'article 52 prévoit à l'ouverture de la*

⁴ cf. Table des décisions du Conseil constitutionnel - p. 304 et 305

session ordinaire, en vue de l'examen et du vote, tant du projet de loi de finances que du projet de loi de financement de la sécurité sociale de l'année suivante, la présentation d'un rapport sur les prélèvements obligatoires et sur leur évolution, avec un débat devant chaque assemblée. L'article 55 exige l'évaluation chiffrée de l'incidence de chaque disposition d'un projet de loi de finances affectant les ressources ou les charges de l'État. L'article 56 prescrit la publication au Journal officiel non seulement des divers décrets et arrêtés prévus par la loi organique, mais aussi " des rapports qui en présentent les motivations, sauf en ce qui concerne les sujets à caractère secret touchant à la défense nationale, à la sécurité intérieure ou extérieure de l'État ou aux affaires étrangères ". L'objet de ces dispositions, qui trouvent leur fondement dans l'habilitation conférée à la loi organique par le premier alinéa de l'article 47 de la Constitution, est de prévoir les conditions dans lesquelles les membres du Parlement sont informés de l'exécution des lois de finances, de la gestion des finances publiques et des prévisions de ressources et de charges de l'État avant d'examiner les projets de loi de finances. Toutefois, une éventuelle méconnaissance de ces procédures ne saurait faire obstacle à la mise en discussion d'un projet de loi de finances. La conformité de la loi de finances à la Constitution serait alors appréciée au regard tant des exigences de la continuité de la vie nationale que de l'impératif de sincérité qui s'attache à l'examen des lois de finances pendant toute la durée de celui-ci"⁵.

Cette décision précise également que "L'article 57 de la loi organique relative aux lois de finances confie au président, au rapporteur général et, dans leurs domaines d'attributions, aux rapporteurs spéciaux des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances la mission de suivre et contrôler l'exécution des lois de finances et de procéder à "l'évaluation de toute question relative aux finances publiques". À cet effet, "ils procèdent à toutes investigations sur pièces et sur place, et à toutes auditions qu'ils jugent utiles". Tous les renseignements et documents d'ordre financier et administratif qu'ils demandent doivent leur être fournis, "réserve faite des sujets à caractère secret concernant la défense nationale et la sécurité intérieure ou extérieure de l'État et du respect du secret de l'instruction et du secret médical". L'article 60 impartit au Gouvernement un délai de deux mois pour répondre par écrit à des observations notifiées à la suite d'une mission de contrôle et d'évaluation. Ces dispositions, inséparables de celles qui organisent l'information des membres du Parlement en vue de l'examen du projet de loi de finances, revêtent un caractère organique et ne méconnaissent aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle"⁶.

- la décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, selon laquelle "Le règlement d'une assemblée parlementaire peut prévoir que la commission compétente, lorsqu'elle doit donner son avis sur une proposition de nomination, procède à l'audition publique de la personnalité dont la nomination est proposée. Mais, en premier lieu, cette disposition ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur de prévoir l'absence de publicité de cette audition. En second lieu, en application de l'article 5 bis de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaire, la commission permanente peut convoquer toute personne dont elle estime l'audition nécessaire, réserve faite, d'une part, des sujets de caractère secret et

⁵ cf. Table des décisions du Conseil constitutionnel - p. 893

⁶ cf. Table des décisions du Conseil constitutionnel - p. 905 et 1869

concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État, d'autre part, du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs. En tout état de cause, la 1865 / 2182 législation assurant la préservation du secret professionnel et du secret de la défense nationale interdit à toute personne qui en est dépositaire de révéler de tels secrets, même à l'occasion de son audition par une commission permanente”⁷.

De plus et ainsi que le fait observer la SCP BORE et SALVE de BRUNETON dans ses observations complémentaires, le Président de la République “est garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités” en application du second alinéa de l'article 5 de la Constitution et est en vertu de son article 15, “le chef des Armées” tandis que le Premier ministre est “responsable de la Défense nationale “ (article 21 du même texte). Il s'agit là d'un véritable attribut régalien qui confère incontestablement à la défense nationale une valeur supérieure qui fait partie intégrante de la “notion d'intérêts fondamentaux de la Nation”.

La valeur constitutionnelle de ce principe a été reconnue dans l'article 2 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement aux termes duquel, “la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation”.

Par ailleurs, dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative au contrôle a priori de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel s'était déjà référé à ce principe dans le cadre de l'analyse des dispositions concernant le respect de la vie privée dans le cadre des traitements automatisés de données nominatives mis en oeuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale. Il s'était ainsi assuré que la consultation à des fins administratives de données nominatives s'effectue “dans la stricte mesure exigée par la protection de la sécurité des personnes et par la défense des intérêts fondamentaux de la Nation” (cons. 29).

La valeur constitutionnelle de cette notion est donc désormais clairement établie. Le Conseil d'Etat dans un avis du 5 avril 2007 qui sera ci-dessous analysé, s'est d'ailleurs expressément référé à la nécessité “de concilier les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation”.

Par ailleurs, la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 en précisant que “la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation” donne également une valeur constitutionnelle au **principe de conciliation** auquel le Conseil se réfère à de nombreuses reprises dans sa jurisprudence. Or, les textes récents relatifs à la création de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) et à la définition de lieux protégés se réfèrent nécessairement à la conciliation entre plusieurs principes constitutionnels, notamment ceux de la préservation des intérêts fondamentaux de la

⁷ cf. Table des décisions du Conseil constitutionnel - p. 1864 et 1865

Nation d'une part, et de la recherche des auteurs d'infractions d'autre part.

Il est donc évident que la question posée, en ce qu'elle invoque des principes dont la valeur constitutionnelle ne saurait être contestée, n'est pas nouvelle.

D- Quant au caractère sérieux de la question :

L'examen de cette condition alternative nécessite de définir le secret de la défense nationale.

Cette définition résulte actuellement de l'article 413-9 du code pénal aux termes duquel *“Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès.*

Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès 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 procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers 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 décret en Conseil d'Etat”.

Il s'agit donc de la classification de procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers mais la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 a créé l'article 413-9-1 du code pénal, l'article 56-4 du code de procédure pénale et complété l'article L 2312-4 du code de la défense, introduisant dans notre droit la notion de lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale.

Après avoir examiné la protection des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers (1) et des lieux (2) couverts par le secret de la défense nationale, il conviendra de rechercher dans quelles conditions il est possible ou non d'y avoir accès (3).

1- Les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers :

L'article 413-9 du code pénal est issu de la loi 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique qui a créé le livre IV du code pénal ci-dessus mentionné. Il est donc entré en application lors de l'entrée en vigueur du code pénal actuel le 1^{er} mars 1994.

Auparavant et selon Bertrand WARUSFEL⁸, *“ce sont dans les domaines de la conduite de la politique extérieure et de la guerre que l'Etat 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, les informations 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 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 .

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, 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 elles-mêmes le contenu de ce type de secret”.

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. On citera :

- La loi du 17 juillet 1978 concernant le droit d'accès aux documents administratifs, est un premier exemple caractéristique de cette évolution. Mais au-delà de son article 1er 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'exceptions, au sein de laquelle on retrouve le secret de défense.

- La loi du 11 juillet 1979 (modifiée et complétée par la loi du 17 janvier 1986) prend également en compte le secret de défense et en fait un motif de non-motivation de certaines décisions administratives 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 1er (introduit en 1986) dispense de toute motivation les décisions refusant une autorisation "lorsque la communication des motifs

⁸ Cahiers de la fonction publique et de l'administration, n° 199, mars 2001
16 août 2011

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 la non-motivation de principe de toute décision de refus d'habilitation au secret.

- 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). Mais elle a, en contrepartie, organisé un système de vérification indirecte (appelé "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 CNIL (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 à tous les magistrats, tant de l'ordre judiciaire qu'administratif et à la grande majorité des autres autorités administratives indépendantes.

- 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 dû 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 le droit de "procéder au contrôle de toute interception de sécurité" (article 15) c'est-à-dire implicitement le droit de connaître d'informations classifiées dans le cadre de ses contrôles (puisque toutes les données relatives aux interceptions de sécurité sont protégées par le secret de défense).

Si le législateur a jugé nécessaire de définir la coexistence entre les nécessités de l'information des citoyens et les exigences du secret de la défense nationale, on ne retrouve rien de tel en ce qui concerne l'autorité judiciaire, le pouvoir du gouvernement de refuser la communication d'informations classifiées n'étant défini par aucun texte. Il résulte essentiellement de la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative. C'est ainsi que dans un arrêt du 6 décembre 1956, la Cour de cassation a reconnu la possibilité qu'un témoin refuse de témoigner devant une juridiction en raison du secret défense auquel il était astreint. De même, la chambre d'accusation de PARIS a admis la possibilité pour un ministre d'opposer le secret de la défense nationale aux investigations d'un juge d'instruction, dans deux décisions du 21 mai 1975 (affaire des micros du Canard Enchaîné) et du 27 mai 1987 (affaire du vrai -faux passeport d'Yves Chalier).

Dans un arrêt Coulon du 11 mars 1955 (Recueil 149), le Conseil d'Etat a affirmé l'impossibilité pour le juge administratif d'enjoindre à l'administration de produire des informations ou des documents classifiés, laissant à celui-ci la possibilité de tenir compte dans son jugement du refus de communication qui lui a été opposé.

2- Les lieux :

Plus que sur les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers, la question prioritaire de constitutionnalité "focalise" sur les lieux et se réfère à un refus d'accès qui aurait été opposé par le Premier Ministre au Juge d'instruction VAN RUYMBEKE de faire une perquisition dans les locaux de la DGSE, et "cela, sur le fondement des dispositions qui font l'objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité" (cf. mémoire de Me MORICE du 27 avril 2011 - page 3).

Il convient d'observer que les recherches effectuées sur Légifrance ne font état, suite à une demande de ce magistrat, que d'un avis n° 2010-12 du 16 décembre 2010 rendu par la Commission consultative du secret de la défense nationale, demande d'ailleurs sans objet puisqu'elle avait déjà fait l'objet de l'avis n° 2010-09 du 1^{er} octobre 2010 favorable à la déclassification non pas d'un lieu mais de documents, demandée dans le présent dossier.

Outre le fait que ce refus qui aurait été opposé à Monsieur VAN RUYMBEKE ne concerne pas le présent dossier même s'il l'a été dans ce que l'on pourrait appeler la partie financière de l'attentat de Karachi, cette affirmation relève du procès d'intention puisque la demande d'actes n'a été que déposée devant les juges TREVIDIC et JANNIER qui se sont contentés de transmettre immédiatement, comme ils en avaient l'obligation, la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était associée. Ils ne se sont donc vu opposer aucun refus. Par ailleurs, ainsi que le fait justement remarquer l'agent judiciaire du Trésor dans son mémoire devant la Cour de cassation, les lieux dans lesquels une perquisition est sollicitée dans la demande d'actes ne paraissent pas appartenir à la catégorie des lieux classifiés qui sera définie ci-dessous et qui sont en nombre très restreint (une vingtaine, leur liste étant elle-même couverte par le secret de la défense nationale).

La définition de lieux protégés a été introduite dans la législation française par la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009.

Cette loi faisait suite à un avis émis par le Conseil d'Etat le 5 avril 2007 (Sections de l'intérieur et des finances réunies - n° 374 120), saisi à cet effet par les ministres de la défense et de la Justice, qui avait ainsi répondu : "Afin de concilier plus sûrement, [...], les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, il apparaît indispensable que le législateur complète les règles de procédure applicables et fixe précisément les conditions dans lesquelles peuvent être saisis et mis sous scellés, sans risque de divulgation à des personnes non qualifiées de secrets protégés, des documents classifiés dont l'autorité judiciaire ne peut savoir s'ils sont utiles à son instruction. A cette fin, les prérogatives de la Commission consultative du secret de la défense nationale pourraient être utilement étendues afin de lui permettre d'intervenir lors de la découverte de documents classifiés, notamment en zone protégée".

Auparavant, le Conseil d'Etat avait rappelé que "A l'instar des dispositions de procédure pénale qui énoncent, à peine de nullité de la procédure, les conditions dans lesquelles le pouvoir de perquisition du juge d'instruction se concilie avec la protection d'intérêts légitimes tels que le secret médical, le secret professionnel ou les droits de la défense s'agissant de la correspondance entre l'avocat et son client, il apparaît donc

indispensable d'édicter des règles législatives fixant les conditions dans lesquelles sont définis les obligations et les pouvoirs respectifs du chef d'établissement, chargé de la protection des secrets de la défense nationale, et du juge d'instruction, chargé de la manifestation de la vérité”.

Le Conseil d'État avait souligné qu'aucune disposition législative ne pouvait, en l'état, interdire à un enquêteur judiciaire l'accès à un lieu donné, quel que soit son degré de protection au titre du secret de la défense nationale, et qu'un tel accès se ferait le cas échéant aux risques et périls dudit enquêteur au regard des dispositions du code pénal qui sanctionnent la compromission du secret.

La loi a :

- créé l'article 413-9-1 du code pénal aux termes duquel *“Seuls peuvent faire l'objet d'une classification au titre du secret de la défense nationale les lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale.*

La décision de classification est prise pour une durée de cinq ans par arrêté du Premier ministre, publié au Journal officiel, après avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Les conditions d'application du présent article, notamment les conditions de classification des lieux, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat”.

- complété l'article L 2342-4 du code de la défense en ajoutant un quatrième alinéa aux termes duquel *“Un magistrat, dans le cadre d'une procédure engagée devant lui, peut demander la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux protégés au titre du secret de la défense nationale au président de la commission. Celui-ci est saisi et fait connaître son avis à l'autorité administrative en charge de la classification dans les conditions prévues par l'article 56-4 du code de procédure pénale”.*

- créé l'article 56-4 du code de procédure pénale qui définit la procédure à suivre pour accéder à ces lieux classés en trois catégories :

→ les lieux abritant un élément protégé (56-4-I) : *“Lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, la perquisition ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale.... La liste des lieux visés au premier alinéa est établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre. Cette liste, régulièrement actualisée, est communiquée à la Commission consultative du secret de la défense nationale ainsi qu'au ministre de la justice, qui la rendent accessible aux magistrats de façon sécurisée. Le magistrat vérifie si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure sur cette liste.. Chaque élément classifié saisi est, après inventaire par le président de la commission consultative, placé sous scellé. Les scellés sont remis au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale qui en devient gardien...”.*

→ les lieux neutres (56-4-II) : *“Lorsqu'à l'occasion d'une perquisition un lieu se révèle abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale, le magistrat*

présent sur le lieu ou immédiatement avisé par l'officier de police judiciaire en informe le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Les éléments classifiés sont placés sous scellés, sans en prendre connaissance, par le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui les a découverts, puis sont remis ou transmis, par tout moyen en conformité avec la réglementation applicable aux secrets de la défense nationale, au président de la commission afin qu'il en assure la garde...”.

→ les lieux classifiés (56-4-III) : *“Lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale dans les conditions définies à l'article 413-9-1 du code pénal, elle ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Ce dernier peut être représenté par un membre de la commission et être assisté de toute personne habilitée à cet effet.*

Le magistrat vérifie auprès de la Commission consultative du secret de la défense nationale si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition fait l'objet d'une mesure de classification...”.

Il n'y a que dans cette hypothèse que se pose le problème de la déclassification du lieu.

Le tableau figurant en annexe 2 récapitule les conditions dans lesquelles se déroulent les perquisitions selon la nature du lieu considéré.

Il convient d'observer que d'autres lieux bénéficient de dispositions limitant ou encadrant les perquisitions effectuées par les juges d'instruction :

- le cabinet d'un avocat (article 56-1 du code de procédure pénale) - en cas de désaccord entre le juge d'instruction et le bâtonnier, le juge des libertés et de la détention est saisi et décide soit de la saisie du document litigieux, soit de sa restitution.
- les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle (article 56-2)
- le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier (article 56-3).

3- L'accès aux éléments ou aux lieux protégés :

Ce qui pose évidemment problème, c'est, plus que leur définition, l'accès aux éléments ou aux lieux protégés. Il convient de se reporter aux articles R2311-1 à R2311-9 du code de la défense.

S'agissant des éléments protégés⁹, ils sont classifiés selon trois niveaux de qualification différents (article R2311-3) :

- Très Secret-Défense (informations et supports qui concernent les priorités gouvernementales en matière de défense et de sécurité nationale et dont la divulgation est de nature à nuire très gravement à la défense nationale) ;

⁹ N.B. :Les mentions "Diffusion restreinte" ou "Confidentiel diplomatie" sont des pratiques administratives de précaution qui n'accordent aucune protection au document..

- Secret-Défense (informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale) ;

- Confidentiel-Défense (informations et supports 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 Très Secret-Défense ou Secret-Défense).

Pour les informations et supports classifiés au niveau Très Secret-Défense, le Premier ministre définit les classifications spéciales dont ils font l'objet et qui correspondent aux différentes priorités gouvernementales (article R2311-5). Dans les conditions fixées par le Premier ministre, les informations et supports classifiés au niveau Secret-Défense ou Confidentiel-Défense, ainsi que les modalités d'organisation de leur protection, sont déterminés par chaque ministre pour les administrations et les organismes relevant de son département ministériel (article R2311-6). Nul n'est qualifié pour connaître des informations et supports classifiés s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation... (article R2311-7).

La classification d'un élément a pour effet d'en restreindre l'accès. Les documents classifiés ne peuvent être consultés que par les personnes "qualifiées", à savoir celles qui sont "habilitées" et qui justifient du "besoin d'en connaître pour l'accomplissement de [leur] fonction ou de [leur] mission" (article R2311-7).

La violation du secret de la défense nationale est sanctionnée par les articles 413-10 et suivants du Code pénal.

En ce qui concerne l'accès à ces documents classifiés secret de la défense nationale par les magistrats, une jurisprudence concordante des juridictions judiciaires et administratives permet d'affirmer que malgré le principe constitutionnel de la recherche des auteurs d'infraction pénale et le statut des magistrats, ces derniers ne sont pas considérés comme des personnes "qualifiées" pour accéder aux informations relevant du secret de la défense nationale.

S'agissant des lieux protégés, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les magistrats y ont librement accès, sauf en ce qui concerne les lieux classifiés qui doivent faire l'objet au préalable d'une déclassification. Par contre, dans tous les cas, ils doivent se soumettre à la procédure de déclassification des éléments protégés saisis.

Dans son rapport public pour l'année 1995, le Conseil d'Etat avait préconisé de mettre fin à l'un des derniers "*angles morts des dispositifs de régulation des institutions*". *Le Conseil avait alors souhaité la création d'une autorité administrative indépendante car le soupçon délétère qui a, dans plus d'un cas, entaché le recours à la notion de secret-défense, milite en faveur d'une innovation propre à attester et de la confiance de la République dans la légitimité des pratiques généralement suivies en la matière et de la détermination de ses choix démocratiques*"¹⁰.

¹⁰ Cf. Marc GUILLAUME - RFDA 1998, page 1223

C'est dans ces conditions que la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 codifiée dans le code de la défense sous les articles L. 2312-1 à L. 2312-8 a créé la **Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN)**.

Il s'agit d'une autorité administrative indépendante qui dispose de moyens propres et dont les membres nommés pour six ans sont inamovibles, leur mandat n'étant pas renouvelable, ce qui lui donne une autonomie matérielle et hiérarchique vis-à-vis de l'État.

Son rôle est consultatif et elle 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 ; cette étape intermédiaire entre la juridiction et la commission est sans conséquence puisque que le ministre a l'obligation de saisir la commission et de laisser ses membres "connaître de toute information classifiée". Par ailleurs, le texte relatif à la CCSDN reconnaît au profit de son président un pouvoir particulier d'investigation.

Elle comprend cinq membres (article L2312-2) :

1° Un président, un vice-président qui le supplée en cas d'absence ou d'empêchement et un membre choisis par le Président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes ;

2° Un député, désigné pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale ;

3° Un sénateur, désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat.

Le mandat des membres de la commission n'est pas renouvelable.

Le mandat des membres non parlementaires de la commission est de six ans.

Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions de membre de la commission qu'en cas d'empêchement constaté par celle-ci. Les membres de la commission désignés en remplacement de ceux dont le mandat a pris fin avant son terme normal sont nommés pour la durée restant à courir dudit mandat. Par dérogation au cinquième alinéa, lorsque leur nomination est intervenue moins de deux ans avant l'expiration du mandat de leur prédécesseur, ils peuvent être renouvelés en qualité de membre de la commission.

Les magistrats qu'ils appartiennent à l'ordre administratif, financier ou judiciaire, sont donc majoritaires.

Aux termes de l'article L2312-4, *"Une juridiction française dans le cadre d'une procédure engagée devant elle peut demander la déclassification et la communication d'informations, protégées au titre du secret de la défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification."*

Cette demande est motivée.

L'autorité administrative saisit sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Un magistrat, dans le cadre d'une procédure engagée devant lui, peut demander la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux protégés au titre du secret de la défense nationale au président de la commission. Celui-ci est saisi et fait connaître son avis à l'autorité administrative en charge de la classification dans les conditions prévues par l'article 56-4 du code de procédure pénale”.

Il est important de souligner que “*Les membres de la commission sont autorisés à connaître de toute information classifiée et d'accéder à tout lieu classifié 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.

Pour l'accomplissement de sa mission, la commission, ou sur délégation de celle-ci son président, est habilitée, nonobstant les dispositions des articles 56 et 97 du code de procédure pénale, à procéder à l'ouverture des scellés des éléments classifiés qui lui sont remis. La commission en fait mention dans son procès-verbal de séance. Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission lors de la transmission de son avis” (article L2312-5).

La commission émet un avis dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. 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 défense et la sécurité des personnels. L'avis de la commission est transmis à l'autorité administrative ayant procédé à la classification. (article 2312-7). Il en va de même en ce qui concerne l'avis du président de la commission concernant la déclassification d'un lieu.

Le sens de l'avis de la commission est publié au Journal officiel de la République française (article L2312-8). 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. Ainsi, la commission dispose d'un pouvoir d'influence, voire dissuasif, dans l'opinion en cas de formulation d'un avis favorable alors que l'autorité administrative saisie de la demande de déclassification aurait pu a priori être défavorable à celle-ci.

La procédure généralement considérée comme simple et rapide devant la Commission peut se résumer de la façon suivante :

- La juridiction fait une demande motivée de déclassification d'un ou plusieurs documents à l'autorité administrative en charge de la classification ;

- Cette autorité en charge de la classification saisit la Commission consultative du secret de la défense nationale ;

- La Commission rend un avis dans les deux mois (éléments notamment pris en considération : les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense / la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels).

- L'administration, au maximum dans le délai de 2 mois précité, ou dans les quinze jours francs à compter de la réception de l'avis de la Commission, notifie sa décision à la juridiction qui a fait la demande, assortie du sens de l'avis de la Commission qui est par ailleurs publié au Journal officiel.

La lecture du cinquième rapport de la Commission publié en novembre 2010, au titre des années 2007 au 30 juin 2010 révèle que celle-ci a rendu les avis suivants au cours des années considérées :

- 2007 : 20 avis, dont 18 ont été suivis
- 2008 : 18 avis, dont 17 ont été suivis
- 2009 : 19 avis, dont 17 ont été suivis
- 2010 (1er semestre) : 4 avis, tous suivis.

Le pourcentage des avis favorables à une déclassification totale ou partielle s'établit à 83 %. Ils sont suivis dans la proportion de 93 % par les autorités administratives.

Le rapport note que la plupart des avis favorables ou partiellement favorables à une déclassification comportent in fine une clause dite "technique" tendant à ne jamais déclassifier, et donc rendre éventuellement publiques, les mentions internes de transmission, diffusion ou classement qui pourraient révéler l'organisation ou les procédures de travail d'un service de renseignement ou d'un état-major opérationnel, ainsi que les indications relatives à une source, interne ou externe, française ou étrangère.

Ce rapport ne fait état que d'une seule demande de déclassification de lieu non autrement précisé ayant donné lieu à un avis non publié n° 2010-04 du 6 mai 2010 dont le sens n'est pas précisé ¹¹.

En droit comparé, il apparaît que si le caractère secret de certaines informations est explicitement reconnu dans tous les pays étudiés par le Sénat dans un rapport publié le 1^{er} février 1998 (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume Uni, Etats Unis) et dont la synthèse est ci-après reproduite, *le bien-fondé du refus de communication de ces informations à l'occasion de procédures judiciaires est généralement contrôlé par les tribunaux. C'est en effet le cas dans tous les pays étudiés sauf l'Italie, où il appartient au Président du conseil de confirmer le secret et d'en informer le Parlement.*

¹¹ Cet avis ne paraît pas concerner Monsieur VAN RUYMBEKE dont la demande d'accéder aux locaux de la DGSE aurait été rejetée en novembre 2010.

Plus précisément, il apparaît que :

- les juges anglais et américains reconnaissent à l'administration un large privilège de rétention, mais ils en contrôlent l'utilisation ;*
- le Tribunal suprême espagnol a fait prévaloir en 1997 l'intérêt de la justice sur la sécurité de l'Etat, et l'avant-projet de loi sur les secrets officiels reprend ce principe ;*
- en Allemagne et en Italie, la loi prévoit le mode de résolution des conflits relatifs à l'invocation du secret devant les juridictions.*

1) Tout en reconnaissant à l'administration un certain privilège de rétention, les juges anglais et américains en contrôlent l'application.

a) La justification du privilège Au Royaume-Uni, ce privilège trouve son origine dans la doctrine de "l'intérêt public", dérivée d'une prérogative initialement réservée à la Couronne. Cette règle permet à l'une des parties à un procès de renoncer à produire des éléments si "l'intérêt public" l'exige. Un ministre peut donc signer un "certificat d'immunité au nom de l'intérêt public" lorsqu'il ne souhaite pas que certaines informations soient rendues publiques à l'occasion d'une procédure judiciaire.

Aux Etats-Unis, le droit à la rétention de certaines informations se fonde, d'une part, sur le privilège de l'exécutif et, d'autre part, sur la coutume du secret d'Etat.

Le privilège de l'exécutif est une prérogative présidentielle issue du principe de séparation des pouvoirs. Il a été reconnu par la Cour suprême en 1974 à l'occasion du Watergate. Il justifie que, dans des domaines qui relèvent de la compétence exclusive de l'exécutif, la protection des informations confidentielles n'appartienne qu'au Président. La coutume du secret d'Etat, dégagée par la jurisprudence, permet à l'administration fédérale de refuser de communiquer un document relatif à une affaire en cours au nom de l'intérêt de la défense nationale et de la politique étrangère.

Le domaine couvert par la coutume du secret d'Etat apparaît dans l'ensemble identique à celui du privilège de l'exécutif. Le premier peut cependant être plus facilement invoqué par les principaux responsables de l'exécutif car il ne requiert pas l'intervention directe du Président.

b) Le contrôle des tribunaux Au Royaume-Uni comme aux Etats-Unis, lorsque le secret est invoqué, il revient aux juges du fond d'arbitrer entre deux types d'intérêt public, la raison d'Etat et la justice.

Au Royaume-Uni, la jurisprudence estime depuis 1968 que les ministres ne sont plus les seuls juges de l'intérêt public et qu'il appartient au tribunal d'arbitrer entre l'intérêt public mis en avant par le ministre et celui de la justice. Depuis quelques années, il est admis que le second l'emporte, sauf dans les cas où la diffusion de l'information peut causer un " tort substantiel ", ce qui, selon les tribunaux, est évidemment le cas en matière de défense, de sécurité nationale ou de secrets diplomatiques. Dans la logique de cette jurisprudence, le gouvernement a, à la suite de l'affaire Matrix Churchill relative à l'exportation illégale d'armes vers l'Irak, modifié sa position sur les " certificats d'immunité au nom de l'intérêt public ". Il a annoncé à la fin de l'année 1996 que les ministres ne

pouvaient demander l'immunité que lorsque la diffusion des documents confidentiels risquait de causer un " réel tort " .

Aux Etats-Unis, la jurisprudence reconnaît à la coutume du secret d'Etat et au privilège de l'exécutif une portée absolue dans les matières touchant à la sécurité de l'Etat, ce qui empêche le juge d'apprécier la validité de l'invocation du privilège. En revanche, dans les autres domaines, le juge s'autorise à examiner les documents et à apprécier le bien-fondé de l'invocation du secret. Ainsi, dans l'affaire du Watergate, le refus présidentiel de communiquer certaines informations n'a pas été considéré comme justifié par les intérêts de la sécurité nationale, et les nécessités de la justice pénale l'ont emporté.

2) Le Tribunal suprême espagnol a affirmé en 1997 la supériorité du droit à la protection de la justice sur le principe de sécurité de l'Etat, et l'avant-projet de loi sur les secrets officiels reprend ce principe.

En Espagne, le Tribunal suprême a eu l'occasion pour la première fois en 1997 de se prononcer sur le contrôle judiciaire des documents secrets.

Lors de l'instruction de plusieurs procès impliquant l'activité des groupes anti-terroristes de libération (GAL), la résolution d'une question préjudicielle l'a en effet amené à se prononcer sur le refus du conseil des ministres de déclassifier certains documents secrets. Il a alors affirmé la supériorité du droit à la protection réelle de la justice, que la constitution reconnaît à tout citoyen, sur le principe de sécurité de l'Etat.

L'avant-projet de loi sur les secrets officiels prévoit d'introduire ce principe dans la législation. En effet, les juges auraient la possibilité de demander au conseil des ministres la déclassification de certaines informations. De plus, les juges et les parties au procès pourraient soumettre la décision du conseil des ministres à la juridiction administrative suprême sans que la décision de cette dernière soit susceptible de recours.

3) En Allemagne et en Italie, la loi prévoit le mode de résolution des conflits relatifs à l'invocation du secret devant les juridictions.

Le code allemand des juridictions administratives prévoit explicitement que certaines informations puissent ne pas être communiquées lorsque ceci risque de nuire au " bien de la Fédération ou d'un Land ". Il énonce par ailleurs que le tribunal du fond se prononce, à la demande de l'une des parties, sur le refus opposé par l'administration.

En matière pénale, la solution retenue est comparable. En effet, comme le tribunal a l'obligation d'étendre l'instruction à tous les éléments décisifs pour la recherche de la vérité, il peut contrôler les décisions ministérielles de refus de communication de certaines informations. Lorsque ces décisions lui semblent arbitraires ou dénuées de tout fondement, il peut passer outre et réquisitionner les documents dont il a besoin. Dans les autres cas, il est lié par la décision de l'administration, mais la partie à qui l'opposition du secret porte préjudice peut saisir la juridiction administrative.

En Italie, c'est le nouveau code de procédure pénale, entré en vigueur en 1989, qui indique comment résoudre les conflits entre les nécessités du secret et celles de la

justice. Tout juge qui se voit opposer le " secret d'Etat " peut en informer le Président du conseil et lui demander la confirmation du secret. Lorsque le Président du conseil confirme le secret, il doit en informer le Parlement.

En Italie cependant, le " secret d'Etat " continue d'entraver le déroulement de plusieurs procédures auxquelles l'ancien code de procédure pénale s'applique parce qu'elles ont commencé avant l'entrée en vigueur du nouveau code.

EN CONCLUSION,

Il n'est pas contestable et d'ailleurs pas contesté dans les différents mémoires qui ont été déposés tant devant la chambre de l'instruction que devant la Cour de cassation que l'existence et la définition du secret de la défense nationale est un véritable attribut régalien qui confère à celle-ci une valeur supérieure qui fait partie intégrante de la "notion d'intérêts fondamentaux de la Nation".

Il convient donc de distinguer les textes qui définissent cette notion et ceux qui régissent l'accès aux éléments ou lieux protégés. C'est la raison pour laquelle le fait d'avoir estimé dans les mémoires initiaux relayés par l'arrêt de transmission de la chambre de l'instruction que des blocs de textes devaient être transmis au Conseil constitutionnel ne paraît pas sérieux, outre le fait qu'il est en contradiction avec la jurisprudence de la chambre criminelle ci-dessus déjà évoquée (Crim. 15 juin 2011 - pourvoi n° Z 11-80.198).

Sous réserve que la question prioritaire de constitutionnalité soit considérée comme recevable, il y a donc lieu d'opérer "un tri" dans les dispositions contestées pour retenir celles qui permettraient d'apprécier le caractère sérieux de la question, prévu par l'article 23-4 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

- S'agissant des articles 413-9 à 413-12 du code pénal,

Les articles 413-9 et 413-9-1 du code pénal définissent la notion de secret de la défense nationale et des documents et lieux protégés, les conditions d'application étant déterminées par un décret en Conseil d'Etat dont la vérification de la régularité n'est pas de la compétence du Conseil constitutionnel.

Les articles 413-10, 413-10-1, 413-11 et 413-11-1 définissent les délits de compromission, les deux premiers concernant les personnes dépositaires d'éléments protégés ou responsables de lieux protégés qui se seraient soustraites à leurs obligations.

Les deux suivants concernent les délits de compromission proprement dits qui seraient commis par des personnes non qualifiées en accédant à des éléments protégés ou en accédant à des lieux classifiés.

Dans ses mémoires initiaux, l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité estime que ces textes auraient dû exclure les magistrats de leur champ d'application.

Cette remarque ne paraît pas pertinente. D'une part, ceux-ci bénéficient depuis la création de la Commission consultative du secret de la défense nationale d'une procédure appropriée pour accéder aux éléments protégés ou aux lieux classifiés et d'autre part, ils ne peuvent agir que dans le cadre de leur activité juridictionnelle. Or, dans un arrêt du 9 mars 1983 (Bull. n° 75 - Dalloz 1983, page 352, note JEANDIDIER), la Chambre criminelle a rappelé *"qu'en vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, dans les motifs ou dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi"*. Il en résulte que cette décision ne peut être considérée comme constitutive par elle-même d'un crime ou d'un délit.

Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que les infractions ci-dessus énumérées ont pour objet exclusif la protection de l'intérêt général qui s'attache au secret de la défense nationale qui est de la seule compétence du ministère public ainsi que la chambre criminelle l'a jugé dans un arrêt du 1^{er} octobre 1996 (Bull. n° 338).

Enfin, l'article 413-12 ne fait que punir la tentative des délits ci-dessus spécifiés.

En conséquence, la question posée concernant ces articles ne paraît pas avoir le caractère sérieux exigé pour sa transmission au Conseil constitutionnel.

- S'agissant des articles L 2311-1 à L 2312-8 du code de la Défense,

L'article L 2311-1 renvoyant à l'article 413-9 du code pénal ci-dessus analysé, il ne saurait être pour les mêmes raisons transmis au Conseil constitutionnel.

Les autres articles concernent la création et le fonctionnement de la Commission consultative du secret de la défense nationale, l'auteur de la question lui reprochant de ne pas être une autorité judiciaire, sans opérer aucune distinction entre les articles dont la constitutionnalité est contestée.

Il convient de souligner et de rappeler que cette commission a été créée au vu des observations émises par le Conseil d'Etat dans son rapport public pour l'année 1995 qui avait suggéré le recours à la forme juridique de l'autorité administrative indépendante. Le législateur s'est strictement conformé à cet avis et le fonctionnement de la commission créée par la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, tel qu'il résulte de ses rapports d'activité, est venu conforter la pertinence de ce choix. Remettre en cause le choix de cette forme juridique reviendrait donc à contester la compétence du Conseil d'Etat qui aurait suggéré dans son rapport une réforme contraire à la Constitution ! Il reviendrait par ailleurs à remettre en cause la constitutionnalité de toute autorité administrative indépendante alors que le Conseil constitutionnel opère une distinction entre :

- celles qui prononcent des sanctions : dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, cons.16, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 (dite loi HADOPI I) qui confiaient à une autorité administrative indépendante le soin de prononcer certaines sanctions relatives à l'utilisation d'internet à des fins de contrefaçon, de telles sanctions, d'ailleurs susceptibles de recevoir application pour l'ensemble de la population, touchant à l'exercice d'une liberté publique fondamentale ;

Dans le même ordre d'idées et bien qu'il ne s'agisse pas d'une autorité administrative indépendante, on peut également citer la décision du Conseil constitutionnel qui a jugé "qu'en subordonnant à l'avis favorable d'une commission administrative le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle, l'article 12 de la loi relative à la rétention de sûreté et à la responsabilité pénale pour cause de trouble mental a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs, garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle qui résulte des articles 64 et 66 de la Constitution (2008-562 DC, 21 février 2008, Journal officiel du 26 février 2008, p. 3272, texte n°2, cons. 32 à 34, Rec. p. 89) ;

- et celles qui n'en prononcent pas : dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 25, concernant la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, il a validé la création de l'Autorité de régulation des jeux en ligne chargée d'agréer les nouveaux opérateurs, de contrôler le respect de leurs obligations et de participer à la lutte contre les opérateurs illégaux.

Or, en l'espèce, la Commission consultative du secret de la défense nationale n'a aucun pouvoir de décision, encore moins de sanction, puisqu'elle n'a qu'un rôle consultatif.

En conséquence, la question posée, en ce qu'elle conteste la constitutionnalité des articles L 2312-1 à L 2312-7 du code de la défense, ne paraît pas présenter le caractère sérieux requis..

Par contre, cet avis est transmis à l'autorité administrative qui a saisi la commission et qui est donc en charge de la décision relative à l'éventuelle déclassification dont elle a été saisie par la juridiction qui sollicite la communication d'informations classifiées ou l'accès à un lieu classifié. On peut estimer à ce niveau que la loi prévoit expressément une immixtion du pouvoir exécutif, en tout cas de l'autorité administrative, dans le fonctionnement de la juridiction qui l'a saisie et que cette circonstance pourrait être contraire aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés, spécialement ceux de la séparation des pouvoirs et de la recherche des auteurs d'infractions si l'on se place dans le contexte du présent dossier. Dans ces conditions, la question posée en ce qu'elle concerne l'article L 2312-8 qui est le seul à prévoir que "*l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées*" paraît revêtir un caractère sérieux de nature à justifier sa transmission.

- S'agissant de l'article 56-4 du code de procédure pénale,

Il doit également être rappelé qu'il a été créé par la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009, adoptée à la suite d'un avis émis par le Conseil d'Etat le 5 avril 2007 dont elle suit les recommandations.

La création de lieux protégés ne paraît pas devoir être considérée, à l'instar d'autres lieux (cabinets d'avocats - entreprises de presse ou de communication audiovisuelle - cabinets de médecins, notaires, d'avoué ou d'huissiers), comme contraire aux principes supérieurs du droit, en particulier aux normes constitutionnelles. Ce qui pose problème, c'est l'accès à ces lieux, notamment dans le cadre de perquisitions.

Les deux premiers paragraphes de l'article 56-4 du code de procédure pénale renvoient à la problématique de l'accès aux éléments protégés tandis que le troisième paragraphe pose le problème de la déclassification du lieu. Mais comme précédemment, la décision finale revient à l'autorité administrative qui est en charge de la classification du lieu. La situation est donc semblable à celle évoquée précédemment concernant l'article L 2312-8 du code de la défense et est de nature à justifier également sa transmission au Conseil constitutionnel.

Sous réserve de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité en raison de son imprécision du fait qu'en dehors de l'article 56-4 du code de procédure pénale, elle ne vise que des "blocs de textes", il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel en ce qu'elle présente un caractère sérieux en ce qui concerne les articles L 2312-8 du code de la défense et 56-4 du code de procédure pénale.

- ANNEXE 1 -

**LISTE DES AVIS EMIS PAR LA COMMISSION CONSULTATIVE DU SECRET DE LA DÉFENSE
NATIONALE
A LA DEMANDE DES MAGISTRATS INSTRUCTEURS ¹²**

Avis n° 2009-15 du 24 septembre 2009

Vu le code de la défense, ses articles L. 2312-1 à 8,

Vu la lettre de M. Hervé Morin, ministre de la défense, en date du 1er septembre 2009, faisant suite à une demande motivée, datée du 1er juillet 2009, de M. Yves Jannier, premier vice-président, et M. Marc Trévidic, vice-président du Tribunal de grande instance de Paris (pôle anti-terroriste), en charge de l'information ouverte le 27 mai 2002 à leur cabinet des " chefs d'assassinats de onze ressortissants français et de tentative d'assassinats de douze autres ressortissants français, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 ".

La commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification des quarante documents soumis à son examen par le ministère de la défense (DGSE).

Cette proposition s'entend sans préjudice de l'occultation de toutes mentions à caractère interne propres au service, à son organisation et à ses procédures de traitement, de sécurité, de transmission, d'enregistrement ou de classement. Elle ne s'oppose pas à la suppression des mentions à caractère nominatif dont la divulgation serait de nature à porter atteinte aux capacités de défense de la France, au respect de ses engagements internationaux ou à la sécurité des personnes.

Fait à Paris, le 24 septembre 2009.

Avis n° 2010-02 du 18 février 2010

Vu le code de la défense, et notamment ses articles L. 2312-1 à 8 ;

Vu les lettres de M. Hervé Morin, ministre de la défense, en date des 14 janvier et 11 février 2010 se référant à l'information judiciaire suivie au cabinet de M. Yves Jannier, premier vice-président, et de M. Marc Trévidic, vice-président au tribunal de grande instance de Paris (pôle antiterroriste), " des chefs d'assassinats de 11 ressortissants français et de tentative d'assassinats de 12 autres ressortissants français, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 " et à leur demande motivée adressée au ministre le 1er juillet 2009 ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée

¹² Source Légifrance

et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification des points 11, 12, 13 ainsi que des paragraphes 211 du point 21, 221 du point 22 et 321 du point 32 de l'" Audit de sécurité " réalisé par les services de la direction générale de la gendarmerie nationale et remis aux autorités le 9 octobre 2002 dans la perspective du retour éventuel des personnels de la DCN à Karachi.

Fait à Paris, le 18 février 2010.

Avis n° 2010-05 du 16 juin 2010

Vu le code de la défense, ses articles L. 2312-1 à 8 ;

Vu les lettres n° 50572/DEF/SGA/DAJ/APM/ARJ en date du 12 mai 2010 et n° 50586/DEF/SGA/DAJ/APM/ARJ en date du 14 juin 2010 par lesquelles le ministre de la défense a saisi la commission d'une demande motivée en date du 5 mai 2010, signée par M. Marc Trévidic, vice-président chargé de l'instruction au pôle antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris, et présentée comme " requête complémentaire en déclassification et communication d'informations protégées au titre du secret de la défense nationale " ; cette requête faisant suite à la demande motivée du 1er juillet 2009 signée des juges Jannier et Trévidic qui se rapportait à la même information ouverte des " chefs d'assassinats de 11 ressortissants français et de tentative d'assassinats de 12 autres ressortissants français, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 " et à la suite de laquelle la commission a rendu ses avis n°s 2009-15 et 2010-02 ;

Vu les documents précisément désignés par ladite requête et les documents transmis par le ministre à l'appui de sa saisine, soit :

1° Le contrat AGOSTA 90B conclu le 21 septembre 1994 entre la DCN-I et le Pakistan (162 pages), accompagné de 22 annexes (726 pages), signé en langue anglaise (" contrat n° 1262/74/DMP/Navy ") avec la mention " confidentiel " équivalant, en vertu de l'accord de sécurité conclu le 12 novembre 1997 entre le Gouvernement français et le Gouvernement de la République islamique du Pakistan, à la classification française " confidentiel défense " ;

2° Le rapport signé le 23 avril 1988 par le contrôleur général des armées Porchier sur " le projet de sous-marins pour le Pakistan " (77 pages) et ses 38 annexes (210 pages), classifiés " confidentiel défense - spécial France " ;

3° Le rapport d'enquête signé conjointement le 29 janvier 1999 par l'inspecteur des finances Seigle et le contrôleur général des armées Porchier sur " la vente par la direction des constructions navales de sous-marins au Pakistan " (30 pages) et ses 10 annexes (286 pages), classifiés " confidentiel défense - spécial France " ;

4° La télécopie en date du 8 avril 1994 n° 022/SUE/AD/CD émanant de l'ambassade de France en Suède, avec son bordereau d'envoi du 3 juin 2010, classifiés " confidentiel défense " ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification de l'intégralité des documents soumis, en l'état, à son examen.

Fait à Paris, le 16 juin 2010.

Avis n° 2010-09 du 1er octobre 2010

Vu le code de la défense, notamment ses articles L. 2312-1 à 2312-8 ;

Vu la lettre n° 50526/DEF/SGA/DAJ/APM/ARJ en date du 26 juillet 2010 par laquelle le ministre de la défense, M. Hervé Morin, transmet à la commission des documents supplémentaires dans le cadre de la demande motivée en date du 5 mai 2010, signée par M. Marc Trevidic, vice-président chargé de l'instruction au pôle antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris, en charge d'une information judiciaire ouverte depuis le 27 mai 2002 à son cabinet pour les faits " d'assassinats de onze ressortissants français ou de tentative d'assassinats de douze autres ressortissants français, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 " et à la suite de laquelle la commission a rendu ses avis ;

Vu les avis n°s 2009-15, 2010-02, 2010-05 ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification des documents soumis à son examen, soit :

- un document émanant de la DGSE du 1er septembre 2000 ;
- onze documents émanant de la DGA datés de 1993, 1994, 1995, 1998 sauf pour ce qui concerne le document DGA du 17 octobre 1994 où l'avis favorable ne porte que sur l'objet (page 1) et l'alinéa intitulé " Pakistan ? vente ? logiciels pour système de combat de sous-marins " dans l'annexe (page 2) ;
- un télégramme du 9 février 1998 de la mission militaire française d'Islamabad.

A l'exception, le cas échéant, des mentions à caractère technique ou interne dont la protection paraîtrait nécessaire au ministre.

Fait à Paris, le 1er octobre 2010.

Avis n° 2010-13 du 16 décembre 2010

Vu le code de la défense, ses articles L. 2312-1 à 8, et notamment L. 2312-5, 1er alinéa ;

Vu les avis n° 2009-15 du 24 septembre 2009 et n° 2010-02 du 18 février 2010 rendus sur saisines du ministre de la défense au vu de la demande motivée en date du 1er juillet 2009 émanant de MM. Yves Jannier, premier vice-président, et Marc Trevidic, vice-président, chargés de l'instruction au tribunal de grande instance de Paris (pôle antiterroriste) se référant à l'information judiciaire suivie des " chefs d'assassinats de 11 ressortissants français et de tentative d'assassinats de 12 autres ressortissants français, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 " ;

Vu les avis n° 2010-05 du 16 juin 2010 et n° 2010-09 du 1er octobre 2010 rendus sur saisines du ministre de la défense au vu de la nouvelle demande motivée présentée le 5 mai 2010 par M. Marc Trevidic dans le cadre de la même affaire ;

Vu l'avis n° 2010-07 du 15 juillet 2010 rendu sur saisine du ministre de la défense au vu de la demande motivée émanant de M. Jean-Claude Marin, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, agissant dans le cadre de l'enquête préliminaire " confiée le 22 janvier 2010 par le parquet de Paris à la division nationale des investigations financières (DNIF), à la suite d'une plainte du 14 décembre 2009 déposée par Me Olivier Morice, avocat de six des familles de personnes décédées lors de l'attentat survenu à Karachi le 8 mai 2002, victimes qui étaient salariées de la direction des constructions navales (DCN, devenue DCNS en 2007), enquête portant sur des faits qualifiés faux témoignage, entrave à la manifestation de la justice, extorsion et abus de biens sociaux " ;

Vu la lettre de M. Alain Juppé, ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants, en date du 15 décembre 2010, saisissant la commission d'une demande motivée en date du 22 novembre 2010 par laquelle M. Marc Trevidic, se référant à la requête complémentaire du 5 mai 2010 réclame à nouveau certains documents qui selon lui " n'ont apparemment pas encore été soumis à l'avis de la commission consultative ou très partiellement " ;

Vu les 54 documents classifiés émanant de la DGSE produits par le ministre d'Etat à l'appui de sa saisine ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification des documents suivants :

- message n° 343 du 5 mai 1994 ;
- message n° 481 du 21 juin 1994 ;
- message n° 483 du 22 juin 1994 ;
- message n° 1047 du 12 mai 1997 ;
- note n° 96028 du 24 octobre 1997 ;
- note n° 18114 du 24 décembre 1997 ;
- note n° 15311 du 26 juin 1998 ;
- note n° 96210 du 30 juin 1998 ;
- note n° 96234 du 30 juillet 1998 ;
- note n° 880 du 30 octobre 1998 ;
- message n° 182 du 15 janvier 1999 ;
- note n° 94006 du 10 mars 1999 ;
- message n° 1364 du 21 mai 2001 ;

- message n° 598 du 8 mai 2002 ;
- message n° 735 du 8 mai 2002 ;
- message n° 5 du 10 mai 2002 ;
- message n° 11 du 11 mai 2002 ;
- message n° 520 du 13 mai 2002 ;
- message n° 49 du 14 mai 2002 ;

- message n° 10829 du 16 septembre 2004 ;
- message n° 654 du 8 mai 2006 ;
- fiche n° 31901 du 29 avril 2009 ;
- message n° 20637 du 16 juillet 2009.

Emet un **avis favorable** à la déclassification partielle des documents suivants :

- note n° 96216 du 10 juillet 1998 :
- page 2, rubrique " sous-marin " ;
- page 3, rubrique " financement des marchés d'armement ", premier point.
- note sans numéro du 17 février 2010 :
- page 1, rubrique " Ziad Takieddine " ;
- page 2, fiche " Ziad Takieddine " en totalité.
- fax n° 3316 du 4 novembre 2003 : point 18 des pages 10 et 11.

Cette proposition s'entend sans préjudice de l'occultation de toutes mentions à caractère interne propres au service, à son organisation et à ses procédures de traitement, de sécurité, de transmission, d'enregistrement ou de classement.

Emet un **avis défavorable** à la déclassification des 28 autres documents.

Fait à Paris, le 16 décembre 2010.

Avis n° 2011-01 du 20 janvier 2011

Vu le code de la défense, en particulier ses articles L. 2312-1 à L. 2312-8 ;

Vu la lettre de M. le Premier ministre (SGDSN) en date du 13 décembre 2010 faisant suite à une demande de MM. Yves Jannier, premier vice-président, et Marc Trevidic, vice-président, chargés de l'instruction au pôle antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris en charge d'une information judiciaire ouverte à leur cabinet des faits " d'assassinats de onze ressortissants français et de tentative d'assassinats de douze autres de nos concitoyens, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi(Pakistan) le 8 mai 2002 " ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré, Emet un avis favorable à la déclassification partielle des extraits des procès-verbaux des réunions de la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre en date des 15 mars et 21 juillet 1994, partie portant sur la vente des sous-marins au Pakistan.

Emet un **avis défavorable** à la déclassification des fiches techniques d'agrément préalable.

Fait à Paris, le 20 janvier 2011.

Avis n° 2011-06 du 17 février 2011

Vu le code de la défense, et en particulier ses articles L. 2312-1 à 8 ;

Vu la lettre de M. le ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants, en date du 21 janvier 2011 faisant suite à une demande du 2 décembre 2010 de MM. Yves JANNIER, premier vice-président, et Marc TREVIDIC, vice-président, chargés de l'instruction au pôle antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris en charge d'une information judiciaire ouverte à leur cabinet des faits " d'assassinats de 11 ressortissants français et de tentative d'assassinats de 12 autres de nos concitoyens, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 " ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification des documents, soumis à son examen et provenant du Service historique de la défense :

- le compte rendu au ministre de la défense en date du 24 juin 2002 signé par le général RONDOT ;
- la note du 26 juin 2002 avec ses annexes ;
- le projet de programme non daté.

A l'exception, le cas échéant, des mentions à caractère technique ou interne dont la protection paraîtrait nécessaire au ministre.

Fait le 17 février 2011.

Avis n° 2011-09 du 17 mars 2011

Vu le code de la défense, ses articles L. 2312-1 à 8 ;

Vu la lettre de Mme Michèle Alliot-Marie, ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes, en date du 3 février 2011 faisant suite à une demande motivée, datée du 2 décembre 2010, de MM. Yves Jannier, premier vice-président, et Marc Trevidic, vice-président au tribunal de grande instance de Paris (pôle antiterroriste), en charge de l'information ouverte le 27 mai 2002 à leur cabinet des " chefs d'assassinats de 11 ressortissants français et de tentative d'assassinats de 12 autres ressortissants français, en relation avec une entreprise terroriste, commis à Karachi (Pakistan) le 8 mai 2002 " ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale, régulièrement convoquée et constituée, en ayant délibéré,

Emet un **avis favorable** à la déclassification des deux télégrammes diplomatiques du 8 et 9 mai 2002 soumis à son examen par le ministère des affaires étrangères et européennes.

A l'exception, le cas échéant, des mentions à caractère technique ou interne dont la protection paraîtrait nécessaire au ministre.

Fait le 17 mars 2011.

- ANNEXE 2 -

SYNTHÈSE DU DISPOSITIF DE PROTECTION DES ÉLÉMENTS COUVERTS PAR LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE DANS LE CADRE D'UNE PERQUISITION ¹³

	Lieu abritant un élément protégé Article 56-4 I	Lieu neutre Article 56-4 II	Lieu classifié Article 56-4 III
Avant la perquisition	<p>1. Le magistrat consulte la liste des lieux sur le site sécurisé du ministère de la Justice.</p> <p>2. Il transmet au président de la CCSDN une décision écrite comportant les informations utiles à l'accomplissement de sa mission.</p>		<p>1. Le magistrat prend contact avec le président de la CCSDN.</p> <p>2. Il transmet au président de la CCSDN une décision écrite et motivée indiquant la nature des infractions recherchées, les raisons de la perquisition, le lieu et l'objet de celle-ci.</p> <p>3. L'autorité administrative décide de la déclassification temporaire du lieu et en informe le magistrat.</p>
Au commencement de la perquisition	<p>Le président de la CCSDN ou son représentant doit être présent.</p> <p>Le magistrat informe le représentant de la CCSDN et le responsable du lieu :</p> <ul style="list-style-type: none"> - de la nature des infractions recherchées ; - des raisons de la perquisition, de son objet et du lieu visé. 	<p>En cas de découverte d'un élément protégé, le magistrat est immédiatement avisé.</p> <p>Il informe sans délai le président de la CCSDN.</p> <p>Le président de la CCSDN décide ou non de se transporter.</p> <p>Le magistrat décide ou non de se transporter.</p>	<p>Le président de la CCSDN ou son représentant doit être présent.</p> <p>Le magistrat donne connaissance au responsable du lieu de sa décision de perquisition.</p>
Au cours de la perquisition	<p>Seul le président de la CCSDN ou son représentant peut :</p> <ul style="list-style-type: none"> - prendre connaissance des éléments protégés ; - procéder à l'inventaire des éléments saisis. <p>Le président devient gardien des scellés.</p>	<p>Seul le président de la CCSDN ou son représentant peut prendre connaissance des éléments protégés.</p> <p>L'élément protégé est placé sous scellé par le magistrat ou l'OPJ et remis ou transmis au président de la CCSDN.</p> <p>Le président devient gardien des scellés.</p>	<p>Seul le président de la CCSDN ou son représentant peut :</p> <ul style="list-style-type: none"> - prendre connaissance des éléments protégés ; - procéder à l'inventaire des éléments saisis. <p>Le président devient gardien des scellés.</p>
Après la perquisition	<p>La CCSDN émet un avis sur la déclassification conformément la procédure des articles L. 2312-4 et s. du Codef.</p> <p>La Commission peut ouvrir les scellés.</p> <p>Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission avec son avis.</p>	<p>La CCSDN émet un avis sur la déclassification conformément la procédure des articles L. 2312-4 et s. du Codef.</p> <p>La Commission peut ouvrir les scellés.</p> <p>Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission avec son avis.</p>	<p>La CCSDN émet un avis sur la déclassification conformément la procédure des articles L. 2312-4 et s. du Codef.</p> <p>La Commission peut ouvrir les scellés.</p> <p>Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission avec son avis.</p>