



HAL
open science

Le contentieux de la sécurité nationale

Bertrand Warusfel

► **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. Le contentieux de la sécurité nationale. Annuaire 2018 du droit de la sécurité et de la défense, Mare & Martin, pp. 201-218, 2018. hal-02398594

HAL Id: hal-02398594

<https://hal.science/hal-02398594>

Submitted on 4 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le contentieux de la sécurité nationale

Bertrand Warusfel,
Professeur à l'Université Paris 8,
Vice-président de l'AFDSD

Au sens strict du terme, il ne peut exister de contentieux de la sécurité nationale en France que depuis que notre droit français a accueilli cette nouvelle notion, à savoir à compter de la réécriture en 2009 des dispositions de l'article L. 1111-1 du Code de la défense¹.

On constate d'ailleurs que c'est postérieurement à cette date qu'ont été rendus la plupart des arrêts les plus significatifs en ce domaine, à commencer par la décision du Conseil constitutionnel du 10 novembre 2011 relatif aux dispositions organisant la conciliation entre secret de défense et perquisitions judiciaires, que l'on pourrait considérer comme le premier « grand arrêt » du droit de la sécurité nationale.

Mais une analyse plus attentive permet de dépasser cette approche par trop positiviste. Ce n'est pas la définition de la sécurité nationale par le nouvel article L. 1111-1 du code de la défense qui a créé le contentieux éponyme. Ce texte n'est en lui-même jamais visé dans les décisions rendues ces dernières années en matière de sécurité nationale. Il faut plutôt voir entre l'inscription de la notion dans le code de la défense et le développement d'une jurisprudence en la matière l'effet parallèle de quelques évolutions concomitantes.

Ce fut tout d'abord à partir des années quatre-vingt dix la réforme en plusieurs étapes du secret de la défense nationale. Après sa redéfinition à l'occasion de l'entrée en vigueur en 1994 du nouveau code pénal², ce fut en 1998 la création par la loi du 8 juillet 1998 de la Commission consultative du secret de la défense³ puis en 2009 la clarification des conditions dans lesquelles les perquisitions judiciaires peuvent s'articuler avec le respect du secret de défense (correction faite de la censure partielle décidée par le juge constitutionnel dans sa décision QPC « Karachi » précitée). En effet l'un des verrous qui empêchait le développement d'une jurisprudence en matière de défense et de sécurité nationale était l'impossibilité de tout accès des juges aux informations classifiées, et donc à la réalité des pratiques étatiques dans les différents domaines sensibles touchant la sécurité du pays.

Mais c'est l'impact des agressions terroristes de ces dernières années qui a parachevé l'évolution. Le terrorisme étant par nature hybride, c'est-à-dire un acte criminel mais aussi souvent une menace potentielle pour la sécurité nationale, il est logique que le développement de ce que l'ancien président Hollande avait osé appeler la « guerre contre le terrorisme » passe nécessairement par une confrontation de plus en plus fréquente entre les procédures

¹ Par les soins de la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009.

² Sur la portée juridique de cette réforme pénale du secret de défense, voir notre ouvrage : Bertrand Warusfel,

² Sur la portée juridique de cette réforme pénale du secret de défense, voir notre ouvrage : Bertrand Warusfel, *Contre-espionnage et protection du secret - Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Editions Lavoiselle, 2000, pp. 165-187.

³ Devenue – depuis la loi du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes – la Commission du secret de la défense nationale.

juridictionnelles et les pratiques sécuritaires de l'État⁴. Si l'on y ajoute le long recours à l'état d'urgence de 2015 à 2017, qui a été l'occasion de nombreux litiges - principalement administratif mais également constitutionnel et parfois judiciaire⁵ - il est désormais possible d'identifier et d'étudier quelques caractéristiques communes à ce nouveau contentieux de la sécurité nationale.

1/ Une définition imprécise qui laisse une marge d'appréciation importante à la jurisprudence

En suivant la recommandation du Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008, le législateur de 2009 a bien inscrit une définition de la sécurité nationale en ouverture du code de la défense⁶. Mais en privilégiant l'affirmation politique d'une « stratégie » de sécurité nationale, il n'a pas pu donner à cette définition un contenu susceptible d'être facilement transposé dans le domaine juridique.

Si les notions de « *protection de la population* », d'« *intégrité du territoire* » et de « *permanence des institutions de la République* » renvoient assez naturellement à ce que l'on dénommait, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994, la « *sûreté de l'État* », les autres dimensions couvertes par le concept de sécurité nationale ne sont définies que très allusivement par référence à « *l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation* ». Il s'agit à l'évidence d'un critère d'une trop grande généralité pour que les sujets de droit tout comme les juges puissent rapidement et simplement en déduire l'application à des situations concrètes. Certains commentateurs ont d'ailleurs relevé ce « *caractère généraliste et malléable* »⁷ ou éprouvé « *une réelle difficulté à poser le concept* »⁸.

Faut-il pour autant en déduire que, du point de vue juridique, le contenu de ce nouveau concept serait inutilisable ? Nous ne le pensons pas, et ce pour deux raisons : d'une part, parce que se confirme le lien structurel de la sécurité nationale avec la notion, indiscutablement juridique, des « *intérêts fondamentaux de la nation* »⁹ et d'autre part, parce qu'il nous semble que, suivant l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges français devraient progressivement donner corps, par leurs jurisprudences, à ce concept de manière à préciser les justifications et les limites d'un régime juridique de sécurité nationale.

⁴ Sur les répercussions de l'antiterrorisme contemporain sur les logiques tant administratives que pénales, voir Julie Alix & Olivier Cahn, *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme – Implications juridiques*, Dalloz, 2017, et en particulier les contributions de Maxence Chambin (pp. 133-148), Valérie Malabat (pp. 173-188), David Cumin (pp. 189-199) et notre propre contribution (« La (re)définition d'un droit du renseignement », pp. 151-160).

⁵ Voir notamment Olivier Gohin, « Libertés fondamentales et contentieux juridictionnel de l'état d'urgence », dans ce volume.

⁶ Article L.1111-1 C Déf.

⁷ Vincent Boulanin, « Retour sur l'adoption du concept de sécurité nationale, ou l'assimilation d'un discours de sécuritisation dominant », *Le débat stratégique*, n° 176, mai 2009. V. également Thierry Balzacq, « Qu'est-ce que la sécurité nationale ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 52, hiver 2003- 2004, pp. 33-50 .

⁸ Frédéric Coste, « L'adoption du concept de sécurité nationale : une révolution conceptuelle qui peine à s'exprimer », Note FRS, n° 3/2011, p. 18. Pour notre part, nous avons relevé « *un périmètre encore imprécis* » (Bertrand Warusfel, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », in *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecocq*, Université Lille 2, 2011).

⁹ Définie à l'article 410-1 du code pénal.

L'adoption de la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 a consacré le lien juridique et politique qui existe entre la stratégie de sécurité nationale et les intérêts fondamentaux de la nation définis et protégés par le code pénal. L'article L. 811-1 CSI, créé à cette occasion, affirme en effet que « *la politique publique de renseignement concourt à la stratégie de sécurité nationale ainsi qu'à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* ». Dans la même logique, les services spécialisés de renseignement se sont vus attribuer des missions qui relèvent indiscutablement du périmètre couvert par l'article L. 1111-1 du code de la défense (en particulier, la prévention et l'entrave des « *menaces et risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation* »¹⁰) mais sont autorisés à mettre en œuvre, « *pour le seul exercice* » de ces missions, différentes techniques pour le recueil de renseignements relatifs à « *la défense et à la promotion* » de différents intérêts fondamentaux de la Nation¹¹.

Cette articulation législative dans un domaine majeur (le renseignement) qui est au cœur de l'exercice des prérogatives de sécurité nationale de l'État ne fait que confirmer le lien conceptuel que nous avons déjà identifié entre sécurité nationale et intérêts fondamentaux de la Nation, relevant notamment qu'on trouve dans l'énumération de l'article L. 410-1 du code pénal, « *non seulement la notion générique de sécurité de la Nation, mais aussi mention de l'intégrité de son territoire, la forme républicaine de ses institutions et la sauvegarde de sa population* »¹².

Il n'est donc pas excessif de considérer que la protection des intérêts de la Nation constitue la traduction pénale de la mise en œuvre de la stratégie de sécurité nationale, en ce sens que les principaux actes d'hostilités, de sabotage ou simplement d'espionnage pouvant intervenir dans un domaine susceptible de menacer la sécurité nationale peuvent être réprimés sur le fondement articles 410-1 à 411-11 du code pénal. En d'autres termes, les poursuites pénales que le livre IV du code pénal prévoient sont en quelque sorte des instruments juridiques de la politique de sécurité nationale dont l'État a la charge exclusive¹³.

Ce lien a d'ailleurs été également consacré par le Conseil constitutionnel qui, après avoir commencé par associer dans sa décision sur la loi pour la sécurité intérieure, l'objectif de « *protection de la sécurité des personnes* » avec celui de « *la défense des intérêts fondamentaux de la Nation* »¹⁴, a profité de la mention de ces intérêts dans le préambule de la Charte de l'environnement (texte reconnu comme appartenant au bloc de constitutionnalité) pour progresser vers leur constitutionnalisation. Dans sa décision de 2011 (rendue dans l'affaire dite « Karachi ») il a affirmé ainsi que la sauvegarde de ces intérêts « *réaffirmés par la Charte de l'environnement, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire* » se rattachait aux dispositions constitutionnelles de l'article 5 de la Constitution (qui font du Président de la République, le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire)¹⁵. Mais il a été encore plus net dans sa décision du 23 juillet 2015 où il a évoqué à plusieurs reprises « *les*

¹⁰ Article L. 811-2 CSI.

¹¹ Article L. 811-3 CSI.

¹² B. Warusfel, 2011, précité.

¹³ Ce qui se traduit d'ailleurs procéduralement par le fait que seul l'État peut poursuivre en violation des infractions prévues au livre IV CPen.

¹⁴ Cons. const, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure.

¹⁵ Cons. const, décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres, cons. n° 20.

exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation »¹⁶, à propos justement des dispositions de la loi relative au renseignement. Il est donc possible d'affirmer également qu'à travers les intérêts fondamentaux de la Nation, l'objectif politique de sécurité nationale trouve également une consécration constitutionnelle indirecte mais réelle.

Ces prises en compte plus ou moins directes par le droit pénal et le droit constitutionnel des exigences de sécurité nationale montrent qu'elles ne sont pas par nature dénuées de toute portée juridique. Bien au contraire, nous estimons possible d'émettre une première définition juridique de la sécurité nationale qui tienne déjà compte notamment de ce que le juge constitutionnel a évoqué dans les différentes décisions signalées plus haut.

Vue à travers le prisme du contentieux, la sécurité nationale correspond à une dimension très spécifique de l'intérêt général qui a pour attribut de pouvoir justifier la mise en œuvre par le pouvoir exécutif de prérogatives spéciales entraînant des limitations à l'exercice des libertés publiques. Cette approche correspond à la manière dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme interprète cette notion qui figure explicitement dans la Convention de 1950, au titre des différents intérêts publics qui peuvent justifier une ingérence proportionnée dans l'exercice des principales libertés fondamentales qu'elle protège. Dans son rapport sur ce thème, la Cour indique notamment qu'il s'agit « *d'étudier la sécurité nationale en tant que raison permettant aux États d'user de pouvoirs exceptionnels pouvant limiter la protection normale dont bénéficient les droits fondamentaux* »¹⁷. Elle confirme d'ailleurs que, malgré l'importance de cette notion pour l'exercice de nombreuses libertés, « *la notion n'est pourtant pas clairement définie et revêt même, à tout le moins, un certain flou* », flou qu'elle admet en se référant notamment à une prise de position de la Commission européenne des droits de l'homme qui a affirmé en 1993 qu'il n'était pas nécessaire d'en donner une définition exhaustive de façon à lui conférer « *une certaine élasticité et donc une certaine flexibilité, reflétée par la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière* »¹⁸.

Le contentieux de la sécurité nationale peut donc se définir comme les différents litiges à l'occasion desquels une juridiction est amenée à apprécier les justifications invoquées à l'appui de mesures de sécurité restreignant des libertés publiques ainsi qu'à en fixer les conditions et les limites de mise en œuvre.

2/ Un contentieux transversal, dominé pour l'instant par le juge administratif

Juge par nature de l'action publique et des spécificités de celle-ci, le juge administratif a été amené assez tôt à connaître des impératifs de défense et de sécurité et à devoir adapter en conséquence la légalité administrative. Rappelons-nous en particulier de sa jurisprudence sur les

¹⁶ Cons. const, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, considérants 82 et 86.

¹⁷ CEDH, Division de la recherche, *Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2013, p. 5.

¹⁸ Le rapport renvoie à la décision *Esbester c. Royaume-Uni* n° 18601/91 du 2 avril 1993 : « *the Commission considers however that the principles referred to above do not necessarily require a comprehensive definition of the notion of "the interests of national security"* ».

circonstances exceptionnelles consacrée par l'arrêt Heyriès de 1918¹⁹ puis par son arrêt *Dol et Laurent* de 1919²⁰. En faisant prévaloir la nécessaire continuité du service public ou la prévention de l'espionnage en période de guerre, ces arrêts ont ouvert la route à la possibilité pour le gouvernement de s'arroger en période de crise des pouvoirs accrus, y compris sans texte. Ces pouvoirs renforcés peuvent alors avoir des conséquences sur la légalité des actes de l'administration, voire sur la qualification de « voie de fait » comme dans l'arrêt *Dame de La Murette*²¹.

C'est d'ailleurs indirectement sur ces bases conceptuelles que seront conçus plus tard la loi de 1955 sur l'état d'urgence ou le dispositif constitutionnel de l'article 16. Mais la jurisprudence du Conseil d'État n'a finalement pas beaucoup développé ce qu'Hauriou appelait cette « *légitime défense de l'État, dont les nécessités de guerre constituent un cas* »²². Et surtout, il n'a pas eu pendant longtemps beaucoup d'occasions de statuer sur la balance à rétablir entre la dérogation justifiée par les impératifs de sécurité et le respect des libertés publiques.

Il faut certes citer l'arrêt *Canal* du 19 octobre 1962 par lequel la juridiction administrative suprême considéra que si l'impératif d'application de la politique gouvernementale relative à la fin de la guerre d'Algérie pouvait justifier l'institution d'une juridiction spéciale, « *l'organisation et le fonctionnement d'une telle juridiction ne pouvaient légalement porter atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense que dans la mesure où, compte tenu des circonstances de l'époque, il était indispensable de le faire pour assurer l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962* » et qu'en l'espèce, les atteintes « *aux principes généraux du droit pénal, en ce qui concerne, notamment, la procédure qui y est prévue et l'exclusion de toute voie de recours* » étaient trop importantes, ce qui justifiait l'annulation de l'ordonnance créant la cour militaire de justice²³.

Pour le reste, on peut aussi indirectement rattacher à cette problématique de la conciliation entre liberté publique et impératif de sécurité publique, le célèbre arrêt *Benjamin*²⁴ où – s'agissant d'une restriction à la liberté de réunion – le Conseil d'État contrôla strictement l'effectivité des risques de troubles à l'ordre public qui pouvaient justifier la mesure de police, ainsi que la proportionnalité de la mesure prise au regard de ces risques²⁵. Beaucoup plus récemment, cette approche fut bien reprise en 2011 par le juge administratif et appliquée plus directement à une question ayant une relation assez directe avec la sécurité nationale, puisqu'il s'agissait de la conciliation entre le respect de la vie privée et les impératifs d'ordre public justifiant la collecte et la conservation des empreintes digitales aux fins d'établissement de documents sécurisés

¹⁹ CE, 28 juin 1918, Heyriès.

²⁰ CE, 28 février 1919, Dames Dol & Laurent.

²¹ TC, 27 mars 1952, Dame de La Murette.

²² Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 1930, Recueil Sirey, p. 165, cité in Marie Goupy, *L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie*, ENS Lyon, 2011, p. 64.

²³ CE, 19 octobre 1962 - Canal, Robin et Godot - Rec. Lebon p. 552.

²⁴ CE, 19 mai 1933, Benjamin.

²⁵ Intervenant en ouverture du colloque sur le Conseil d'État durant la Grande guerre, Jean-Marc Sauvé indiquait ainsi que « *en un certain sens, la jurisprudence de guerre a aussi préparé la consécration du contrôle de proportionnalité et l'arrêt de principe Benjamin* » (*Le Conseil d'État et la Grande guerre*, Colloque, ENA, 20 novembre 2015).

d'identité. Dans son arrêt *Association pour la promotion de l'image et autres*²⁶, le Conseil d'État annula partiellement le décret TES du 30 avril 2008, en tant qu'il prévoyait la conservation d'empreintes digitales ne figurant pas dans le composant électronique du passeport, après avoir soumis le texte au « triple test de proportionnalité » afin de s'assurer que la mesure de police restrictive était bien adaptée, nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre public.

Mais c'est principalement la mise en œuvre des dispositions de loi de 1955 sur l'état d'urgence qui va donner au juge administratif un rôle majeur d'appréciation des motifs de sécurité nationale invoquée en période de crise et de la limitation proportionnée de l'exercice des libertés publiques. La première étape vers ce nouveau contrôle fut franchi tout d'abord par le juge des référés du Conseil d'État dans son ordonnance Rollin²⁷ par laquelle il se reconnut compétent pour apprécier la légalité des décrets du Président de la République instaurant l'état d'urgence en novembre 2005.

S'il a reconnu le « *pouvoir d'appréciation étendu* » dont le Président de la République dispose lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial, le juge administratif se livra cependant à un certain contrôle des circonstances de fait invoquées à l'appui de cette décision²⁸ afin de vérifier si elles pouvaient être « propres à créer un doute sérieux quant à la légalité » du décret. Il relevait par ailleurs comme élément permettant de renforcer sa légalité la limitation « *aussi bien dans le temps que dans l'espace* » des mesures prises en vertu de l'état d'urgence, ainsi que le « *contrôle dont leur mise en oeuvre est assortie* ».

En janvier 2016, le Conseil d'État, saisi d'un référé-liberté, a dû à nouveau statuer sur la décision de recourir et de maintenir l'état d'urgence, ce qui l'amena à apprécier la nature et la portée du « *péril imminent* » qui avait justifié après le 13 novembre 2015 le recours à la loi de 1955 et à considérer que la décision présidentielle ne portait pas « *pas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* »²⁹.

Mais c'est surtout le rétablissement de l'état d'urgence en novembre 2015 qui a conduit le juge administratif à devenir le juge de l'équilibre entre les impératifs de sécurité nationale et la sauvegarde des libertés publiques. Il faut noter en effet que la loi du 20 novembre 2015 modifiant celle du 3 avril 1955 a explicitement précisé que « *les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment dans son livre V* »³⁰.

Sur tous ces recours, la juridiction administrative a pris parfois des décisions défavorables à l'administration, ce qui a représenté en 2016, 16 suspensions et 12 annulations d'assignations à résidence (sur 51 recours examinés) et 9 annulations de perquisitions (sur 16 recours).

²⁶ CE, Assemblée, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, Rec. p. 505, *AJDA* 2012, p. 35, chron. Mattias Guyomar et Xavier Domino.

²⁷ CE Ord., 14 nov. 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec. p. 499 ; *AJDA* 2006, p. 501, note Philippe Chrestia.

²⁸ L'ordonnance relève notamment « *l'aggravation continue depuis le 27 octobre 2005 des violences urbaines, à leur propagation sur une partie importante du territoire et à la gravité des atteintes portées à la sécurité publique* ».

²⁹ CE, juge des référés, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autre*, n° 396220, Rec.

³⁰ Nouvel article 14-1 de la loi du 3 avril 1955 modifiée.

Au-delà de ces taux de réformation, on a pu également relever que la nature du contrôle exercé par le juge administratif s'était aussi enrichi passant d'un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation³¹ à un contrôle plein s'assimilant à « *un véritable contrôle de proportionnalité* »³².

Ainsi, notamment, le Conseil d'État a pu, par son arrêt du 6 juillet 2016³³, resserrer les conditions d'exercice des perquisitions administratives prévu par la loi du 3 avril 1955 en précisant qu'une telle mesure ne pouvait être prise que s'il y avait des raisons sérieuses de penser que le lieu visé était fréquenté par une personne dont le comportement constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Son contrôle s'étend donc aux informations qui doivent justifier la mesure et à l'appréciation de la proportionnalité de la perquisition par rapport à ces données.

S'agissant toujours des perquisitions, les nouvelles prérogatives que la loi du 21 juillet 2016 accorda à l'autorité administrative (qui peut désormais saisir des données informatiques sur place mais subordonne leur exploitation à une autorisation ultérieure du juge administratif) ont renforcé le contrôle du juge des référés non seulement sur la régularité de la saisie mais aussi sur le lien entre les données saisies et la menace à l'ordre public ayant justifiée la perquisition³⁴.

Enfin, sur le terrain de la légalité formelle, le Conseil d'État a considéré que les décisions prises durant l'état d'urgence devaient être motivées par écrit, ce qui – on le verra plus loin – peut entrer en contradiction avec les exigences de confidentialité propres aux questions de sécurité nationale et a donné lieu à plusieurs décisions intéressantes autour de la pratique des « notes blanches ».

Au vu de toute cette jurisprudence, on peut donc confirmer la formule selon laquelle, à ce jour, le juge administratif est devenu le « *maître des contentieux sécuritaires dérogatoires* »³⁵. Mais on peut penser qu'à l'avenir, la place du juge constitutionnel va continuer à progresser dans ce domaine, au fur et à mesure des saisines parlementaires au fil des nouveaux textes sécuritaires et des questions prioritaires de constitutionnalité qui vont inévitablement émailler les contentieux judiciaires et administratifs en matière terroriste, notamment. Quant au juge judiciaire, s'il n'est pas directement destiné à être un juge de la sécurité nationale de premier rang, en dehors du périmètre particulier de la répression des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (en ce sens que la sécurité nationale est une politique publique qui - par nature - relève d'abord des juges constitutionnels et administratifs), on peut cependant pronostiquer qu'il sera de plus en plus confronté à l'invocation de preuves secrètes ou recueillies par des techniques de renseignement classifiées, ce qui l'amènera à participer à ce contentieux (notamment via la « passerelle » établie par l'article L. 841-1 CSI)³⁶. C'est pourquoi le contentieux de la sécurité nationale

³¹ CE, 25 juillet 1985, *Madame Dagostini*, Rec. p. 226.

³² Olivier Renaudie, « L'état d'urgence et le juge administratif », in *ADSD* 2017, p. 147. Avant même le début de l'état d'urgence, le juge procédait déjà à l'appréciation des motifs de sécurité nationale présentés par l'administration à l'appui d'une décision de police administrative : par exemple s'agissant d'une interdiction de sortie du territoire, « *(s)a pratique religieuse rigoureuse (...) et la circonstance, au demeurant non établie, qu'elle ferait preuve de prosélytisme, ne suffisent pas, par elles-mêmes, à justifier de sa proximité avec le terrorisme islamiste* » (TA Paris, 5 juillet 2015).

³³ CE, Ass., 6 juillet 2016, *M. N. et autres*, n° 398234.

³⁴ V. notamment CE, référés, 5 août 2016, *Ministère de l'intérieur c/ M. D.*, n° 402139, T.

³⁵ Adrien Brunel, « État d'urgence et renseignement : retour sur la répartition des contentieux », *AJ Pénal*, 2017 p.475.

³⁶ V. notamment notre article : B. Warusfel, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *AJ Pénal*, mars 2017.

devrait à terme devenir un contentieux essentiellement transversal dont les différentes juridictions traiteront – à partir des mêmes bases conceptuelles et juridiques – les aspects correspondant à leur périmètres respectifs de compétence, cette transversalité étant d'ailleurs parfaitement cohérente avec le fait que le concept de sécurité nationale est intrinsèquement transversal et porteur d'un décloisonnement des compétences et des contentieux³⁷, confrontés aux mêmes particularités de ce domaine particulier, et notamment à la contrainte redoutable de la conciliation entre secret de défense et droit au procès équitable.

3/ Un contentieux marqué par le secret

L'une des caractéristiques structurelles des questions de sécurité nationale est le fait que l'essentiel de la pratique administrative en la matière ainsi que des données qu'elle produit et traite sont couvertes par une classification au titre de la protection du secret de la défense nationale.

On sait en effet que – contrairement à ce que sa terminologie pourrait désormais laisser entendre – le secret de défense est un secret de la sécurité nationale, couvrant aussi bien des données touchant les questions militaires et stratégiques que des informations en relation avec la lutte contre le terrorisme ou la grande criminalité, ou encore s'agissant notamment de la prévention des crises et de la sécurité des opérateurs d'importance vitale³⁸. Le récent rapport du SGDSN sur le secret de la défense nationale indique d'ailleurs la concertation gouvernementale engagée pour son évolution devrait notamment aboutir à « changer la dénomination des niveaux de classification afin de mettre en évidence la nature interministérielle du secret » et présente déjà des exemples de marques de classification qui devrait comporter la mention « *Défense et Sécurité nationale – Secret* »³⁹.

En matière contentieuse, cette forte présence du secret a été très longtemps un obstacle majeur au développement d'un vrai contentieux des questions de défense et de sécurité devant les tribunaux français, puisque la pratique constante des juridictions judiciaires comme administratives a toujours été de ne pas contester l'opposabilité systématique par les autorités compétentes du secret de défense à toute investigation d'un juge, et ce y compris lorsque l'objet même du litige porte sur l'éventuelle compromission d'un tel secret.

³⁷ Comme on le voit encore – pour le meilleur ou pour le pire – dans la récente loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, où l'on mélange notamment compétence administrative et intervention du juge judiciaire.

³⁸ V. notamment B. Warusfel, "Pour un véritable secret de sécurité nationale", in *Administration – Revue de l'administration territoriale de l'État*, n° 239, septembre-octobre 2013, pp. 76-78.

³⁹ SGDSN, *Rapport sur le secret de la défense nationale en France*, janvier 2018, p. 13.

On rappellera pour mémoire l'avis du Conseil d'État de 1974⁴⁰, ses arrêts Coulon⁴¹, Moon⁴², et plus indirectement Pourbagher⁴³, ou encore les arrêts de la chambre d'accusation de Paris de 1975⁴⁴ (affaire « des micros du Canard Enchaîné ») et de 1987⁴⁵ (affaire « du vrai-faux passeport »), qui ont confirmé l'acceptation par la jurisprudence du refus d'accès des juges au secret de défense.

Cette opposabilité radicale a d'ailleurs été à la fois indirectement confirmée dans son principe et compensée dans ses effets par la mise en place en 1998 de la Commission du secret de la défense nationale (CSDN) qui s'efforce de concilier l'efficacité des procédures contentieuses (notamment dans la recherche de la vérité) et les classifications qui lui apparaissent comme réellement justifiées par des impératifs de défense et de sécurité nationale⁴⁶. Plus récemment, la décision QPC du 10 novembre 2011 précitée a validé constitutionnellement l'impossibilité faite au juge d'instruction d'accéder lui-même aux documents et informations classifiés lors d'une perquisition, au motif que « *que le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, réaffirmés par la Charte de l'environnement, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire* »⁴⁷.

Mais si le principe est désormais bien établi juridiquement, il n'en demeure pas moins que son application devant les différentes juridictions est restée délicate puisque en refusant à une juridiction de connaître d'informations classifiées en relation avec le litige dont elle est saisie, on en vient à neutraliser potentiellement deux aspects essentiels de l'office du juge : à savoir, la recherche de la vérité (lorsque le secret opposé empêche le juge d'établir les faits, l'amenant à commettre souvent un déni de justice) ou – lorsqu'il s'agit de poursuites portant justement sur la potentielle compromission du secret – l'égalité des armes, puisque le juge répressif peut être amené à décider de la matérialité de l'infraction sans avoir pu vérifier l'existence et la pertinence du secret compromis et sans que la défense ne puisse soumettre affirmations de l'administration à un véritable débat contradictoire.

Le contrôle juridictionnel des mesures prises sous l'état d'urgence a déjà confronté le juge administratif au dilemme de ce que les autorités administratives appellent pudiquement les « notes blanches ». Ces documents produits par les services de police et de renseignement sans indication précise d'origine ni signataire, avaient pourtant été officiellement banni des pratiques après plusieurs affaires scandaleuses sont devenus, en effet, le vecteur par lequel les services communiquent au juge une version édulcorée (et notamment expurgée de toute indication de source) des données classifiées qui sont censées justifier les décisions administratives (et en particulier, les perquisitions ou les assignations à résidence). Reprenant en la complétant sa

⁴⁰ CE, Commission spéciale, Avis du 19 juillet 1974, reproduit in Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2ème rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994, p. 66.

⁴¹ CE, ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Sieur Coulon*, Lebon 149.

⁴² CE, ass., 6 nov. 2002, n° 194295, *Moon Sun Myung*.

⁴³ CE, sect., *Ministre de la Défense c/ M. Pourbagher*, 13 juin 1997, n° 15725 (comment. Warusfel, *Droit & Défense*, n° 98/2).

⁴⁴ CA Paris, 21 mai 1975, n° 510/75.

⁴⁵ CA Paris, 27 mai 1987.

⁴⁶ Sur l'ensemble de cette problématique des relations entre justice et secret, on se réfèrera à notre ouvrage précité (Lavauzelle, 2000), pp. 361-380.

⁴⁷ Cons. const., décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, précitée, considérants 20, 30 et 32.

jurisprudence antérieure *Diouri*⁴⁸, le juge administratif a accepté de se fonder sur un tel document pour apprécier la légalité d'une mesure de sécurité nationale, mais à la condition qu'il soit soumis au débat contradictoire et que la note apparaisse suffisamment circonstancié pour pouvoir servir de justification proportionnée à une telle mesure⁴⁹. Cet examen peut l'amener parfois à ne pas retenir les éléments de la note produite par l'administration ou au contraire à valider la mesure administrative prise sur ces bases⁵⁰. On perçoit en réalité l'ambiguïté d'une telle pratique contentieuse : d'un côté, demander le contenu d'une note blanche permet au juge de lever une partie du voile sur les données classifiées du renseignement, mais de l'autre, en acceptant de statuer sur la base de ces éléments partiels et dont la crédibilité est difficile à apprécier, cela peut conduire à valider juridictionnellement les spéculations d'un services de renseignement sans qu'un véritable contrôle de légalité et de proportionnalité n'ait pu être exercé, du fait du maintien de la barrière du secret de défense.

Les questions d'accès indirect au contenu des fichiers de souveraineté sont elles aussi au nombre de celles où le juge administratif peut être réellement en situation de devoir statuer de manière quasiment aveugle, du fait qu'il ne reçoit pas la possibilité d'accéder au secret. Lorsque le traitement concerné fait partie de ceux dont la création a été autorisé par un acte dispensé de publication, le secret de défense porte alors autant sur l'existence même et l'objet du traitement que sur son contenu : « le juge se trouve alors enfermé entre deux mauvaises solutions : un rejet aveugle et une annulation par application mécanique et guère plus clairvoyante du corollaire *Barel* de la jurisprudence *Coulon* »⁵¹. A tel point que le Conseil d'État a dû admettre en 2016 qu'il soit possible au juge de demander, hors contradictoire, la production de certaines des informations objet du litige.⁵²

Le contentieux récurrent des refus d'habilitation au secret-défense donne également lieu à des décisions qui, malgré le principe établi par l'arrêt *Pourbagher* précité (selon lequel ces refus n'ont pas à être motivés pour raison de secret-défense), cherchent peu ou prou à contourner cet obstacle. C'est ainsi que dans un de ces contentieux récents, le Tribunal administratif de Paris a tout à la fois demandé au ministère de la défense de déclassifier si possible (après avis de la CSDN) les motifs du refus et – alternativement – « dans l'hypothèse où le ministre de la défense estimerait que certaines de ces informations ne peuvent être communiquées au tribunal, (...) communiquer au tribunal, dans le même délai, tous les éléments sur la nature des informations écartées et les raisons pour lesquelles elles sont classifiées, de façon à permettre au tribunal de

⁴⁸ CE Ass., 11 oct. 1991, *Ministre de l'Intérieur c/ Diouri*, RFDA 1991, p. 978, concl. M. de Saint-Pulgent.

⁴⁹ CE, sect., 11 déc. 2015, n°394989, 394990, 394991, 394992, 394993, 395002, 395009. Sur l'évolution de la jurisprudence administrative en la matière, v. O. Renaudie, « L'état d'urgence et le juge administratif », *Annuaire du droit de la sécurité et de la défense*, 2017, p. 152 (qui insiste sur le fait que la discussion contradictoire des notes blanches constitue en soi un progrès dans la « loyauté » du procès administratif).

⁵⁰ V. par exemple, CE ord., 9 février 2016, *M. C.*, n° 396570 (où l'assignation a été levée faute pour l'administration de rapporter une preuve suffisante pouvant justifier la mesure). Mais pour un exemple de « notes blanches » retenues comme pouvant justifier une mesure d'assignation à résidence : CE, 25 avril 2017, *M. A... B...*, n° 409677.

⁵¹ Guillaume Odinet & Sophie Roussel, « L'administration ne murmure pas à l'oreille du juge », *AJDA* 2017 p.736, signalant notamment l'arrêt CE 21 nov. 2007, n° 258820, *Mme Tharaud*, Lebon T. 861

⁵² par l'arrêt CE 11 juill. 2016, n° 375977, *Ministre de l'intérieur et ministre de la défense c/ Cagnolari*, Lebon 336 ; *AJDA* 2016. 1425. Sur cet arrêt considéré comme une anticipation des nouvelles modalités contentieuses devant la formation spécialisée en charge des techniques de renseignement et des fichiers classifiés, v. Laurent Marthinet, « Contentieux de l'accès indirect aux fichiers : la sortie de l'impasse ? », *AJDA* 2016 p.1733 ; également Mattias Guyomar, « L'économie mouvementée du procès administratif », *La revue de droit d'Assas*, décembre 2017, p. 136.

se prononcer en connaissance de cause, sans porter directement ou indirectement atteinte au secret de la défense nationale »⁵³. A l'inverse dans une autre affaire, la Cour administrative d'appel de Paris avait écarté par avance la demande de déclassification, estimant « qu'il ressort toutefois du mémorandum que (le requérant) a adressé à l'administration le 4 mai 2006 qu'il n'ignorait pas que le motif du refus de renouvellement litigieux était la fréquentation d'amis israéliens diplomates à Bruxelles entre 1988 et 1992 » et que « dès lors que les éléments de fait précités suffisent à justifier la décision attaquée, cette déclassification et cette communication au juge administratif des pièces du dossier de l'intéressé sont dépourvues d'utilité pour en apprécier la légalité; qu'il n'y a pas lieu davantage pour la Cour, pour les mêmes motifs, de surseoir à statuer, ainsi que le demande le requérant dans ses dernières écritures, dans l'attente de la réponse favorable du ministre de l'intérieur à sa demande formulée le 22 décembre 2010 de levée du secret défense »⁵⁴. Quant au ministère des armées, il a pris une position assez prudente en rappelant dans une circulaire interne que s'il « convient de ne pas motiver la décision (CE du 13 juin 1997, ministre de la défense c/ Pourbagher) » et que le juge ne peut accéder au secret, « néanmoins, lorsque la décision est motivée uniquement par des considérations protégées par le secret, l'intérêt de l'administration est effectivement de fournir au juge des éléments très généraux, ou sommaires, permettant de justifier cette position face à l'argumentation d'un requérant qui invoquerait d'autres considérations extérieures susceptibles d'être prises en compte pour annuler ladite décision. »⁵⁵

On voit bien dans cette matière que la seule obligation de respecter le secret de défense ne suffit pas pour qu'un tel contentieux (directement lié à la sécurité nationale, puisqu'il s'agit de filtrer les personnes pouvant avoir accès à des informations sensibles, à partir notamment des renseignements recueillis par les services de sécurité) soit pleinement efficace et conforme au standard du procès équitable. On peut noter déjà que dans certains États, ce type de litige fait l'objet d'une procédure spéciale permettant à des magistrats d'accéder aux éléments du dossier de sécurité présenté par l'administration. C'est le cas par exemple de la Belgique qui possède un « organe de recours en matière d'habilitations, d'attestations et d'avis de sécurité »⁵⁶.

Mais il va falloir vraisemblablement aller plus loin sur ce sujet. En effet, un arrêt très récent de la CEDH du 19 septembre 2017 dans l'affaire *Regner c. République tchèque*⁵⁷ vient de confirmer la nécessité, dans ce domaine particulier du contentieux des habilitations de sécurité, de permettre un accès du juge aux données classifiées. Dans cette affaire, la Cour a bien validé la possibilité pour un État de classer les renseignements justifiant le refus d'habilitation mais elle l'a fait après avoir vérifié que les limitations aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes, étaient suffisamment compensées par d'autres garanties procédurales. Au premier rang des garanties qu'a relevé la CEDH il y a le fait que les juridictions nationales « ont accès à tous les documents classifiés, sans restriction, sur lesquels l'Office s'est basé pour justifier sa décision. Ils ont ensuite le pouvoir de se livrer à un examen approfondi des raisons invoquées par l'Office pour ne pas communiquer les pièces classifiées. Ils peuvent en effet apprécier la justification de

⁵³ TA Paris, 8 octobre 2015, n°1420638/5-1.

⁵⁴ Cour administrative d'appel de Paris, 4ème chambre, 22 novembre 2011, n° 10PA04784.

⁵⁵ Annexe 1 - Les grands principes de la motivation des actes administratifs, Circulaire n° 1130/DEF/DCSSA/CH relative aux recours administratifs dans le domaine de l'administration des militaires du service de santé des armées à l'exclusion des recours de nature financière, du 28 avril 2009, BOC N°20 du 12 juin 2009, texte 3.

⁵⁶ Sur cet organe, v. le *Rapport d'activité 2015* du Comité permanent R, Ed. Intersentia, Anvers, 2016, pp. 87-92.

⁵⁷ CEDH, 19 septembre 2017, requête n° 35289/11.

la non-communication des pièces classifiées et ordonner la communication de celles dont ils estimerait qu'elles ne méritent pas leur classification. Ils peuvent également apprécier le bien-fondé de la décision de l'Office ordonnant le retrait de l'attestation de sécurité et sanctionner, le cas échéant, une décision arbitraire dudit Office ».

Dès lors, et comme l'ont soulevé ses premiers commentateurs, cet arrêt devrait conduire à une révision de la pratique française en la matière. Comme l'indique justement Roselyne Letteron, « le droit français est donc bien loin de répondre aux exigences posées par la CEDH dans l'arrêt *Regner*. Il ne reste plus qu'à attendre un éventuel recours devant la Cour européenne d'un ressortissant français qui se sera vu retirer ou refuser un certificat de sécurité. L'argument traditionnel des autorités françaises selon lequel il convient de refuser au juge l'accès aux pièces classifiées pour le protéger, le mettre à l'abri d'une éventuelle compromission dont il se rendrait coupable, risque de ne pas tenir bien longtemps devant la Cour européenne. »⁵⁸.

Mais faut-il donc craindre une éventuelle décision future qui viendrait imposer un accès direct du juge des questions de sécurité nationale au secret du même nom ? Sans doute pas, à mon sens, car nous avons déjà dans notre droit depuis juillet 2015 une première forme de réponse, à savoir la compétence spéciale que la loi relative au renseignement a accordé à la formation spéciale du conseil d'État.

C'est en effet dans le code de justice administrative que la loi de 2015 a inséré l'une des dispositions les plus innovantes de toute cette réforme : « le Conseil d'État est compétent pour connaître, dans les conditions prévues au chapitre III bis du titre VII du livre VII du Code de justice administrative, des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnées au titre V du présent livre »⁵⁹. Et plus loin, s'agissant de la formation restreinte du Conseil qui exercera cette nouvelle compétence, il est dit que « les membres de cette formation et le rapporteur public sont habilités ès qualités au secret de la défense nationale ... et sont astreints, comme les agents qui les assistent, au respect des secrets protégés par les articles 413-10 et 226-13 du code pénal pour les faits, les actes et les renseignements dont ils peuvent avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions »⁶⁰.

Ainsi, la plus haute juridiction administrative française dispose d'une compétence spéciale pour contrôler la mise en œuvre des nouvelles techniques de renseignement et ce sans pouvoir rencontrer de réel obstacle, puisqu'en habilitant les magistrats concernés, le législateur a fait sauter en cette matière particulière le verrou, jusqu'alors infranchissable, du secret de la défense nationale⁶¹.

Le Conseil d'État en a déjà fait application à de nombreuses reprises puisque plusieurs dizaines d'affaires lui ont été soumises dans ces conditions depuis octobre 2016⁶², ce qui lui a notamment permis en mai 2017 d'accéder au contenu classifié d'un fichier de la DRSD et de décider, au vu

⁵⁸ Roselyne Letteron, « Secret défense : la droit français en délicatesse avec la CEDH », sur son blog www.libertescherries.blogspot.fr.

⁵⁹ Article L. 841-1 CSI, complété par l'article L. 311-4-1 CJA.

⁶⁰ Article L. 773-2 CSI.

⁶¹ V. notamment Olivier Le Bot, Le contentieux du renseignement devant la formation spécialisée du Conseil d'État, RFDA 2017 p.721.

⁶² V. notamment Conseil d'État, *Rapport 2017*, pp.114-115.

des éléments de l'espèce, que les données qui concernaient le requérant figuraient illégalement dans ce fichier et d'en demander immédiatement l'effacement par le ministre de la défense⁶³.

Par là même, le législateur de 2015 a enclenché, pour la première fois en France, une révolution majeure, celle de l'accès du juge au secret. Ce faisant, la France ne fait que rejoindre la liste déjà longue des pays qui ont organisé la possibilité pour certaines de leurs juridictions de se voir communiquer des informations classifiées, dont notamment le Royaume-Uni, l'Espagne ou l'Allemagne⁶⁴. Et comme l'a justement dit M. Guyomar à ce sujet « *c'est bien l'exigence objective d'une pleine effectivité du contrôle juridictionnel qui conduit à ce qu'il doive être dérogé à l'un des principes directeurs de l'équité procédurale* »⁶⁵, ce qui fait dire également à son collègue du Conseil d'État que la confiance que le législateur « *a, au demeurant, ainsi accordée au juge administratif nous honore et nous oblige tout à la fois* »⁶⁶.

On peut donc envisager que l'obstacle du secret qui caractérisait jusqu'à présent le contentieux de la sécurité nationale (et qui le rendait souvent inopérant) soit dépassé progressivement et que, dans tous les domaines liés à la sécurité nationale, l'organisation d'un accès au secret du juge devienne un nouveau et dérogatoire marqueur de ce contentieux émergent.

D'ores et déjà, on peut constater que la loi du 28 janvier 2017 sur la sécurité publique a symboliquement complété le contenu de l'article L. 5 du code de justice administrative afin qu'il prévoit, de manière générale pour tout le périmètre du contentieux administratif (et non plus le seul contentieux spécialisé du renseignement, comme le prévoit déjà l'article L. 773-3 CJA) qu'outre en cas d'urgence, « *les exigences de la contradiction sont adaptées à celles ... du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes* ». Cette loi de 2017 en a d'ailleurs fait immédiatement application en prévoyant que le contentieux des décisions administratives « *fondées sur des motifs en lien avec la prévention d'actes de terrorisme* » soit aménagé de telle manière que « *l'original de la décision ainsi que la justification de la compétence du signataire (soient) communiqués par l'administration à la juridiction qui statue sans soumettre les éléments qui lui ont été communiqués au débat contradictoire ni indiquer l'identité du signataire dans sa décision* »⁶⁷. Cette extension pourrait en appeler d'autres.

Conclusion

André Mathiot pouvait, en pleine guerre d'Algérie, affirmer que « *le conflit entre l'intérêt public supérieur, dont le juge constate la pression, et les règles positives des temps normaux ne peut se résoudre par l'abdication du droit, mais seulement par l'élaboration juridictionnelle d'un droit*

⁶³ CE formation spécialisée, 5 mai 2017, n° 396669.

⁶⁴ Voir la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 octobre 1999 (1999 : 1 BvR 385/90) qui autorise le juge administratif à se faire communiquer le dossier classifié d'un agent des services de sécurité pour juger un litige le concernant.

⁶⁵ M. Guyomar, précité, p. 136.

⁶⁶ Patrick Frydman, « Le principe de loyauté de la preuve devant le juge administratif », Procédures, décembre 2015, n° 12.

⁶⁷ Nouvel article L. 773-9 du code de justice administrative.

positif différent »⁶⁸. Cette formule nous semble particulièrement bien s'appliquer au droit de la sécurité nationale, actuellement en pleine construction et qui doit relever le double défi d'être un dispositif efficace pour la sécurité de nos concitoyens tout en restant un véritable droit, avec un contenu normatif identifiable et contrôlable.

Or, dans un État de droit, il n'y a pas de droit, il n'y a pas de domaine juridique particulier, sans contentieux. Les litiges sont la preuve que le droit concerné est vivant et affecte positivement ou négativement la situation juridique et les intérêts des personnes ou des biens. Le contentieux est aussi dans une société démocratique, l'une des seules voies légitimes pour s'assurer du respect des principales libertés fondamentales et de la proportionnalité avec laquelle des impératifs de sécurité peuvent venir restreindre au minimum l'exercice de ces libertés.

⁶⁸ André Mathiot, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *L'évolution du droit public, études en l'honneur d'Achille Mestre*, éd. Sirey, 1956, p. 421.