

CONSEIL D'ÉTAT

REQUÊTE

POUR :

L'Association des archivistes français (AAF),
association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901
dont le siège est 8 rue Marie Jégo, 75013 Paris
prise en la personne de sa présidente Madame Céline Guyon, dûment
habilitée à cette fin (PJ n° 4 et 5)

L'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur
et de la recherche (AHCESR),
association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901
dont le siège est à la Maison de la Recherche de Sorbonne-Université, 28
rue Serpente, 75006 Paris
prise en la personne de son président Monsieur Clément Thibaud, dûment
habilité à cette fin (PJ n° 6 et 7)

L'Association Josette et Maurice Audin,
association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901
dont le siège est à la Ligue des droits de l'Homme, 138 rue Marcadet, 75018
Paris
prise en la personne de son président Monsieur Pierre Mansat, dûment
habilité à cette fin (PJ n° 8 et 9)

Monsieur Marc Olivier Baruch

Monsieur Jean-Marc Berlière

Monsieur Emmanuel Blanchard

Madame Helga E. Bories-Sawala

Monsieur Frédéric Bozo

Madame Raphaëlle Branche

Madame Perrine Canavaggio

Monsieur Laurent Cesari

Madame Marie Cornu

Monsieur Olivier Dard

Madame Hanna Diamond

Monsieur Olivier Forcade

Madame Elisabeth Fortis

Madame Valeria Galimi

Monsieur Robert Gildea

Madame Arlette Heymann-Doat

Monsieur James House

Monsieur Julian Jackson

Monsieur Eric Jennings

Monsieur Harry Roderick Kedward

Monsieur Sébastien Laurent

Madame Julie Le Gac

Monsieur Gilles Manceron

Madame Chantal Metzger

Madame Claire Miot

Monsieur Gilles Morin

Madame Isabelle Neuschwander

Monsieur Robert O. Paxton

Monsieur Denis Peschanski

Madame Caroline Piketty

Monsieur Antoine Prost

Monsieur Frédéric Rolin

Madame Anne Simonin

Madame Catherine Teitgen-Colly

Monsieur Martin Thomas

Monsieur Maurice Vaïsse

Monsieur Thomas Vaisset

Monsieur Fabrice Virgili

Monsieur Noé Wagener

Monsieur Bertrand Warusfel

Madame Annette Wieviorka

Monsieur Olivier Wieviorka

[...]

Demandeurs

CONTRE : L'État, pris en la personne du Premier ministre, dont le siège est en l'Hôtel de Matignon, 57 rue de Varenne 75007, Paris

Défendeur

OBJET : Demande tendant à l'annulation de l'arrêté du 13 novembre 2020 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale, ensemble ladite instruction

Les exposants défèrent ladite décision à la censure du Conseil d'État, en tous les chefs qui leur font grief, dans les circonstances de fait et par les moyens de droit ci-après exposés.

FAITS

Par un arrêté du Premier ministre du 30 novembre 2011 a été approuvée une « instruction générale interministérielle » portant le n° 1300 et relative à la protection du secret de la défense nationale.

Par l'article 1^{er} d'un arrêté interministériel du 13 novembre 2020, publié au *Journal officiel* du 15 novembre, a été approuvé un document de même nature et de même intitulé, « abrogeant » le précédent (article 24 du nouvel arrêté) et fixant sa propre entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2021 (article 25).

Le 23 septembre 2020, une partie des exposants a déféré à la censure du Conseil d'État la décision implicite du Premier ministre refusant d'abroger les dispositions de l'article 63 de l'instruction de 2011, relatives à « La communication au public des informations ou supports classifiés versés aux archives » (req. n° 444565).

Par la présente requête, les exposants entendent déférer à la censure du Conseil d'État, dans toutes ses dispositions, l'arrêté interministériel du 13 novembre 2020, et ensemble l'instruction qu'il approuve.

Cet arrêté approuve en effet des dispositions entachées d'irrégularité de même nature que celles affectant l'instruction précédente. Il est en outre entaché de plusieurs illégalités, externes comme internes, qui lui sont propres.

DISCUSSION

I. Sur l'incompétence entachant l'arrêté

L'arrêté critiqué est en premier lieu illégal comme pris par un ensemble d'autorités incompétentes, en raison de son caractère interministériel.

Aux termes de l'article R. 2311-5 du Code de la défense :

« Le Premier ministre définit par arrêté les mesures nécessaires à la protection du secret de la défense nationale.

Il détermine les critères de classification et les modalités particulières de protection des informations et supports qui doivent faire l'objet d'une classification spéciale conformément à l'article R. 2311-3 ».

Au cas précis, il résulte des dispositions de l'arrêté que celui-ci n'a pas été pris par le Premier ministre seul, mais sous la forme d'un arrêté interministériel ainsi qu'en attestent ses dispositions liminaires. Ainsi, l'instruction générale a été approuvée par un acte conjoint alors que l'habilitation conférée par les dispositions précitées conférait une compétence exclusive pour ce faire au Premier ministre.

Ce faisant, l'arrêté a été édicté par des personnes qui n'avaient pas reçu compétence à cette fin. Le Premier ministre, en vertu du principe du parallélisme des compétences, a partagé sa compétence puisque, pour abroger cet arrêté ou lui en substituer un nouveau, il faudra qu'il recueille l'accord de ces cosignataires et cela, en méconnaissance de l'habilitation qui lui a été conférée.

Il est vrai que depuis un arrêt Mattei du 20 octobre 1945 (*Rec.* p. 214, S.

1946.3.1 concl. Odent), le Conseil d'État admet la légalité des actes pris par une autorité supérieure, du moment que le seing ou le contreseing de l'autorité inférieure y figure. Ainsi, un décret pris en lieu et place d'un arrêté interministériel n'est pas entaché d'incompétence du moment qu'y figure le contreseing des ministres compétents (CE 10 novembre 2004 UNIDEM, n° 250423). De même n'est pas entaché d'incompétence le décret pris par le Président de la République (sans délibération en Conseil des ministres) du moment qu'il est signé par le Premier ministre (CE, Sicard, 27 avril 1962, *Rec.*, p. 279, n° 50032).

Mais cette validation ne vaut que dans un sens ascendant, c'est-à-dire lorsque l'acte effectivement pris l'a été par une autorité supérieure à celle qui aurait dû normalement le prendre.

Elle ne peut pas en revanche jouer dans un sens descendant, c'est-à-dire lorsqu'une mesure devant être prise par une autorité supérieure l'a été par une autorité inférieure. Ainsi, on ne pourrait pas concevoir qu'une mesure qui doit être prise par décret le soit par un arrêté interministériel.

En l'espèce les dispositions du Code de la défense permettent au Premier ministre d'édicter « par arrêté » les mesures réglementaires nécessaires à la protection du secret de la défense nationale. Il s'agit d'un pouvoir réglementaire qui lui est propre et qu'il ne peut pas partager avec des autorités subordonnées, pas plus, d'ailleurs, qu'il ne peut partager son pouvoir de déterminer « *les critères de classification et les modalités particulières de protection des informations et supports qui doivent faire l'objet d'une classification spéciale conformément à l'article R. 2311-3* » (alinéa 2 de l'article R. 2311-5), ce qu'il ne fait d'ailleurs pas dans l'instruction, et à raison.

La meilleure preuve en est tirée des termes mêmes des textes en cause. Des termes mêmes du Code de la défense, d'abord, puisque l'article R. 2311-6, dans sa rédaction issue du décret n° 2019-1271 du 2 décembre 2019, prévoit que l'intervention de « *chaque ministre* » pour préciser « *par*

arrêté les modalités de classification et de protection des informations et supports aux niveaux Secret et Très Secret » se fait « dans le respect des mesures arrêtées par le Premier ministre ». Des termes mêmes de l'instruction, ensuite, et spécialement de son annexe 3 qui définit les « recommandations pour l'élaboration de l'instruction ministérielle » (p. 133). Ces dispositions sont ainsi rédigées : « par délégation du Premier Ministre, chaque ministre est responsable de la protection du secret de la défense dans son champ d'attribution [...] sous réserve de la hiérarchie des normes, l'instruction ministérielle peut être plus restrictive que la présente sans s'y opposer ».

Ainsi, en reconnaissant que la compétence des ministres ne vaut que « dans le respect des mesures arrêtées par le Premier ministre », d'une part, et par « délégation » du Premier ministre, d'autre part, laquelle n'est opérée que de manière circonscrite, tant le Code de la défense que l'instruction manifestent clairement le fait que cette compétence est l'expression du pouvoir réglementaire exclusif du Premier ministre et non d'un pouvoir réglementaire conjoint : une instruction générale interministérielle n'appelait pas une approbation par un arrêté lui-même interministériel.

Aussi bien l'incompétence est acquise et, de ce premier chef, l'arrêté attaqué ne pourra manquer d'être annulé.

II. Sur l'illégalité de l'arrêté en tant qu'il approuve les dispositions de l'instruction générale relatives aux archives publiques

La précédente instruction avait considéré que les archives dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, communicables de plein droit après un délai de cinquante années aux termes des articles L. 213-1 et L. 213-2 du Code du patrimoine devaient néanmoins faire l'objet d'une procédure de déclassification par l'autorité qui avait procédé à la « classification ». Tel était l'objet de l'article 63 de

ladite instruction.

La présente instruction maintient le même dispositif ainsi qu'il résulte des dispositions de son article 7.6.1 ainsi rédigé :

« 7.6.1 Articulation des dispositions du code pénal et du code du patrimoine

C'est la nouvelle rédaction des articles 413-9 et 413-10 du code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 qui a donné au secret de la défense nationale son acception purement formelle en conférant la protection pénale du délit de compromission aux seuls documents et informations supportant un marquage de classification.

En conséquence, aucun document classifié, même à l'issue du délai de communicabilité de cinquante ans fixé par l'article L. 213-2 du code du patrimoine, ne peut être communiqué tant qu'il n'a pas été formellement démarqué par l'apposition d'un timbre de déclassification conforme à l'Annexe 38, sous peine de faire encourir au consultant et au personnel du service d'archives les peines prévues pour le délit de compromission.

En revanche, et en vertu du principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale, le démarquage d'un document classifié avant toute communication à un tiers ne s'impose que pour les documents qui étaient encore classifiés à la date d'entrée en vigueur du code pénal de 1994. Avant cette date, le secret de la défense nationale obéissait à une définition purement matérielle, et non formelle. C'est la raison pour laquelle l'expiration du délai d'incommunicabilité des documents classifiés, fixé alors à soixante ans, avait pour effet de rendre caduque la mesure de classification dont il faisait l'objet. Ainsi et quels que soient les marquages apposés sur les documents antérieurs au 1^{er} mars

1934, ces derniers ne bénéficiaient plus, soixante ans plus tard, de la protection offerte par l'incrimination de la compromission. Sous réserve de l'existence d'autres délais qui leur seraient applicables, ces documents sont donc communicables de plein droit nonobstant les marquages déclassification dont ils peuvent faire l'objet ».

Les dispositions critiquées de l'instruction générale postulent que les dispositions de l'article 413-9 du Code pénal imposeraient une procédure de déclassification préalable à la communication des archives publiques ayant fait l'objet d'une classification au titre de la protection du secret de la défense nationale afin de prémunir les personnes accédant à ces documents du délit de compromission.

Sur la base de cette interprétation, elles construisent le régime juridique de cette procédure.

Les exposants entendent démontrer que cette analyse est aussi erronée qu'inopérante.

Erronée car la modification opérée des dispositions du Code pénal n'a nullement le sens et la portée qui lui sont prêtés (A).

Inopérante car la structuration de textes relatifs à l'accès aux archives dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale montre qu'il existe un principe de communication dit « de plein droit » de ces archives passé le délai de cinquante années, principe qui n'est en rien remis en cause par les dispositions du Code pénal invoquées par l'administration (B).

Ils entendent également démontrer que plusieurs des dispositions de la nouvelle instruction violent la loi et sont entachées d'incompétence (C).

Et qu'en toute hypothèse, l'instruction porte une atteinte disproportionnée

au droit constitutionnellement et conventionnellement garanti d'accès aux archives publiques (D).

A°) Sur le caractère erroné de l'interprétation du Code pénal donnée par l'instruction

L'instruction essaye de construire l'idée que les dispositions de l'article 413-9 du Code pénal, telles qu'issues des lois des 22 juillet 1992 et 1^{er} février 1994, institueraient une définition « formelle » des documents « protégés par le secret de la défense nationale », puisqu'il s'agirait des documents « *qui ont fait l'objet de mesures de classification* ».

Elle en déduit que, pour faire cesser cette protection, la seule possibilité serait de procéder à une « déclassification », d'où découlerait la logique de la procédure mise en place.

Cette interprétation de la nouvelle rédaction des dispositions du Code pénal est tout à fait fantaisiste et d'ailleurs, l'instruction – qui est peu avare de citation de solutions jurisprudentielles en notes de bas de page – est bien en peine ici d'en fournir une seule. Et pour cause.

La nouvelle rédaction du Code pénal n'a jamais eu pour but de remplacer une définition « matérielle » du secret de la défense par une « définition formelle ». Son seul but et sa seule portée ont été de circonscrire l'infraction de compromission aux seuls documents portant une marque de classification alors qu'auparavant, l'infraction pouvait être constituée sans même que le document ne porte une telle marque.

C'est tout le sens de l'intention du législateur qui est clairement énoncée dans les travaux préparatoires. Ainsi l'exposé des motifs de la loi précise :

Les dispositions nouvelles précisent, en outre, le cadre juridique dans lequel doit s'exercer le pouvoir de l'administration de

manière à ce que le juge puisse exercer son contrôle sur la pertinence des mesures de protection adoptées.

(Assemblée nationale, doc n° 2083, 5 juin 1991, p. 8).

Et les débats l'ont confirmé :

M. le ministre délégué à la justice : *Il s'agit bien d'une disposition nouvelle et importante introduite par le projet.*

M. Millet a fait référence au caractère abusif de l'utilisation du secret défense dans un passé proche, mais cela n'a été possible que parce que la notion même de secret défense n'était pas définie. Or nous avons accompli un travail de définition essentiel en termes de légalité des peines. Je pense même que le texte du Gouvernement répond vraiment au fond aux préoccupations du groupe communiste et je vais vous donner quelques éléments de précision et de réponse aux questions que vous avez posées, lesquels vont d'ailleurs dans le sens des propos tenus par M. Colcombet.

Le texte proposé pour l'article 413-9 prévoit que seules présentent un caractère de secret les informations ayant fait l'objet de mesures de protection par l'autorité administrative. Si l'administration a omis de prendre une telle mesure - je vous accorde qu'en pratique cela sera très rare - l'infraction ne sera pas constituée, alors qu'aujourd'hui rien n'interdit à une juridiction, en théorie du moins, de reconnaître un caractère secret à un document non classifié.

De plus, l'administration ne jouira pas d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour procéder au classement, car le deuxième alinéa du texte proposé pour l'article 413-9 fixe le cadre légal dans lequel devra être prise sa décision. Celui-ci prévoit deux

possibilités : seules pourront faire l'objet d'une mesure de classement les informations dont la divulgation, serait de nature à nuire à la défense nationale et celles pouvant conduire à la découverte des informations précédentes. Ce nouveau cadre légal permettra au juge d'apprécier la pertinence de la décision de classement au regard des conditions générales posées par la loi. Tel n'est pas le cas aujourd'hui. Cette disposition constitue l'une des données nouvelles les plus fondamentales de ce texte et elle sera beaucoup plus protectrice que les dispositions actuelles.

Il ne semble pas que le législateur puisse aller au-delà dans la réglementation de la matière. L'amendement du groupe communiste met clairement en évidence cette impossibilité, car le fait d'indiquer dans la loi qu'il existera deux, trois ou quatre niveaux de protection n'apporte aucune garantie supplémentaire. En réalité, le seul système absolument protecteur serait celui qui confierait au législateur le soin de procéder lui-même au classement de chaque information, système qu'il est manifestement impossible de mettre en place.

Il n'existe donc pas de mécanisme qui évite de reconnaître un certain pouvoir d'appréciation à l'administration, mais le système proposé enferme l'administration dans des limites légales et la place sous le contrôle du juge. Je ne pense pas, Monsieur Millet, que l'on puisse aller beaucoup plus loin dans la volonté de garantir les libertés tout en reconnaissant la nécessité d'un secret défense ».

(Débats Assemblée nationale, 2^o séance, 7 octobre 1991, J.O. p.4247).

Ainsi la définition du secret de la défense nationale demeure bien irréductiblement matérielle puisque l'administration ne peut classer que des documents dont la divulgation « peut nuire au secret de la défense nationale ». Bien plus, on peut même dire que la nouvelle rédaction n'a

rien changé au statut de la marque de classification, si ce n'est qu'une personne ne pourra pas être condamnée sur le fondement des articles 413-9 et suivants du Code pénal pour la divulgation d'un document ne portant pas une telle marque. C'est en cela que la réforme de 1992-1994 est gouvernée par « la volonté de garantir les libertés », pour reprendre la formule employée par le ministre lors des débats de 1991.

L'instruction approuvée par l'arrêté du 13 novembre 2020 va directement contre cette logique en prétendant que c'est la marque de classification qui prédétermine le secret. Ainsi, si on suit son raisonnement, une feuille de papier blanche qui serait revêtue de la marque « secret défense » serait un document protégé par le secret de la défense... C'est évidemment absurde, et c'est pour ainsi dire ce qui se passe aujourd'hui, d'ailleurs avec l'obligation de déclassifier des documents de plus de cinquante ans qui ne présentent matériellement aucune forme de danger pour la défense nationale. Les exemples se comptent par dizaines de milliers. Nous ne citerons ici, à titre d'illustration, que trois exemples de documents soumis à la procédure de déclassification au Service historique de la défense et aux Archives nationales : l'un, en date du 12 août 1959, porte sur les travaux à prévoir dans une école (SHD, 1H4214) ; l'autre, en date du 20 mars 1958, concerne les crédits dont dispose l'armée pour obtenir des fournitures scolaires (SHD, 1H2570) ; le troisième, en date du 28 mars 1958, est une pure et simple copie d'un tract diffusé sur la voie publique (Arch. nat., F/7/15178). Nous ferons observer que nous ne pouvons pas reproduire ces documents en annexe de la présente requête, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas déclassifiés à ce jour, quand bien même ils ont librement été consultés par de nombreux chercheurs il y a encore quelques mois (Service historique de la défense) ou quelques années (Archives nationales).

On comprend bien le but poursuivi par l'administration. Il s'agit en réalité, et dans un domaine potentiellement bien plus large que celui des archives, de s'affranchir des dispositions de l'article 413-9 alinéa 2 du Code pénal, qui limite juridiquement son pouvoir de classification aux seuls documents

dont la divulgation pourrait nuire, par leur contenu même, à la défense nationale ou à un secret de la défense nationale, pour y substituer une logique du « coup de tampon » que l'on pourrait trivialement exprimer de la manière suivante : « c'est secret puisque c'est tamponné ».

Et poussant jusqu'à son extrémité cette sacralisation du « coup de tampon », elle en vient même à dire que le secret, et sa protection pénale, ne disparaissent que si le document a été déclassifié, quelles que soient les dispositions législatives existant par ailleurs. Autrement dit, l'opération administrative de classification primerait sur tout texte, et même sur la loi, dans la mesure où seule la déclassification, qui pourtant n'est pas une opération définie législativement, pourrait permettre l'application de ces autres dispositions législatives.

On mesure à quel point cette interprétation va à l'encontre des logiques les mieux établies de la hiérarchie des normes. Ainsi, par exemple, l'article L. 2312-5 du Code de la défense habilite directement les membres de la Commission du secret de la défense nationale à connaître d'informations classifiées. Cela manifeste, d'une part, le fait que la loi peut évidemment remettre en cause l'interdiction d'accès aux informations classifiées et, d'autre part, le fait que l'apposition d'un timbre de classification n'a pas les effets absolus que lui prête l'administration qui exige qu'en toute hypothèse, ce timbre soit supprimé par une mention de déclassification.

Or, précisément, dans le domaine des archives publiques, il existe bien des dispositions législatives rendant inopérante l'interprétation des dispositions de l'article 413-9 du Code pénal retenue par l'instruction.

B) Sur le caractère inopérant de l'argumentation de l'instruction à l'égard d'archives publiques « communicables de plein droit »

B.1. La loi peut permettre d'accéder dans certaines conditions à des

documents portant une marque de classification. Tel est précisément l'objet des dispositions du Code du patrimoine relatives aux documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, lesquelles instituent, passé un délai de cinquante années, une communication de « plein droit ».

Pour le démontrer il convient de rétablir la structuration de textes sur cette question.

B.1.1. Aux termes des dispositions de l'article L. 311-5 2°) b) du Code des relations entre le public et l'administration, ne sont pas communicables les documents administratifs dont la consultation ou la communication « *porterait atteinte au secret de la défense nationale* ».

Toutefois, aux termes de l'article L. 311-8 du même code : « *Les documents administratifs non communicables au sens du présent chapitre deviennent communicables au terme des délais et dans les conditions fixés par les articles L. 213-1 et L. 213-2 du code du patrimoine* ».

Ces deux dispositions articulent donc le régime de la communication de ces documents, d'une part en tant que documents administratifs, en instituant une prohibition générale, d'autre part en tant qu'archives publiques, en instituant cette fois une communicabilité de principe, renvoyant au Code du patrimoine le soin d'en fixer les conditions et délais selon des temporalités variables suivant le type de secret.

L'article L. 213-1 du Code du patrimoine pose comme principe premier que « *les archives publiques sont, sous réserve des dispositions de l'article L. 213-2, communicables de plein droit* ».

Et pour ce qui concerne les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, l'article L. 213-2 du même code dispose : « *Les archives publiques sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de ... 3° Cinquante ans à compter de la date du*

document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, pour les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale... ».

La logique de ces dispositions est donc limpide : passé le délai de cinquante années fixé par le code, les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale deviennent communicables « de plein droit ».

B.1.2. Dans la jurisprudence administrative, le sens de cette expression « de plein droit » est très fort : elle signifie que l'administration ne peut ajouter aucune condition non plus qu'intercaler aucune procédure entre la demande qui lui est présentée et la satisfaction qu'elle doit apporter à cette demande.

Trois solutions jurisprudentielles permettent d'en prendre la mesure :

1°) L'article 30 de la loi du 6 août 1953 procédait à la réhabilitation **de plein droit** (c'est-à-dire à la réattribution de leurs droits civils et politiques) des personnes ayant fait faillite, lorsqu'elles avaient été décorées pour fait de guerre. Cela conduisait notamment à faire cesser l'inéligibilité de ces personnes. Toutefois, un tribunal administratif avait annulé l'élection d'un candidat dans cette situation en considérant que pour être valablement éligible, le candidat aurait dû être réinscrit sur la liste électorale dans les conditions prévues par l'article R.2 alors applicable du Code électoral. Ce jugement est censuré par le Conseil d'Etat qui décide que dès lors que cette réhabilitation est « **de plein droit** », aucune exigence procédurale ne saurait être ajoutée pour faire produire effet à la loi (CE 3 mai 1967 Tasso, au Rec.).

2°) Les stipulations de l'article 10 de l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 énoncent que le ressortissant tunisien qui remplit les conditions prévues par le texte doit se voir attribuer **de plein droit** un titre de séjour. Un préfet avait édicté un arrêté de reconduite à la frontière contre une

personne dans cette situation en considérant qu'il aurait fallu à tout le moins que l'intéressé formule une demande de titre de séjour. Le Conseil d'Etat annule cette décision en considérant que l'attribution **de plein droit** du titre de séjour interdit à l'administration d'imposer à son bénéficiaire d'en faire la demande et partant fait obstacle à ce que l'intéressé puisse légalement faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière (CE 28 avril 2004, n° 254093, aux T.).

3°) La même logique s'applique lorsque c'est l'administration qui bénéficie « de plein droit » d'une situation : un comptable public avait été mis en débet par la Cour des comptes pour avoir refusé de compenser les trop-perçus d'un agent de la commune avec la rémunération qui lui était versée. Le ministre avait contesté la mise en débet de ce comptable en soulignant que la commune n'avait pas rendu exécutoire le titre de reversement et avait refusé d'autoriser les actes de poursuite contre les agents. Le Conseil d'État juge que dès lors que la compensation a lieu de **plein droit**, la commune n'avait ni à rendre exécutoire un titre de reversement ni à autoriser les poursuites dans les conditions posées par le Code des communes (CE 12 mars 1999 Ministre du budget, n° 182411, aux T.).

Dans ces trois situations, comme le montre nettement l'analyse des arrêts, lorsqu'une situation est constituée « de plein droit » l'administration ne peut intercaler aucune formalité ou procédure qui ajouterait une condition non prévue par le texte.

Ces solutions jurisprudentielles ne sont d'ailleurs que l'expression d'une logique plus générale du droit français dans son ensemble.

Ainsi, en droit pénal, la notion de réhabilitation « de plein droit » est employée par les articles 133-13 et suivants du Code pénal. Elle désigne une réhabilitation obtenue après l'écoulement d'un certain délai et sans que la personne condamnée n'ait fait l'objet d'aucune condamnation nouvelle.

Elle s'oppose à la réhabilitation judiciaire prévue par l'article 783 du Code de procédure pénale, qui produit les mêmes effets que la précédente, mais doit être prononcée par la Chambre de l'instruction qui dispose d'un pouvoir d'appréciation de la justification de la demande.

Or, la jurisprudence de la Cour de cassation est très nette : la réhabilitation « de plein droit » efface, sans besoin d'aucune autre procédure, les condamnations et les interdictions professionnelles prononcées (Cass. Crim. 14 oct. 1971, Bull. crim. N° 266, D. 1972. 501 (1^{re} esp.), note Roujou de Boubée).

Il arrive parfois même que le législateur explicite le sens à donner à cette notion. Ainsi la loi du 4 août 1981 portant amnistie avait prévu un cas de réhabilitation spéciale acquise de plein droit (art L. 29) et pour être tout à fait clair sur la portée de la disposition, le législateur a tenu à préciser : *« Sont réhabilitées de plein droit, **sans qu'il y ait lieu au prononcé d'un jugement**, les personnes qui ont été déclarées en faillite en application des dispositions en vigueur avant le 1^{er} janvier 1968 ».*

Le caractère d'automatisme des effets d'un régime juridique institué « de plein droit » par le législateur est ainsi caractérisé dans l'ensemble des branches du droit et exclut que le pouvoir réglementaire puisse le remettre en cause en intercalant une procédure qui, précisément, ruine ce caractère automatique.

Au cas précis, la situation est limpide : une fois le délai de cinquante années écoulé, la communication des documents portant atteinte au secret de la défense nationale est « de plein droit » sans aucune condition supplémentaire.

Dès lors, le processus de déclassification construit par l'administration qui conduit à la mise en œuvre d'une telle procédure supplémentaire contrevient directement aux termes de la loi.

On pourrait, il est vrai, concevoir qu'implicitement les dispositions du Code pénal aient entendu revenir sur celles relatives aux archives par l'effet d'une combinaison de normes conduisant à considérer qu'une norme nouvelle peut modifier le sens et la portée d'une norme antérieure.

Mais c'est ici exactement le contraire qui s'est produit : la modification du Code pénal date de 1994, celle du Code du patrimoine introduisant la notion de communicabilité « de plein droit » de 2008.

Autrement dit, lorsque l'article L. 213-2 du Code du patrimoine détermine le régime des documents « *dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale* », ce régime est nécessairement déterminé par la définition de ce secret donné par la disposition pertinente du Code pénal.

Et par conséquent, lorsque, à la suite de la loi du 15 juillet 2008, l'article L. 213-2 décide que ces documents sont communicables « de plein droit » passé le délai requis, c'est en s'appuyant sur la définition du Code pénal, de sorte que les documents qui entrent dans le champ d'application du Code pénal entrent *ipso facto* dans celui du Code du patrimoine et que le premier ne fait en rien obstacle à la communicabilité « de plein droit » énoncée par le second.

B.3. Trois arguments confortent cette analyse.

B.3.1. Le premier est un argument de texte : la rédaction de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine mérite qu'on s'y arrête un instant : on aurait pu imaginer que ce délai de cinquante années soit en quelque sorte un délai de « garantie » visant à assurer que lorsqu'il devient communicable, le document d'archives publiques ne porte plus véritablement atteinte à ce secret par suite de l'écoulement du temps.

Or, telle n'est pas la rédaction adoptée. Tout au contraire cette disposition assure la communicabilité de plein droit, à l'issue de ce délai de cinquante

années des documents « *dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale* », c'est-à-dire non seulement des documents dont le secret est périmé par le temps mais même de ceux dont le secret n'est pas nécessairement périmé par cet écoulement du temps.

Autrement dit, la rédaction du Code du patrimoine « couvre », outre les dispositions de l'article 413-9 du Code pénal, celles de l'article 413-10 qui répriment le fait de « donner accès » ou de « divulguer » un document qui a le caractère de « secret de la défense nationale ». C'est pourquoi il n'y a nul besoin de déclassifier des archives publiques communicables « de plein droit », dès lors que le Code du patrimoine contient une disposition spéciale pour les archives qui les exonère de l'incrimination posée par le Code pénal.

B.3.2. Cet argument de texte se double d'un argument de fond : soutenir que l'absence de déclassification exposerait les personnes chargées de la communication des archives couvertes par le secret défense aux sanctions pénales prévues pour la violation d'un tel secret par l'article 413-9 du Code pénal revient à faire fi d'une cause essentielle d'irresponsabilité pénale destinée précisément à justifier des comportements appréhendés par le Code pénal : la permission ou l'autorisation de la loi.

L'article 122-4 du Code pénal dispose en effet dans son alinéa 1er : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ».

Comme le rappelle la doctrine la plus autorisée, ces dispositions « *ôtent la criminalité de l'acte et, par conséquent, font disparaître l'infraction à l'égard de tous, auteurs et complices* » (Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz 2019, n° 408).

Et la jurisprudence, de son côté, souligne que la permission de la loi ainsi instituée ne s'entend pas seulement de dispositions pénales mais de toutes dispositions législatives, y compris si elles relèvent du droit civil

(Cass. crim., 12 octobre 2004, Bull. crim., n°239).

Au cas précis, l'article L. 213-2, 3° du Code du patrimoine constitue bien un texte législatif au sens de l'article 122-4 du Code pénal autorisant la communication de plein droit des archives sans que les personnes communiquant celles-ci soient exposées aux sanctions pénales de l'article 413-9 du Code pénal.

Ainsi, contrairement à ce qu'allègue l'administration, un archiviste communiquant les archives visées par le texte spécifique du Code du patrimoine ne peut donc être poursuivi pénalement pour violation du secret de la défense nationale puisqu'il est autorisé par la loi à faire cette communication.

L'article 413-9 du Code pénal, dont aucune disposition n'écarte l'application du régime de la permission de la loi de l'article L. 122-4 du même code, ne justifie donc en rien l'institution d'un régime de déclassification supposé éviter la commission d'une infraction pénale.

B.3.3. Le troisième argument tient au fait que l'analyse contenue dans l'instruction critiquée, qui reprend celle déjà exposée dans l'IGI de 2011 et qui fait reposer la nécessité de la déclassification sur la réforme des dispositions du Code pénal en 1992-1994, est démentie par l'analyse de la doctrine de l'administration elle-même.

Avant 1994, les choses étaient très claires. C'est ainsi, en particulier, qu'une directive du Secrétariat général de la Défense nationale de 1985 pour l'application de l'IGI 1300 de 1982, contenait le rappel suivant : *« Enfin, il est rappelé qu'en application de l'article 6 du décret n° 79-1035 du 3 décembre 1979 relatif aux archives de la défense, même les documents Secret Défense versés aux archives deviennent communicables librement 60 ans après leur date d'émission et perdent de ce fait, automatiquement, leur classification ».*

Mais, contrairement à ce qui est aujourd'hui prétendu, l'approche n'a pas changé avec la modification de la rédaction de l'article 413-9 du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994. Tout au contraire, dans la version de l'IGI qui date de 2003, la déclassification des archives publiques devenues librement communicables n'est pas davantage envisagée.

On peut ainsi lire, à l'article 41 de l'instruction, qu'« *en ce qui concerne la communication au public des informations ou supports protégés versés aux services d'archives, il convient de se référer aux dispositions de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 (articles 6 et 7 notamment), de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (articles 2 et 6), du décret n° 79-1038 du 3 décembre 1979 relatif à la communicabilité des documents d'archives publiques et du décret n° 79-1035 du 3 décembre 1979 relatif aux archives de défense. **Au-delà d'un délai de trente ans pour les documents Confidentiel-Défense et de soixante ans pour les documents Secret-Défense à compter de la date d'émission du document, celui-ci devient, a priori, en application de la combinaison de ces dispositions, librement consultable. En deçà de ce délai, le statut du document reste déterminé par les règles relatives à la protection du secret de la défense nationale et à l'accès aux documents administratifs** ».*

Par conséquent, soutenir, comme le fait l'instruction de 2011 et celle de 2020, que l'article 413-9 du Code pénal issu de la réforme entrée en vigueur en 1994 représente un moment de rupture à partir duquel il serait devenu nécessaire de déclassifier des documents pourtant librement communicables est une pure et simple reconstruction intellectuelle opérée *a posteriori*, et qui est fautive.

Il faut encore ajouter qu'au moment de la discussion de la loi de 2008 sur les archives, aucune administration, non plus qu'aucun parlementaire n'ont envisagé la création d'un processus de déclassification des archives

publiques librement communicables.

Les témoignages des acteurs de l'époque y compris dans la phase d'élaboration interministérielle du projet de loi sont tout à fait nets : si les administrations des différents ministères, et en particulier le ministère de la Culture et le Secrétariat général de la Défense nationale, s'opposent sur la durée des délais durant lesquels les documents intéressant le secret de la défense nationale demeurent non librement communicables, aucune de ces administrations ne prétend qu'une fois ces délais expirés, les documents considérés puissent devoir encore faire l'objet d'une procédure de déclassification.

La réunion interministérielle organisée au Secrétariat général du gouvernement le 8 octobre 2004, dont nous ne pouvons pas produire ici le compte-rendu (ce document ne deviendra librement communicable qu'en 2029) mais dont la mémoire demeure au sein des différentes administrations ayant pris part à la préparation de la loi de 2008, fait apparaître clairement les deux points suivants : au terme d'un arbitrage, le cabinet du Premier ministre demande à ce que des opérations de déclassification soient assurées pour les documents ayant entre vingt-cinq et cinquante ans, c'est-à-dire avant l'expiration du délai nouveau au terme duquel les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale deviennent communicables ; en revanche, un consensus existe entre tous les participants à cette réunion, quel que soit le service ou le département ministériel dont ils relèvent, sur le fait que la question de la déclassification n'a pas à être soulevée pour les documents de plus de cinquante ans.

Durant la préparation de la loi de 2008, il ne fait donc aucun doute que la procédure de déclassification a pour objet non de libérer la communication des archives publiques – c'est la loi qui y pourvoit –, mais d'anticiper et de raccourcir le délai de communication des documents chaque fois que le secret est considéré comme pouvant être levé avant terme.

Ainsi, l'instruction critiquée non seulement contrevient à la doctrine de l'administration elle-même, mais elle remet même en cause les équilibres sur la base desquels a été conçue la loi de 2008 sur les archives.

C'est pourquoi la création de ce processus de déclassification par les dispositions critiquées de l'instruction repose sur une interprétation erronée des dispositions du Code pénal comme de celles du Code du patrimoine et de leur articulation.

A la vérité, elle s'interprète manifestement comme une tentative, illégale, de reprendre la main sur des archives, comme par exemple celles qui concernent la guerre d'Algérie et ses suites, sur lesquelles l'administration n'a plus de contrôle par l'effet de l'écoulement du temps,

L'instruction est donc, pour l'ensemble de ces motifs, illégale et ne pourra manquer d'être annulée.

B.4. Ces dispositions sont encore illégales en ce que, quelle que soit l'interprétation que l'on donne des dispositions qui ont été précédemment analysées, le pouvoir réglementaire ne dispose d'aucune habilitation, et partant d'aucune compétence pour prendre des mesures dans un régime qui relève tout entier de la compétence de la loi.

L'instruction critiquée vise en effet à remettre en cause un des piliers essentiels du droit des archives, celui selon lequel la détermination du régime et des délais de communication de ces archives relève de la compétence exclusive du législateur.

C'est l'assemblée générale du Conseil d'État qui a exprimé cette compétence législative avec le plus de force. C'est en effet dans son avis du 28 avril 1977 sur le projet de loi sur les archives, que le Conseil a décidé d'introduire directement dans la loi ces différents délais, plutôt que de renvoyer au pouvoir réglementaire cette compétence, contrairement à ce que prévoyait le texte qui lui avait été soumis.

Ce choix fort – qui constituait l'avancée majeure de la loi du 3 janvier 1979 car en dépit de l'affirmation, dans la loi du 7 messidor an II, d'un droit de « tout citoyen [de] demander dans tous les dépôts, aux jours et heures qui seront fixés, communication des pièces qu'ils renferment », les pratiques administratives étaient jusqu'en 1979, d'une extrême disparité – n'a depuis lors jamais été remis en cause : la détermination de la durée à l'issue de laquelle des archives publiques sont communicables a dans tous les textes ultérieurs été regardée comme une compétence exclusive du Parlement, qui la fixe de façon générale et abstraite, sans que l'administration puisse y ajouter une procédure particulière supplémentaire autre que de simple exécution.

Ce refus d'accorder quelque compétence que ce soit à l'administration sur la détermination de ces délais s'est d'ailleurs trouvé de nouveau en débat lors de l'élaboration du projet de loi ayant conduit à l'adoption de la loi de 2008 sur les archives à propos des « archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue » (article L. 213-2, II, du Code du patrimoine).

Lors de la phase interministérielle de préparation ce texte, il avait été envisagé que de tels documents ne deviennent communicables qu'à deux conditions cumulatives : a) l'expiration d'un délai de cent ans ; mais aussi b) l'accord préalable d'une commission administrative, chargée de déterminer si, en dépit de l'écoulement du délai de cent ans, les documents peuvent effectivement être communiqués.

L'attribution d'une telle compétence à une commission administrative a été rejetée lors de la réunion interministérielle du 8 octobre 2004 déjà évoquée précisément car elle aurait conduit à la remise en cause de la compétence législative exclusive pour fixer les délais de communication des archives.

Cela a conduit à préférer fixer dans la loi l'interdiction sans délai de toute communication de ces documents (actuel article L. 213-2, II, du Code du patrimoine) et témoigne du caractère absolu de la compétence législative en la matière.

Or, c'est très exactement sur ce principe que revient l'instruction critiquée, en définissant une procédure qui n'est pas prévue par la loi.

Cette compétence exclusive de la loi n'est remise en cause par aucune disposition qui conférerait au Premier ministre une habilitation lui permettant d'ajouter au régime de la libre communicabilité des archives portant atteinte au secret de la défense défini par le Code du patrimoine une procédure de déclassification.

Certes, par l'effet combiné des dispositions finales des articles 413-9 et 413-10 du Code pénal, le Premier ministre est habilité par les articles R. 2311-1 et s. du Code de la défense nationale à déterminer le niveau de protection et les conditions de classification ou de déclassification des documents portant atteinte au secret de la défense.

Mais cette habilitation ne couvre aucunement le régime des archives.

C'est ce qu'énoncent très nettement les dispositions de l'article L. 2313-1 du Code de la défense ainsi rédigées : « *les règles relatives aux archives de la défense sont définies par les articles L. 211-1 et s. du code du patrimoine* ».

Et c'est ce qu'ont encore démontré les débats relatifs aux « archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimique [...] » qui ont été rappelés précédemment : c'est sur le fondement du droit des archives, et de lui seul, qu'a été fixé leur régime, sans que ni le Code pénal ni le Code de la

défense n'aient à y intervenir.

Cela manifeste bien que le Premier ministre ne dispose d'aucune habilitation pour édicter les règles énoncées par l'instruction contestée. Celle-ci est donc entachée d'une incompétence qui doit conduire à son annulation.

C°) Sur l'illégalité de la définition des pouvoirs de l'administration chargée de la déclassification

A supposer même que l'on regarde le dispositif de la déclassification comme conforme au droit, cela ne conduirait pas pour autant à admettre la légalité de l'instruction critiquée.

Celle-ci ne contient en effet aucune prescription sur les conditions juridiques dans lesquelles s'opère la déclassification en ce qui concerne les archives.

De ce point de vue, la différence avec l'IGI de 2011 est frappante.

Cette dernière prenait soin de rappeler, en son article 63, qu'au stade de la déclassification visant à assurer la communication sur le fondement du régime des archives, l'administration ne disposait que d'un seul pouvoir : celui de vérifier que la date du document le rendait bien communicable « de plein droit ». Pour le reste, sa compétence était entièrement liée et elle ne pouvait pas refuser de déclassifier le document pour un autre motif.

Sur cette question, l'instruction nouvelle est au contraire entièrement muette. Elle ne fixe aucune délimitation du pouvoir de l'administration chargée de la déclassification d'archives publiques communicables de plein droit. Sans que soit expressément affirmée l'existence d'une marge d'appréciation, c'est-à-dire d'une forme de pouvoir discrétionnaire pour décider de cette déclassification, rien dans l'instruction de 2020 ne permet

de penser le contraire. Bien plus même, l'article 7.6.4.5 de l'instruction, qui dispose que « *la déclassification d'un support n'entraîne pas pour autant automatiquement la libre communicabilité de ce support ou des informations qu'il contient. Ainsi l'administration saisie d'une demande de communication d'une information ou d'un support déclassifié doit s'assurer qu'aucun autre motif d'incommunicabilité ne trouve à s'appliquer en vertu des articles L. 213-1 et s. du Code du patrimoine* », semble esquisser l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire.

Ce faisant, les dispositions de l'instruction sont entachées de deux illégalités : une violation de la loi et une incompétence négative.

Violation de la loi, tout d'abord.

Si on doit bien interpréter l'instruction comme conférant une marge de manœuvre dans l'appréciation de la déclassification, alors celle-ci méconnaît directement le principe de la communicabilité de plein droit passé le délai de cinquante années institué par le Code du patrimoine.

Ce qui a été exposé *supra* à propos de ce que signifie de plein droit, s'agissant du fait d'intercaler une procédure non prévue, vaut encore ici, par *a fortiori*, s'il s'agit de donner à l'administration un pouvoir d'appréciation. La communicabilité de plein droit interdit toute appréciation administrative qui, par essence, la remet en cause.

Incompétence négative, ensuite.

Dès lors que l'accès aux archives publiques constitue un droit, constitutionnellement garanti et mis en œuvre par la loi, et dès lors que l'administration entend, dans la présente instruction, intercaler une procédure administrative avant d'assurer cette communicabilité, il lui appartient nécessairement de déterminer les conditions dans lesquelles cette procédure doit être réalisée (CE 30 novembre 2015, Préfet délégué de Saint Barthélémy et Saint Martin, n° 388299). Or, au cas précis, ni le

délai, ni les motifs des décisions de déclassification, ou de refus de déclassification ne sont explicités et encadrés. Le pouvoir réglementaire n'a ainsi pas assuré que la procédure mise en place garantisse le droit à la communication des archives publiques.

Pour ces motifs encore, l'instruction critiquée ne pourra manquer d'être annulée.

D°) Sur l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité de la procédure de déclassification mise en place.

Dans le cas même où le Conseil d'État jugerait, contrairement à ce qui a été exposé dans les points précédents, que le Premier ministre a fait une exacte application des dispositions du Code du patrimoine en prévoyant le principe d'une procédure de déclassification, celle-ci, dans ses modalités de mise en œuvre, n'en serait pas moins contraire aux exigences constitutionnelles et conventionnelles garantissant le droit d'accès aux archives publiques dont le Conseil d'État a récemment précisé les termes (accès aux archives du président Mitterrand sur le Rwanda : CE, 12 juin 2020, n° 422327).

D.1. Sur l'atteinte portée au droit constitutionnel d'accès aux archives publiques.

Par sa décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, le Conseil constitutionnel a énoncé un « *droit d'accès aux documents d'archives publiques* », appuyé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de 1789. Il a indiqué « *qu'il était loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (§4).

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel, appliquant le motif de principe qui vient d'être rappelé, a concrétisé la manière dont il convenait d'apprécier les limitations susceptibles d'être apportées à ce droit. Il a considéré que la protection d'un secret constituait certes un objectif d'intérêt général justifiant la restriction de l'accès aux archives, mais à la condition, s'ajoutant à la précédente, que cette restriction soit limitée dans le temps (§8).

Au cas précis, à supposer même par extraordinaire que les dispositions de l'article 413-9 constituent une habilitation législative au profit du pouvoir réglementaire pour assurer la protection du secret de la défense y compris en matière d'archives, force est de constater que la garantie constitutionnelle énoncée par le Conseil constitutionnel est méconnue.

En effet, les dispositions critiquées de l'instruction portent doublement atteinte à l'une des garanties essentielles que pose la décision du Conseil constitutionnel précitée, qui tient à ce que la restriction de l'accès aux archives pour assurer la protection d'un secret légalement défini soit suffisamment délimitée : d'une part, du fait de l'absence de délimitation temporelle précise des documents de plus de cinquante ans effectivement concernés par l'obligation de déclassification ; d'autre part, du fait de l'absence de tout délai encadrant la déclassification administrative elle-même.

D.1.1. En premier lieu, l'atteinte que l'instruction critiquée porte au droit découlant de l'article 15 de la Déclaration de 1789 présente un caractère manifestement disproportionné, qui découle de l'absence de délimitation temporelle précise des documents de plus de cinquante ans effectivement concernés par l'obligation de déclassification.

L'histoire de la protection du « secret de défense » depuis 1793 est, c'est bien connu, très sinieuse, et la technique même de la « classification » n'apparaît que tardivement au cours du XXe siècle : elle ne peut en aucun

cas être considérée comme normalisée avant l'instruction générale interministérielle 1300 de 1952, qui, la première, définit des « niveaux » de classification, avec trois niveaux de classification (secret-confidentiel, secret, très-secret) et une mention de protection (diffusion-restreinte). Ces « niveaux » varient eux-mêmes ensuite à plusieurs reprises entre 1952 et 2020, tant dans leur forme que dans le contenu qu'on leur assigne, ou encore dans les pratiques des agents qui sont habilités à en user, et ne peuvent, en tout état de cause, être considérés comme stabilisés avant le décret n° 81-514 du 12 mai 1981 (dont les dispositions sont désormais codifiées au Code de la défense).

C'est pourquoi, si, depuis le 1er mars 1994, l'article 413-9 du Code pénal a limité sa protection aux documents qui « *font l'objet de mesures de classification* », la projection de ce choix bien particulier sur les périodes antérieures à cette date est un exercice des plus risqués : il revient à attacher des conséquences juridiques contemporaines à des « marques », « tampons » et autres « mentions » dont les significations et les usages ont fortement varié dans le temps.

En tout état de cause, attacher de telles conséquences à des documents « marqués » avant 1952 représente un grave anachronisme : c'est arrimer des sanctions pénales à la simple présence d'un tampon apposé sans véritable procédure, et dont la nature même différait de celle retenue aujourd'hui.

Certaines situations rencontrées dans les services d'archives sont à cet égard particulièrement caricaturales. C'est ainsi par exemple qu'une procédure de déclassification a pu être engagée pour un « *bulletin d'information* » d'une association vichyste, la Légion française des combattants (PJ n°2 : document conservé aux Archives nationales sous la cote 19890158/7) ou pour des notes de la direction générale de la police nationale concernant des déplacements du Maréchal Pétain en 1941 et 1942 (PJ n° 3 : documents conservés aux Archives nationales sous la cote 19990306/6), au seul prétexte de la présence sur ces documents du mot

« Secret », pourtant apposé sans aucune procédure réglementaire.

Cette extrême contingence dans la délimitation des documents de plus de cinquante ans effectivement concernés par l'obligation de déclassification témoigne d'un défaut manifeste de garantie encadrant la limitation du droit constitutionnel d'accès aux archives publiques.

D.1.2. En second lieu, les dispositions critiquées de l'instruction ne donnent aucun délai à l'administration pour procéder à la déclassification.

Les exemples donnés dans la requête dirigée contre le refus d'abroger l'IGI de 2011, déposée au greffe du Conseil d'État le 23 septembre 2020, montrent des délais qui peuvent être supérieurs à cinq années, qui sont en tous les cas très souvent supérieurs à six mois.

Ainsi, outre le cas de M. X présenté en introduction de la requête déposée le 23 septembre 2020 qui, en cinq années, n'a constaté aucune déclassification portant sur des documents concernant l'Organisation Armée Secrète, rendant impossible l'écriture de sa thèse d'histoire contemporaine dont le financement s'arrête au bout de trois années, nous pouvons donner, à titre d'illustrations récentes, des exemples de demandes effectuées par certains des présents requérants, contraints de multiplier les procédures pour accéder à des archives publiques pourtant communicables de plein droit :

- [Exemple n° 1]

- [Exemple n° 2]

Cette absence de délai pour procéder à la déclassification a une double conséquence.

D'abord elle porte directement atteinte à la garantie énoncée par le Conseil constitutionnel, ensuite elle conduit l'administration à prendre de

manière systématique des décisions de refus de communication illégales puisque, rappelons-le, le délai pour obtenir la communication d'archives publiques librement communicables est, aux termes du Code des relations entre le public et l'administration, un délai d'un mois.

Ainsi la procédure de déclassification porte une atteinte irrégulière au droit constitutionnel d'accès aux archives publiques et pour ce motif encore, la décision refusant de l'abroger est illégale.

D.2. Cette procédure administrative doit en outre être analysée comme une limitation excessive de la libre expression et de l'indépendance des chercheurs et des enseignants-chercheurs, tels que consacrés par la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 (décision n° 83-165 DC).

Elle conduit en particulier à freiner la communication, voire à rendre incommunicables des documents portant sur la politique extérieure et de défense nationale de la France mais aussi de sa vie politique, scientifique et économique d'avant même la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ce faisant, elle gêne alors de manière considérable le développement d'études scientifiques rigoureuses et objectives sur des événements des années trente au début des années soixante-dix, alourdit les temps de recherche, décourage les doctorants, freine les publications, mais aussi, plus trivialement, permet aux administrations émettrices de prendre connaissance du type d'archives publiques actuellement consultées par des chercheurs, et donc des recherches historiques en cours, à l'instar de ce qui existe pour les documents qui ne sont pas encore communicables de plein droit au sens du Code du patrimoine.

Pour ce motif encore l'annulation s'impose.

D.3. Cette inconstitutionnalité se double en outre d'une inconvictionnalité

tenant à la violation de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

On sait en effet que si la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas de droit général à l'information, celui-ci peut naître du caractère déterminant des documents pour le débat public, comme le rappelait votre rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt du 12 juin 2020 concernant l'accès aux archives du président Mitterrand sur le Rwanda (CE, 12 juin 2020, n° 422327). C'est ainsi que dans un arrêt du 14 juillet 2009 *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie* (n° 37374/05), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à l'unanimité que « *les obstacles dressés pour restreindre l'accès à des informations d'intérêt public risquent de décourager ceux qui travaillent dans les médias ou bien dans des domaines connexes de mener des investigations sur des sujets d'intérêt public* » (Par. 38) et, ce faisant constituaient une violation de l'article de la Convention garantissant la liberté d'expression.

Or, tel est précisément sinon l'objet du moins l'effet des dispositions critiquées de l'instruction. Elle crée un régime très lourd sur le plan administratif, qui génère des problèmes systémiques, et en particulier entrave les recherches des personnes intéressées et spécialement des historiens et chercheurs. Tous les exemples qui ont été cités plus haut témoignent de l'atteinte concrète au droit d'accès aux informations publiques garanti par la CEDH dans des conditions qui excèdent le but d'intérêt général poursuivi.

On rappellera, enfin, que la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas, dans le cadre de son contrôle de conventionnalité lié à l'article 10 de la Convention, à intégrer dans son raisonnement l'intérêt général qui s'attache aux travaux auxquels il est apporté des limitations, considérant que ceux-ci doivent alors bénéficier d'un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression (v. par ex. CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c. France*). Cette exigence a d'ailleurs elle-même conduit le Conseil constitutionnel français à condamner les dispositions législatives

limitant les exceptions de bonne foi ainsi que de vérité s'agissant de « propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que d'imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général » (n°2013-319 QPC, 7 juin 2014, Philippe B.). Il est ainsi mis un terme à l'interdiction de rapporter la preuve de faits diffamatoires de plus de dix ans (n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, Mme Térésa C. et a.) ou constituant une infraction amnistiée ou prescrite ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision (Philippe B, préc.).

Aussi bien, pour cette raison encore, les dispositions critiquées de l'instruction ne pourront manquer d'être annulées.

D.4. Enfin, on observera, pour terminer, que dans le cas où le Conseil d'État viendrait à considérer que l'instruction de 2020 ne remet pas en cause le caractère lié de la compétence de l'administration de déclassifier les archives publiques communicables « de plein droit », ainsi que cela avait été reconnu dans l'instruction de 2011 (v. les développements *supra*, C), alors il ne manquera pas de constater, en tout état de cause, l'absence manifeste de proportionnalité entre l'objectif d'intérêt général poursuivi et le dispositif mis en place, en contrariété tant avec le droit constitutionnel qu'avec le droit européen des droits de l'homme.

Le but d'intérêt général poursuivi par l'instruction générale ne peut alors être que très limité : il ne peut s'agir que de vérifier la date des documents classifiés.

Et encore faut-il souligner que cette seule fonction fait alors complètement doublon avec celle assurée par les archivistes : ceux-ci, pour déterminer la communicabilité d'un document et l'orienter vers le bon circuit procédural (« dérogation » pour les documents de moins de cinquante ans ou pour ceux assujettis à un délai spécial), doivent déjà vérifier cette date.

Autrement dit, la procédure mise en place n'a alors aucune valeur ajoutée, elle est purement formelle et se limite à donner un coup de tampon sur les documents considérés après en avoir vérifié, une nouvelle fois, la date.

Or, pour atteindre ce but d'intérêt général si limité, l'instruction a mis en place une procédure qui conduit de manière systématique à des restrictions graves au droit d'accès aux archives.

Ainsi, par exemple dans une tribune publiée sur son site internet, l'association des archivistes français souligne :

« La mise en œuvre physique de la déclassification est une opération extrêmement lourde et chronophage. Elle consiste, d'une part, à solliciter systématiquement les autorités émettrices (ou leurs héritiers) puis, d'autre part, après décision de déclassification, à apposer un marquage réglementaire complété par des informations portées à la main sur chaque document (référence et date de la décision de déclassification). A titre d'exemple, la déclassification des documents concernés par l'arrêté du 24 décembre 2015 portant ouverture d'archives relatives à la Seconde Guerre mondiale a mobilisé pendant près de trois ans les Archives nationales pour un total de 700 ml ».

<https://www.archivistes.org/Le-crepuscule-des-archives-Entre-acces-restreint-pour-les-citoyens-et>

Plus précisément, « l'ensemble de l'équipe scientifique et technique du département de la justice et de l'intérieur [des Archives nationales] (vingt-deux agents), ainsi que trois agents mis à la disposition des Archives nationales par le ministère de l'intérieur, et ponctuellement plusieurs agents du ministère des Armées (Service historique de la défense, et service des archives de la DGSE) » ont été mobilisés durant ces trois ans (Marion Veyssière, « Archivistes, usagers et secret-défense : principes généraux et exemples concrets », *La Gazette des Archives*, n° 255, 2019-3, p. 236).

Et le Service historique de la défense, lui-même, reconnaît sur son site internet :

*« La déclassification de documents historiques par le Service historique de la défense (SHD) respecte une procédure stricte. **Celle-ci entraîne parfois de longs délais de traitement pour les documents demandés par les chercheurs, universitaires et historiens.** Consciente de la gêne occasionnée, la secrétaire générale pour l'administration du ministère des armées - qui exerce la tutelle du SHD - a pris des dispositions d'application immédiate et de nature à accélérer les demandes de communication d'archives ».*

<https://www.defense.gouv.fr/actualites/articles/des-moyens-supplementaires-pour-traiter-les-archives-declassifiees-du-ministere-des-armees>

Ces moyens sont explicités dans une récente réponse ministérielle :

« Afin d'alléger les procédures de déclassification, un mode opératoire permettant au directeur du service historique de la défense de déclassifier les documents "au carton" et non plus document par document a été expérimenté pour les documents émis avant le 27 octobre 1946. Donnant satisfaction, ce dispositif va être étendu prochainement pour tous les documents émis avant le 1er août 1954. Soyez assuré que le Gouvernement, soucieux de faciliter les travaux des chercheurs et historiens, étudie actuellement toutes les mesures envisageables en termes financiers et matériels, pour que l'exigence de déclassification formelle, gage de sécurité juridique pour les chercheurs et l'administration, ne constitue pas un frein à leurs travaux, qu'il s'agisse par exemple d'une classification pour une durée prédéterminée, de mesures de déconcentration des décisions de demandes d'accès dérogatoires ou encore de déclassification de fonds d'archives. Une augmentation des moyens du service historique de la défense a d'ores et déjà été mise en

œuvre afin d'accélérer substantiellement les procédures dans le respect de la loi qui s'impose à tous ». (question AN n° 30895, rép. min. publiée au JO du 28 juillet 2020, p. 5112).

Cette augmentation des moyens s'est notamment traduite, pour ce seul service, par le « *recrutement temporaire de 30 agents dédiés à cette mission de déclassification* » (Question AN n° 26678, rép. min. publiée au JO 9 juin 2020, p. 4042).

Ces informations officielles montrent bien à quel point de manière systémique les services d'archives sont mis en tension par cette procédure. Et pour sortir du piège dans lequel elle s'est enfermée, l'administration est obligée, outre de dépenser beaucoup d'argent, de prendre des libertés avec les termes mêmes de l'instruction.

Ainsi, la « *déclassification au carton* » et « *déconcentrée* » au niveau des archivistes du Service historique de la défense revient en réalité à méconnaître les exigences de l'instruction : la déclassification « *au carton* » conduit à ne plus vérifier les documents un à un et la « *déconcentration* », si elle est effectivement appliquée, revient à ce que, contrairement aux termes mêmes de l'instruction, ce ne soit plus nécessairement l'autorité classificatrice qui procède à la déclassification. Ainsi par exemple, si un carton d'archives déposé au SHD contient un rapport de police, il sera déclassifié par un agent du ministère de la Défense et non par un agent du ministère de l'Intérieur comme cela devrait être le cas en application de l'instruction.

De même, l'administration est obligée « d'inventer » de nouveaux délais de communication comme le montre le fait que la déclassification au carton sera étendue aux « *documents émis avant le 1^{er} août 1954* », ce qui correspond à un délai de 66 ans qui n'a strictement aucune base juridique et ne vise vraisemblablement qu'à protéger les documents relatifs à la Guerre d'Algérie...

L'ensemble de ces éléments rend compte des effets très largement disproportionnés de la procédure de déclassification par rapport à l'objectif d'intérêt général qui consiste à vérifier une date déjà vérifiée et à ajouter un coup de tampon.

Pour cette dernière raison, les dispositions critiquées de l'instruction portent une atteinte irrégulière au droit d'accès aux archives publiques tel qu'il découle de l'article 15 de la Déclaration de 1789 et de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Par ces motifs, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin d'office, les exposants concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'État de :

ANNULER l'arrêté du 13 novembre 2020 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, ensemble ladite instruction.

Fait à Paris, le 15 janvier 2021

L'Association des archivistes français (AAF),
prise en la personne de sa présidente Madame Céline Guyon

L'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche (AHCESR),
prise en la personne de son président Monsieur Clément Thibaud

L'Association Josette et Maurice Audin,
prise en la personne de son président Monsieur Pierre Mansat

Monsieur Marc Olivier Baruch

Monsieur Jean-Marc Berlière

Monsieur Emmanuel Blanchard

Madame Helga E. Bories-Sawala

Monsieur Frédéric Bozo

Madame Raphaëlle Branche

Madame Perrine Canavaggio

Monsieur Laurent Cesari

Madame Marie Cornu

Monsieur Olivier Dard

Madame Hanna Diamond

Monsieur Olivier Forcade

Madame Elisabeth Fortis

Madame Valeria Galimi

Monsieur Robert Gildea

Madame Arlette Heymann-Doat

Monsieur James House

Monsieur Julian Jackson

Monsieur Eric Jennings

Monsieur Harry Roderick Kedward

Monsieur Sébastien Laurent

Madame Julie Le Gac

Monsieur Gilles Manceron

Madame Chantal Metzger

Madame Claire Miot

Monsieur Gilles Morin

Madame Isabelle Neuschwander

Monsieur Robert O. Paxton

Monsieur Denis Peschanski

Madame Caroline Piketty

Monsieur Antoine Prost

Monsieur Frédéric Rolin

Madame Anne Simonin

Madame Catherine Teitgen-Colly

Monsieur Martin Thomas

Monsieur Maurice Vaïsse

Monsieur Thomas Vaisset

Monsieur Fabrice Virgili

Monsieur Noé Wagener

Monsieur Bertrand Warusfel

Madame Annette Wieviorka

Monsieur Olivier Wieviorka

BORDEREAU DE PIÈCES COMMUNIQUÉES

- 1- PJ n° 1 : Décision attaquée : Arrêté du 13 novembre 2020 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, ensemble ladite instruction
- 2- PJ n° 2 : Bulletin d'information de la Légion française des combattants des 21-25 mai 1943, déclassifié « sur ordre de l'autorité émettrice » par décision 01-2016 du 1^{er} avril 2016, Archives nationales, cote 19890158/7
- 3- PJ n° 3 : Notes « déclassifiées » émanant de la direction générale de la police nationale concernant des déplacements du Maréchal Pétain en 1941 et 1942, Archives nationales, cote 19990306/6
- 4- PJ n° 4 : Statuts de l'Association des archivistes français
- 5- PJ n° 5 : Décision de l'Association des archivistes français de s'associer à la présente requête en date du 11 janvier 2021
- 6- PJ n° 6 : Statuts de l'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche
- 7- PJ n° 7 : Attestation du 13 janvier 2021 faisant état de la décision du conseil d'administration de l'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche du 1^{er} décembre 2020 de s'associer à la présente requête
- 8- PJ n° 8 : Statuts de l'Association Josette et Maurice Audin
- 9- PJ n° 9 : Décision de l'Association Josette et Maurice Audin de s'associer à la présente requête en date du 13 décembre 2020