

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° 6 et 7)

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° 8 et 9)

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° 10 et 11)

Monsieur Marc Olivier Baruch

Monsieur Jean-Marc Berlière

Monsieur Emmanuel Blanchard

Madame Helga E. Bories-Sawala

Madame Raphaëlle Branche

Madame Marie Cornu

Madame Hanna Diamond

Madame Valeria Galimi

Monsieur Robert Gildea

Madame Arlette Heymann-Doat

Monsieur James House

Monsieur Julian Jackson

Monsieur Eric Jennings

Monsieur Harry Roderick Kedward

Madame Julie Le Gac

Madame Chantal Metzger

Monsieur Gilles Morin

Madame Isabelle Neuschwander

Monsieur Denis Peschanski

Monsieur Frédéric Rolin

Madame Anne Simonin

Madame Catherine Teitgen-Colly

Monsieur Martin Thomas

Monsieur Fabrice Virgili

Monsieur Noé Wagener

Monsieur Bertrand Warusfel

Madame Annette Wieviorka

Monsieur Olivier Wieviorka

[Désignation du mandataire unique]

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 la décision implicite de rejet née du silence gardé sur la demande en date du 22 juin 2020 tendant à l'abrogation de l'arrêté du Premier ministre du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, en tant qu'il approuve les dispositions de l'article 63 de cette instruction et, ensemble, les dispositions dudit article.

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

FAITS

Le 11 juillet 2015, M. X, étudiant de l'École normale supérieure de Cachan, consulte, dans le cadre de la préparation de son mémoire de Master, des fonds concernant l'OAS aux Archives nationales. Plongé dans les cartons cotés 19920427/40 et 19920427/41, et plus précisément dans les liasses intitulées « *Activistes OAS réfugiés à l'étranger* » et « *Activités OAS et CNR en fuite à l'étranger après la guerre d'Algérie* », il constate la présence de nombreuses enveloppes fermées portant la mention « *En cours de déclassification* ». Alors même que les documents contenus dans ces enveloppes sont des archives publiques communicables « de plein droit » au sens de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, comme cela lui a été confirmé par l'agent responsable de ces fonds aux Archives nationales, M. X se trouve donc empêché d'y accéder.

Quatre années plus tard, M. X obtient le financement de son projet de recherches doctorales et entreprend la rédaction d'une thèse d'histoire contemporaine intitulée [sujet de thèse portant sur des trajectoires de militants pro-Algérie française], sous la direction de Madame Y, professeure à l'université de Z. Le financement obtenu prend la forme d'un contrat doctoral du ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, conclu pour une durée de trois ans, imposant donc que la recherche soit achevée avant le 31 août 2022.

Dans le cadre de ses recherches, M. X consulte à nouveau, le 28 août 2020, les deux cartons ouverts le 11 juillet 2015. Les enveloppes vues en 2015 s'y trouvent encore : cinq années après, la déclassification dite « en cours » l'est donc toujours.

Bien sûr, il n'en va pas ainsi de tous les cartons que M. X souhaite consulter dans le cadre de ses recherches. Certains déclassifications

aboutissent au prix d'efforts considérés transformant cette thèse en un véritable parcours du combattant.

Le 13 juillet 2020, par exemple, M. X s'enquiert de l'avancée de la déclassification de documents placés sous enveloppes dans un carton conservé aux Archives nationales sous la cote 19910302/7/2. Il sait que le processus de déclassification a été engagé au mois de juin 2015, et a donc bon espoir d'accéder à ces archives publiques. Une partie de ces documents est « communicable de plein droit » (pour les autres, M. X dispose depuis 2015 de l'autorisation de les consulter par dérogation, conformément à l'article L. 213-3 du Code du patrimoine). L'enjeu est important, car l'accès au carton coté 19910302/7/2 est incontournable pour sa thèse.

L'examen du carton se révèle néanmoins désespérant : l'extrême diversité des pratiques administratives de déclassification interdit toute conduite sereine d'un travail de recherche doctorale, comme en témoigne le déroulé qui suit :

Dans ce carton coté 19910302/7/2, le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale a déclassifié en 2015 quelques documents sur les aspects pratiques d'un voyage d'un chef d'état-major espagnol en France en 1961.

Puis en juin 2016, la direction générale de la sécurité intérieure a déclassifié un document de la DST daté de 1980, concernant une entrevue avec des représentants du gouvernement autonome du Pays Basque.

Puis en août 2017, la préfecture des Pyrénées-Orientales a déclassifié un rapport émanant de ses services, apposant sur celui-ci une référence incompréhensible.

En septembre 2017, de son côté, la direction générale de la police nationale a déclassifié des documents relevant de son service, datés de

1961 et 1963.

Mais en revanche, le 13 juillet 2020, soit cinq ans après l'engagement des procédures de déclassification, M. X ne peut que constater que les documents de la préfecture de la Haute-Garonne ne sont, quant à eux, toujours pas déclassifiés. Une volumineuse enveloppe sur laquelle il est écrit « Contrôle aux frontières espagnoles 1962/1963 Préfecture de Haute-Garonne » et « En cours de déclassification » est notamment concernée.

Si, de 2015 à 2017, l'impossibilité d'accéder à ces documents classifiés ne l'avait pas gêné outre-mesure pour la rédaction de son mémoire de Master, en 2020 la situation est tout autre. A l'époque, les archives concernant la guerre d'indépendance algérienne étaient encore en grande partie librement communiquées. M. X avait donc renoncé à contester les refus de communication des documents contenus dans les cartons cotés 19920427/40, 19920427/41 et 19910302/7/2.

Mais la situation a progressivement empiré, et aujourd'hui, les recherches doctorales de M. X subissent un réel blocage : les principaux fonds d'archives communicables « de plein droit » sur la guerre d'Algérie sont désormais « préventivement » refermés aux Archives nationales et au Service historique de la défense.

Cela est d'autant plus absurde que, dans les années précédentes, de nombreux cartons de ces fonds ont été consultés à maintes reprises par des historiens et, parfois, par M. X lui-même, mais qu'ils ne sont plus aujourd'hui directement accessibles. Il faut attendre plusieurs semaines, plus souvent plusieurs mois, pour que les rares archivistes habilités « secret-défense » aient le temps de vérifier si des documents classifiés sont présents ou absents dans les centaines de pages contenues dans les cartons demandés.

Si un carton n'en contient aucun, il redevient alors librement communicable, ce qu'il n'aurait jamais dû cesser d'être. Si les documents

classifiés sont peu nombreux dans le carton, les archivistes les placent dans des enveloppes fermées portant la mention « En cours de déclassification », puis donnent accès au carton en même temps qu'ils saisissent les autorités émettrices d'une demande de déclassification. En revanche, si le carton contient « trop » de documents classifiés, les archivistes procèdent alors différemment : ils instruisent une demande de déclassification pour chacun des documents concernés et informent le lecteur qu'il ne leur est matériellement pas possible de lui communiquer les documents non classifiés du carton.

Alors qu'il doit terminer sa thèse au plus tard en 2022, et alors que la qualité de celle-ci constitue un élément tout à fait déterminant pour son insertion professionnelle dans le monde universitaire, M. X est donc confronté à un problème majeur d'accès aux archives publiques, pourtant communicables de plein droit. D'une part, il ne lui est plus possible de se rendre le jour même aux Archives pour commander directement des documents qui étaient encore il y a quelques années, et parfois quelques mois, communicables et communiqués : il lui faut désormais attendre de nombreuses semaines pour que les archivistes effectuent la vérification préalable des cartons demandés. D'autre part, le processus de déclassification est extrêmement long et incertain. En cinq ans, aucune déclassification portant sur des documents concernant l'Organisation Armée Secrète n'a été constatée par M. X dans les cartons consultés. Il n'est pas non plus indiqué s'il y a eu un refus formel de déclassifier – dont le fondement légal devrait alors être trouvé – ou s'il s'agit simplement d'une absence de traitement desdits documents. Si cinq années ne suffisent pas pour obtenir une déclassification d'archives publiques que le législateur a déclaré communicables, comment faire une thèse sur l'histoire contemporaine française dont le financement s'arrête au bout de trois ans ?

L'exemple qui précède n'est en aucun cas le produit de dysfonctionnements ponctuels de services administratifs, auxquels un doctorant en histoire contemporaine aurait été exceptionnellement

confronté ces derniers mois. Il est au contraire représentatif de ce qui est devenu, depuis quelques années et tout particulièrement en 2020, le quotidien des historiens contemporanéistes et de l'ensemble des personnes qui souhaitent accéder à des archives publiques faisant l'objet de mesures de classification au titre du secret de la défense nationale.

Ces retards voire ces refus de communication proviennent de consignes données depuis 2015 par le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN). Ces consignes, qui ont considérablement été durcies en 2020, imposent d'appliquer de manière désormais systématique les prescriptions de l'article 63 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, approuvée par arrêté du Premier ministre du 30 novembre 2011, aux termes desquelles :

« La communication au public des informations ou supports classifiés versés aux archives

La communication au public d'informations ou de supports classifiés versés aux services d'archives relève des dispositions combinées du code pénal (78), du code du patrimoine (79), du livre III du code des relations entre le public et l'administration (80), du décret du 3 décembre 1979 relatif aux archives de défense (81) et enfin du décret (82) du 1er décembre 1980 relatif au régime des archives du ministère des affaires étrangères.

Un document classifié versé aux archives publiques est en principe, à la condition expresse d'avoir été préalablement déclassifié, communicable de plein droit à l'expiration du délai de cinquante ans à compter de sa date d'émission ou de celle du document classifié le plus récent inclus dans le dossier. Ce délai est, en certaines circonstances, porté à soixante-quinze ans ou à cent ans (83). Un document peut être incommunicable quel que soit le délai écoulé. Ainsi ne peut en aucun cas être consultée une archive dont la communication présente le risque de diffuser des informations relatives aux armes de destruction massive (84).

Quelle que soit la durée d'incommunicabilité affectée au document classifié, sa communication n'est possible qu'après déclassification du document. Lorsque le service détenteur des archives est saisi d'une demande de communication d'un document couvert par le secret de la défense nationale, il doit transmettre cette demande à l'autorité émettrice du document concerné. Cette autorité vérifie la

durée d'incommunicabilité affectée au document. Si tous les délais applicables sont expirés, l'autorité émettrice procède à la déclassification. Le document ne peut être communiqué qu'à l'issue de cette procédure.

Une personne souhaitant consulter une archive classifiée avant l'expiration des délais de communicabilité applicables doit solliciter une dérogation (85). Le service d'archives détenteur saisi de la demande de dérogation transmet cette demande à l'autorité émettrice. Cette autorité doit toujours s'interroger sur l'opportunité de la déclassification du document. Si la classification reste justifiée, la communication est impossible et la dérogation est refusée ».

L'application systématique de ces dispositions a conduit à ce que l'ensemble des archives publiques de plus de cinquante ans faisant l'objet de mesures de classification au titre du secret de la défense nationale, mais communicables « de plein droit » au sens de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, ont eu vocation à être soumises à cette procédure de déclassification, laquelle a généré de très importants retards voire des refus de communication.

La communauté des historiens contemporanéistes, fortement affectée par cette mesure, a alerté l'opinion dans une tribune publiée le 13 février 2020 par le journal *Le Monde* (PJ n°3), qui réunissait les plus grands noms de la discipline en France comme à l'étranger. Un certain nombre de parlementaires, aussi bien à l'Assemblée nationale (questions n° 30895 de Madame Tolmont, n° 27977 de M. Hetzel, n° 27451 de Madame Dubié, n° 26888 de M. Lachaud, n° 26678 de M. Cornut-Gentile, n° 25022 de M. Marilossian) qu'au Sénat (question n° 1149S de M. Laurent), ont également interrogé le gouvernement sur cette procédure au cours de l'année 2020.

Ces initiatives n'ont pas incité à la remise en cause de ce processus. Tout au contraire, la prétendue nécessité de la déclassification a été réaffirmée et le ministère des armées, pour tenter de limiter les allongements de délai a, pour le seul Service historique de la défense, « *procédé au recrutement temporaires de 30 agents dédiés à cette mission de déclassification* » (Question parlementaire AN n° 26678, JO 9 juin 2020, p. 4042).

C'est dans ces circonstances que les exposants, ont, à la suite d'une réflexion collective associant des historiens, des archivistes et des juristes, analysé d'un point de vue juridique la question du bien-fondé de la mise en place de cette procédure de déclassification et ont été amenés à constater qu'en réalité, les dispositions de l'article 63 de l'instruction sont à plusieurs égards illégales.

Ils ont pour cette raison saisi le Premier ministre d'une demande tendant à l'abrogation de ces dispositions le 22 juin 2020 (PJ n°1), dont il a été accusé réception le 23 juin (PJ n°2).

Il n'a pas été jugé utile de donner une réponse expresse à cette demande et il est par conséquent né le 22 août 2020 une décision implicite de refus d'abrogation.

Celle-ci constitue la décision attaquée.

DISCUSSION

Les exposants entendent démontrer que les dispositions critiquées de l'instruction sont illégales de sorte que leur auteur était tenu de faire droit à la demande d'abrogation qui lui était soumise.

L'illégalité de ces dispositions tient en premier lieu à ce qu'elles sont entachées d'une violation directe de la loi, en l'occurrence des dispositions des articles L. 213-1 et 2 du Code du patrimoine qui définissent le régime de la communication des archives publiques et spécialement de celles qui portent atteinte au secret de la défense nationale, et d'une incompétence en ce que le Premier ministre ne tirait d'aucun texte ni d'aucun principe une habilitation pour instituer une procédure de déclassification préalable (I).

L'illégalité de ces dispositions tient en second lieu au fait qu'à supposer même que le Premier ministre ait pu légalement instituer une telle procédure, celle-ci l'a été dans des conditions qui méconnaissent des droits constitutionnellement et conventionnellement garantis (II).

I Sur l'illégalité de l'instauration d'un processus de déclassification d'archives publiques communicables de plein droit.

I.1 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.

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

cette procédure.

Cependant, le postulat de départ est erroné. Pour le démontrer, il convient de rétablir la structuration de textes relatifs à la communicabilité des archives portant atteinte au secret de la défense nationale.

I.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.

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 susceptibles de porter atteinte au secret de la défense nationale deviennent communicables « de plein droit ».

I.1.2 Dans la jurisprudence administrative, le sens de cette expression 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, n° 182411 Ministre du budget, 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 (1re 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 1er janvier 1968* ».

Le caractère d'automatisme des effets d'un régime juridique institué « de plein droit » par le législateur est ainsi affirmé dans l'ensemble des branches du droit et exclut que le pouvoir réglementaire puisse le remettre en cause en intercalant une procédure qui a précisément pour effet de remettre en cause 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. Il est donc illégal et la décision attaquée, prise sur le fondement de cette procédure illégale, l'est également.

I.2 Il reste que, bien évidemment, l'administration a tenté de donner un fondement juridique à cette procédure. Cette tentative est à la vérité très

timide dans les dispositions contestées de l'instruction générale, qui se borne à affirmer que « *La communication au public d'informations ou de supports classifiés versés aux services d'archives relève des dispositions combinées du code pénal, du code du patrimoine, du livre III du code des relations entre le public et l'administration (...)* »

Cette lecture très allusive a été explicitée dans une toute récente réponse ministérielle, suite à une série de questions parlementaires suscitées par les chercheurs et historiens qui contestent la mise en place de cette procédure de déclassification (questions n° 30895, 27451 et 25022, rép. min. publiée au JO du 28 juillet 2020, p. 5112).

Il convient ici d'en citer les termes :

« Les archives publiques sont, en vertu de l'article L. 213-1 du code du patrimoine, « communicables de plein droit », le cas échéant à expiration des délais prévus à l'article L. 213-2. Ce principe ne saurait être remis en cause par des dispositions de niveau réglementaire. Ainsi, les difficultés rapportées par certains chercheurs pour accéder aux documents d'archives classifiés ne trouvent pas leur origine dans les dispositions, réglementaires, de l'instruction générale interministérielle n° 1300 relative à la protection du secret de la défense nationale mais bien dans celles, législatives, du code pénal. **Depuis 1994, en effet, sont protégés par le secret de la défense nationale, en vertu de l'article 413-9 du code pénal, l'ensemble des documents intéressant la défense nationale ayant « fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès ». Cette définition du secret, strictement formelle, fait obstacle à une déclassification « automatique » ou de facto.** Un document marqué d'un timbre de classification est, en effet, au sens de l'article 413-9 précité, un document ayant fait l'objet d'une mesure de classification. Sa divulgation est donc, quelle que

soit son ancienneté, de nature à exposer tant les archivistes y ayant donné accès que les chercheurs y ayant accédé à des poursuites pénales, du chef des délits prévus aux articles 413-10 à 413-12 du code pénal, usuellement qualifiés de « compromission ». La sécurité juridique de l'ensemble des acteurs impose que tout document classifié, même communicable « de plein droit » en vertu des dispositions du code du patrimoine, fasse, avant communication, l'objet d'une mesure de déclassification. Celle-ci se traduit notamment par l'apposition, sur le document, d'un timbre de déclassification ».

Ainsi, le raisonnement repose sur 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* ».

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

I.3 Mais cette lecture est gravement erronée.

Il est acquis que l'article 413-9 définit le périmètre des documents « *qui présentent un caractère de secret de la défense nationale* » et qu'il le fait selon le critère formel de la classification.

Mais cet article ne s'ajoute pas aux dispositions du Code du patrimoine, pas plus qu'il n'altère la portée de ces dispositions dont la rédaction au demeurant est postérieure puisqu'elles sont issues de la loi du 15 juillet 2008 relative aux archives.

Ainsi 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 donnée 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.

Trois arguments confortent cette analyse.

I.4 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 est 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 ».

Ainsi, contrairement à ce qui est esquissé dans l'instruction et explicité dans la réponse du 28 juillet 2020 aux questions parlementaires, il n'y a

nul besoin de déclassification des documents car le Code du patrimoine contient une disposition spéciale pour les archives qui les exonère de l'incrimination posée par le Code pénal.

I.5 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.

Ainsi, 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 122-4 du même Code, ne justifie en rien l'institution d'un régime de déclassification supposé éviter la commission d'une infraction pénale.

I.6 Le troisième argument résulte du caractère biaisé de la construction intellectuelle opérée par l'instruction qui conduit à faire de l'article 413-9 du Code pénal, tel qu'issu de la réforme du Code pénal entrée en vigueur en 1994, un moment de rupture à partir duquel il devient nécessaire de déclassifier des documents pourtant librement communicables.

I.6.1 Cette construction repose sur l'idée que la réforme de 1992-1994 aurait conduit à une définition formelle du secret de la défense nationale selon laquelle tous les documents ayant fait l'objet d'une mesure de protection (i.e. ayant été revêtus d'un tampon indiquant cette protection) présentent un caractère de secret de la défense nationale, et que, de ce fait, seule une « déclassification » pourrait supprimer cette protection, y compris pour les archives publiques communicables de plein droit.

Avant 1994, les choses étaient très claires. C'est ainsi, en particulier, qu'une directive du SGDN 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* ».

I.6.2 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 nouvelle 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 ».***

I.6.3 Et 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 (futur SGDSN), 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.

C'est donc une interprétation à rebours de la manière même dont on pensait la déclassification durant la préparation de la loi de 2008 qui est actuellement retenue par l'article 63 de l'IGI 1300. C'est aussi plus fondamentalement une grave méconnaissance de la logique même du dispositif législatif. Il y a tout lieu de penser que la règle selon laquelle un document classifié est communicable de plein droit à l'expiration du délai légal de cinquante ans en application du Code du patrimoine (art. L. 213-2) n'a pas pour effet de faire disparaître le caractère de document classifié.

La loi ne procède pas à une déclassification : ce qu'elle fait, c'est rendre sans objet mais aussi sans utilité une telle procédure.

Ainsi, 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, spécialement sur 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.

Le refus d'abroger cette norme illégale devra pour ce premier motif être annulé.

I.7 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.

I.7.1 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 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 délai 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'article 63 de l'IGI 1300 en 2011, en définissant une procédure qui n'est pas prévue par la loi.

I.7.2 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 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'article 63 de l'instruction contestée. Celle-ci est donc entachée d'une incompétence qui doit conduire à l'annulation du refus de l'abroger.

II 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 le point précédent, 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).

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

Par sa décision 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, et cela à un double titre.

II.1.1 En premier lieu, il n'y pas de proportionnalité entre l'objectif d'intérêt général poursuivi et le dispositif mis en place.

Le but d'intérêt général poursuivi par l'instruction générale est, de ses propres termes, très limité : il s'agit simplement de vérifier la date des documents classifiés.

Elle admet en effet explicitement que passé le délai de cinquante années posé par le Code du patrimoine, les documents classifiés constituent bien des archives publiques communicables de plein droit. Et elle énonce que lorsque ce délai est atteint, il appartient à l'autorité ayant procédé au classement du document de le déclassifier et que cette autorité a compétence liée pour ce faire (cf. l'article 63 alinéa 3 : « *Si tous les délais applicables sont expirés, l'autorité émettrice procède à la déclassification* »).

Ainsi, la seule chose que doit faire l'autorité de déclassification, c'est bien de vérifier la date du document.

Et encore faut-il souligner que cette seule fonction fait 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, ou « déclassification simple » pour les archives communicables de plein droit), doivent déjà vérifier cette date.

Autrement dit, la procédure mise en place n'a 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.

Les exemples qui ont été présentés au début des présentes écritures en fournissent déjà des illustrations frappantes : les délais sont d'un an, de deux ans, parfois au-delà de cinq ans pour obtenir la déclassification d'archives.

Mais au-delà de ces exemples, c'est le système qui globalement ne fonctionne pas.

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, c'est « *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)* » qui 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 la récente réponse ministérielle citée plus haut :

« 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* » 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 aurait dû 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 première raison, les dispositions critiquées de l'instruction portent une atteinte irrégulière au droit d'accès aux archives publiques défini par le Conseil constitutionnel.

Mais il y a plus.

II.1.2 L'une des garanties essentielles que pose la décision du Conseil constitutionnel précitée à la restriction de l'accès aux archives pour assurer la protection d'un secret, tient à ce que cette restriction soit limitée dans le temps (§8), sauf à être disproportionnée.

Or, les dispositions critiquées de l'instruction portent doublement atteinte à ce principe : 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.

II.1.2.1 En premier lieu, l'atteinte que l'article 63 de l'IGI 1300 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 sinueuse, 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 2011, 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.

C'est pourquoi, si, effectivement, depuis le 1er mars 1994, l'article 413-9 du Code pénal s'est résigné à un formalisme, en considérant que présente « *un caractère de secret de la défense nationale* » ce qui « *fait 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 (ne serait-ce que parce que le secret de la défense nationale

était alors défini de manière substantielle, et non formelle).

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°4 : 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° 5 : 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.

D'une façon plus générale, cette extrême contingence dans la délimitation des documents de plus de cinquante ans effectivement concernés par l'obligation de déclassification, qui témoigne d'un défaut manifeste de garantie encadrant la limitation du droit constitutionnel d'accès aux archives publiques, conduit aujourd'hui les administrations à retenir de manière parfaitement arbitraire des seuils chronologiques : dans certains services d'archives, seuls les documents postérieurs à 1940 et portant une « marque » semblent concernés par l'obligation de déclassification, sans qu'aucune explication ne soit donnée pour le choix d'une telle date, quand dans d'autres services d'archives, aucune date-plancher n'est mentionnée.

II.1.2.2 En second lieu, les dispositions critiquées de l'instruction ne donnent aucun délai à l'administration pour procéder à la déclassification.

Les exemples donnés en commençant montrent des délais qui peuvent être supérieurs à cinq années, qui sont en tous les cas très souvent supérieurs à six mois.

Ainsi, pour donner des illustrations récentes pour des 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 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.

II.1.3 Cette procédure administrative, dont le seul intérêt apparent est de dédoubler un contrôle de date par ailleurs assuré par le personnel des services d'archives, 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 consacrées par la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 (décision n° 83-165 DC).

Elle conduit en effet à gêner de manière considérable le développement d'études scientifiques rigoureuses et objectives sur des événements des années 1950 et 1960, en alourdissant les temps de recherche, en décourageant les doctorants, et en freinant les publications.

Pour ce motif encore l'annulation s'impose.

II.2 Cette inconstitutionnalité se double en outre d'une inconvencionnalité 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* » (§ 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 des 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, la décision refusant d'abroger les dispositions critiques est illégale.

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** la décision attaquée avec toutes conséquences de droit ;
- **ENJOINDRE** au Premier ministre de prononcer l'abrogation des dispositions irrégulières dans le délai de 15 jours à compter de la notification de l'arrêt.

Fait à Paris, le 22 septembre 2020

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

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

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

Monsieur Marc Olivier Baruch

Monsieur Jean-Marc Berlière

Monsieur Emmanuel Blanchard

Madame Helga E. Bories-Sawala

Madame Raphaëlle Branche

Madame Marie Cornu

Madame Hanna Diamond

Madame Valeria Galimi

Monsieur Robert Gildea

Madame Arlette Heymann-Doat

Monsieur James House

Monsieur Julian Jackson

Monsieur Eric Jennings

Monsieur Harry Roderick Kedward

Madame Julie Le Gac

Madame Chantal Metzger

Monsieur Gilles Morin

Madame Isabelle Neuschwander

Monsieur Denis Peschanski

Monsieur Frédéric Rolin

Madame Anne Simonin

Madame Catherine Teitgen-Colly

Monsieur Martin Thomas

Monsieur Fabrice Virgili

Monsieur Noé Wagener

Monsieur Bertrand Warusfel

Madame Annette Wieviorka

Monsieur Olivier Wieviorka

BORDEREAU DE PIÈCES COMMUNIQUÉES

- 1- PJ n° 1 : Lettre au Premier ministre du 22 juin 2020 tendant à l'abrogation de l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, en tant qu'il approuve les dispositions de l'article 63 de cette instruction et, ensemble, les dispositions dudit article.
- 2- PJ n° 2 : Avis de réception du Premier ministre du 23 juin 2020 (n° XXX).
- 3- PJ n° 3 : Tribune « Nous dénonçons une restriction sans précédent de l'accès aux archives contemporaines de la nation » et lettre ouverte « Des documents déjà exploités pourraient devenir inaccessibles » parues dans Le Monde du 14 février 2020.
- 4- PJ n° 4 : 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.
- 5- PJ n° 5 : 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.
- 6- PJ n° 6 : Statuts de l'Association des archivistes français
- 7- PJ n° 7 : Décision de l'Association des archivistes français de s'associer à la présente requête en date du 22 septembre 2020
- 8- PJ n° 8 : Statuts de l'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche
- 9- PJ n° 9 : Compte-rendu de la décision du conseil d'administration de l'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche du 11 septembre 2020
- 10-PJ n° 10 : Statuts de l'Association Josette et Maurice Audin
- 11-PJ n° 11 : Décision de l'Association Josette et Maurice Audin de s'associer à la présente requête en date du 22 septembre 2020