

Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011

Mme Ekaterina B., épouse D., et autres

(Secret défense)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 6 septembre 2011 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 4683 du 31 août 2011) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par Mme Ekaterina B., épouse D., et autres, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 413-9 à 413-12 du code pénal, L. 2311-1 à L. 2311-8 du code de la défense et 56-4 du code de procédure pénale (CPP). Ces dispositions fixent le régime de classification au titre du secret de la défense nationale d'informations et de lieux, ainsi que les règles de perquisition afférentes à ces informations et à ces lieux.

Dans sa décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions législatives relatives aux lieux classifiés et au régime de perquisition dans ces lieux contraires à la Constitution. L'ensemble des autres dispositions contestées a été jugé conforme à la Constitution.

L'Union syndicale des magistrats avait demandé à intervenir dans cette QPC. Estimant qu'elle ne justifiait pas d'un « *intérêt spécial* » au sens du deuxième alinéa de l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil n'a pas accédé à cette demande.

I. – Les dispositions contestées

A. – Les articles 413-9 à 413-12 du code pénal

À l'origine, pratique du pouvoir personnel du Prince, le secret s'est progressivement formalisé ainsi qu'en témoigne la présence du secret de la

défense nationale dans le code pénal¹. Reste que cette présence résulte d'un long processus.

En effet, si le code pénal de 1810 punissait de peines sévères certaines atteintes à la défense nationale, il faut attendre le décret-loi du 24 juillet 1939² pour que soit consacrée une définition du secret de la défense nationale. Ce texte en proposait alors une définition matérielle³. À l'usage, celle-ci s'est révélée difficilement opératoire car elle ne permettait pas de couvrir toutes les informations dont la protection pouvait pourtant s'avérer nécessaire.

C'est pourquoi, sans renouveler la tentative de définir matériellement ce secret, l'ordonnance du 4 juin 1960⁴, punissait la divulgation intentionnelle⁵ et fortuite⁶ (c'est-à-dire la divulgation dépourvue de l'« *animus hostilis* ») des renseignements, objets, documents ou procédés tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale. La finalité de défense constituait donc le critère du secret : tout « *renseignement, objet, document ou procédé* » pouvait être protégé par le secret de la défense nationale dès lors que cela était considéré comme nécessaire.

Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, le code pénal a consacré une définition formelle du secret de la défense nationale (article 413-9 du code pénal) et réprimé les violations de ce secret (article 413-10, 413-11 et 413-12 du code pénal). La loi de programmation militaire (LPM)⁷ du 29 juillet 2009 a complété

¹ En ce sens, voir en particulier, Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la Nation et libertés publiques dans une société de l'information*, thèse, université de Paris V, 1994, pp. 9 et s.

² Décret-loi du 24 juillet 1939 portant codification des dispositions relatives aux crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État.

³ Article 78 du décret-loi du 24 juillet 1939 précité : « *Seront réputés secrets de la défense nationale pour l'application du présent code :*

« 1° *Les renseignements d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnes qualifiées pour les détenir, et doivent, dans l'intérêt de la défense nationale, être tenus secrets à l'égard de toute autre personne ;*

« 2° *Les objets, matériels, écrits, dessins, plans, cartes, levés, photographies ou autres reproductions, et tous les autres documents quelconques qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnes qualifiées pour les manier ou les détenir, et doivent être tenus secrets à l'égard de toute autre personne comme pouvant conduire à la découverte de renseignements appartenant à l'une des catégories visées à l'alinéa précédent ;*

« 3° *Les informations militaires de toute nature, non rendues publiques par le Gouvernement, et non comprises dans les énumérations ci-dessus, dont la publication, la diffusion, la divulgation ou la reproduction aura été interdite par une loi ou par un décret en conseil des ministres ;*

« 4° *Les renseignements relatifs soit aux mesures prises pour découvrir et arrêter les auteurs et les complices de crimes ou délits contre la sûreté extérieure de l'État, soit à la marche des poursuites et de l'instruction, soit aux débats devant la juridiction de jugement. »*

⁴ Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 modifiant certaines dispositions du code pénal, du code de procédure pénale et des codes de justice militaire pour l'armée de terre et pour l'armée de mer en vue de faciliter le maintien de l'ordre, de la sauvegarde de l'État et la pacification de l'Algérie.

⁵ Voir en particulier l'article 72 de l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 précitée.

⁶ Voir en particulier les articles 75 et 76 de l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 précitée.

⁷ Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

la définition du secret de la défense nationale afin d'y intégrer la notion de « *lieu classifié* » (articles 413-9-1, 413-10-1, 413-11-1 du code pénal).

Ces dispositions contestées n'avaient jamais été soumises à l'examen du Conseil constitutionnel.

Les articles 413-9 et 413-9-1 du code pénal définissent le secret de la défense nationale.

Selon l'article 413-9, alinéa 1^{er}, est un secret de la défense nationale ce qui a fait l'objet d'une mesure formelle de classification. Peuvent faire l'objet d'une telle mesure les « *procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale* ».

L'article 413-9-1 du code pénal a créé la notion de « *lieu classifié* ». Ainsi, peuvent être classifiés des « *lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale* ». En cours d'instruction, des éléments ont été sollicités par le Conseil constitutionnel des services du Premier ministre et communiqués à l'ensemble des parties. La réponse du secrétariat général du Gouvernement fait apparaître en particulier que ces lieux sont au nombre de vingt-six et précise qu'« *il s'agit exclusivement de zones opérationnelles ou techniques d'installations militaires ou de renseignement couvertes par le secret de la défense nationale, tels que certains centres de commandement ou centres opérationnels liés à la dissuasion nucléaire, ou des sites dédiés au renseignement électromagnétique ou par imagerie* »⁸. La classification de ces lieux est limitée à une durée de cinq ans renouvelable. Elle prend la forme d'un arrêté du Premier ministre après avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN). Cet arrêté est publié au *Journal officiel*. Toutefois, l'annexe qui identifie et délimite précisément les lieux concernés est elle-même classifiée⁹.

Les articles 413-10 à 413-12 du code pénal fixent les peines réprimant les atteintes au secret de la défense nationale.

⁸ Observations complémentaires produites par le Premier ministre à la demande du Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction, enregistrées le 14 octobre 2011.

⁹ Article R. 2311-9-3 du code de la défense.

B. – Les articles L. 2311-1 à L. 2312-8 du code de la défense

Les dispositions des articles L. 2311-1 à L. 2312-8 du code de la défense sont issues des articles 1^{er} à 8 de la loi du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale¹⁰. Elles ont été codifiées par l'ordonnance du 20 décembre 2004¹¹ et modifiées par l'article 152 de la loi de finances pour 2009¹² et par l'article 13 de la LPM qui a, notamment, intégré les nouvelles compétences de la CCSDN en matière de perquisition. Elles figurent dans la deuxième partie du code de la défense relative aux « *Régimes juridiques de défense* », dans son livre III « *Régimes juridiques de défense d'application permanente* », titre I^{er} « *Le secret de la défense nationale* ».

Ces dispositions n'avaient pas déjà été soumises à l'examen *a priori* du Conseil constitutionnel.

Les articles L. 2311-1 à L. 2312-8 du code de la défense concernent la composition de la CCSDN, son rôle dans la déclassification des informations et des lieux protégés, ainsi que son rôle concernant les éléments saisis et placés sous scellés à l'occasion des perquisitions.

* La composition de la CCSDN

Qualifié d'« angle mort » de la transparence par le Conseil d'État dans son rapport de 1995¹³, le secret de la défense nationale a fait l'objet de critiques qui portaient sur les conditions dans lesquelles ce secret pouvait être opposé au juge : le pouvoir exécutif pouvait refuser au juge l'accès à certaines informations sans aucun contrôle. En réponse, le législateur a institué une « *autorité administrative indépendante* », la CCSDN, composée de cinq membres¹⁴ :

– trois personnalités, parmi lesquelles sont choisis le président et le vice-président, sont nommées pour six ans par le Président de la République à partir d'une liste de six noms établie conjointement par le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes ;

¹⁰ Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale.

¹¹ Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense. Cette ordonnance a été ratifiée par l'article 1^{er} de la loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 modifiant diverses dispositions relatives à la défense.

¹² Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.

¹³ Conseil d'État, *Considérations générales. La transparence et le secret, Rapport public de 1995*, Paris, La documentation française, p. 157.

¹⁴ Article L. 2312-2 du code de la défense.

– un député, désigné pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale ;

– et un sénateur, désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat.

Tous les membres sont inamovibles et leur mandat, dont la durée est de six ans pour les non-parlementaires, n'est pas renouvelable.

Par ailleurs, le législateur a entendu garantir l'autonomie de gestion administrative et financière de la CCSDN¹⁵.

* Le rôle de la CCSDN dans la déclassification d'informations protégées

Lorsqu'une juridiction française présente une demande motivée tendant à la déclassification et à la communication d'informations protégées, l'autorité administrative en charge de la classification saisit sans délai la CCSDN, qui ne peut donc ni s'autosaisir ni être saisie par le justiciable ou son représentant. La CCSDN rend un avis en prenant « *en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels* »¹⁶. À cette fin, son président peut mener toutes les investigations utiles et les membres de cette même commission peuvent accéder à l'ensemble des informations classifiées¹⁷.

Dans un délai de deux mois à compter de sa saisine¹⁸, la commission est tenue d'émettre son avis, qui peut être favorable à la déclassification demandée, favorable à une déclassification partielle ou défavorable. Elle adresse son avis à l'autorité administrative classificatrice qui conserve toute latitude pour prendre sa décision.

Dans le délai de quinze jours à compter de la réception de l'avis ou à l'expiration du délai de deux mois à compter de la saisine de la commission, l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction intéressée¹⁹. Le sens de l'avis, non motivé, est rendu public par

¹⁵ Article L. 2312-3 du code de la défense.

¹⁶ Article L. 2312-7 du code de la défense.

¹⁷ Article L. 2312-5 du code de la défense.

¹⁸ En moyenne, l'avis est rendu environ un mois après la saisine (*Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale 2007-2010*, Paris, La documentation française, 2010, p. 51).

¹⁹ Article L. 2312-8 du code de la défense.

publication au *Journal officiel*²⁰. En pratique, dans la quasi-totalité des cas, les avis de la CCSDN sont suivis par l'autorité administrative²¹.

* Le rôle de la CCSDN dans la déclassification temporaire de lieux protégés

Depuis la LPM du 23 juillet 2009, l'article L. 2312-1, alinéa 3, du code de la défense prévoit que « *le président de la CCSDN ou son représentant, membre de la commission, est chargé de donner, à la suite d'une demande d'un magistrat, un avis sur la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux ayant fait l'objet d'une classification* ».

L'article L. 2312-4 du même code organise les conditions dans lesquelles un magistrat peut demander la déclassification temporaire des lieux protégés au titre du secret de la défense nationale, afin d'y effectuer des perquisitions. Le magistrat présente sa demande directement auprès du président de la CCSDN et non par le truchement de l'autorité classificatrice comme dans les autres cas. La CCSDN fait connaître son avis à l'autorité classificatrice dans les conditions prévues à l'article 56-4 du CPP, qui seront analysées ci-après.

L'article L. 2312-7-1 détermine les modalités d'élaboration de l'avis du président de la CCSDN. Comme en matière de déclassification des informations, cet avis, qui prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels, peut être favorable, favorable à la déclassification partielle ou défavorable.

* Le rôle de la CCSDN concernant les éléments saisis et placés sous scellés à l'occasion des perquisitions

L'article L. 2312-5 du code de la défense détermine les modalités particulières d'ouverture des scellés des éléments saisis à l'occasion d'une perquisition réalisée en vertu de l'article 56-4 du CPP. À ce titre, la commission ou, sur délégation de celle-ci, son président, est habilitée à procéder à l'ouverture des scellés des éléments classifiés qui lui sont remis. La commission en fait mention dans son procès-verbal de séance. Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission lors de la transmission de son avis.

²⁰ *Ibid.*

²¹ En 2007, sur 20 avis, 18 ont été suivis et 2 n'ont pas été suivis. En 2008, sur 18 avis, 17 ont été intégralement suivis et 1 n'a pas été suivi. En 2009, sur 19 avis, 17 ont été intégralement suivis, 1 n'a pas été suivi, auxquels s'ajoute 1 avis de non-lieu. Pour le premier semestre 2010, les 4 avis rendus ont été suivis (rapport précité, pp. 65-71).

C. – L'article 56-4 du code de procédure pénale

L'article 56-4 a été inséré dans le CPP par l'article 11 de la LPM du 29 juillet 2009 précitée, à la suite des dispositions encadrant les perquisitions dans le cabinet d'un avocat (article 56-1), dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle (article 56-2) et dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier (article 56-3). Il n'avait pas déjà été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Dans un avis en date du 5 avril 2007²², le Conseil d'État avait souligné que « *le législateur n'a édicté aucune règle particulière de procédure²³ permettant, s'agissant de l'entrée dans les lieux où peut intervenir l'autorité judiciaire et où peuvent se trouver des informations couvertes par le secret de la défense nationale, de concilier les objectifs constitutionnels* » de « *recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* ». Par ailleurs, il relevait l'absence de certitude sur le régime juridique applicable en cas de prise de connaissance, par le juge ou les officiers de police judiciaire délégués par lui, de documents classifiés dont ils ne peuvent savoir, avant d'en avoir obtenu la déclassification après avis de la CCSDN, s'ils sont utiles à l'instruction. Dès lors, une intervention législative semblait « *indispensable* ».

L'article 56-4 du CPP fixe, à peine de nullité, les modalités des perquisitions en matière de secret de la défense nationale en confiant un nouveau rôle au président de la CCSDN. Trois hypothèses sont à distinguer.

– La première hypothèse concerne la perquisition qui se déroule dans un lieu précisément identifié et déclaré à la CCSDN, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État²⁴, la liste de ces lieux est établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre²⁵. Cette liste est transmise au ministre de la justice qui en assure un accès sécurisé afin de préserver sa confidentialité et de permettre à chaque magistrat de vérifier si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure dans cette liste²⁶.

²² Conseil d'État, assemblée générale, avis du 5 avril 2007, n° 374120.

²³ À l'exception des enceintes militaires puisqu'en vertu de l'article 698-3 du CPP, leur accès est subordonné à une réquisition adressée par le juge à l'autorité militaire.

²⁴ Décret n° 2010-678 du 21 juin 2010 relatif à la protection du secret de la défense nationale.

²⁵ Il s'agit d'un arrêté du Premier ministre pris sur proposition des ministres intéressés : article R. 2311-9-1 du code de la défense.

²⁶ Article R. 2311-9-1 du code de la défense.

Cette liste qui est régulièrement actualisée n'est pas publiée²⁷. La réponse du secrétariat général du Gouvernement à la mesure d'instruction diligentée par le Conseil constitutionnel fait apparaître en particulier que cette liste recense 3 639 lieux et précise que « *ces lieux sont désignés de manière précise, avec l'indication, chaque fois que c'est nécessaire pour éviter toute ambiguïté, de la localisation exacte de la pièce concernée dans un bâtiment situé à une adresse précise* »²⁸. En pratique, sont essentiellement visés « *des bureaux administratifs dans lesquels sont conservés des documents classifiés au sein des préfetures, des brigades de gendarmerie, des services d'archives. Il peut s'agir également de lieux situés à l'intérieur d'entreprises travaillant pour la défense, notamment en matière d'armement ou de recherche* »²⁹.

Le magistrat vérifie que le lieu qu'il entend perquisitionner figure sur cette liste. Si tel est le cas, ce dernier indique, par une décision écrite adressée au président de la CCSDN, les informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Sans délai, le président de la CCSDN ou, à défaut, l'un de ses représentants se transporte sur les lieux, la perquisition ne pouvant en effet être réalisée que par un magistrat et en leur présence. Au commencement de la perquisition, le magistrat porte à la connaissance du président ou de son représentant, du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu, la nature de l'infraction ou des infractions relatives aux investigations, les raisons justifiant la perquisition, son objet et les lieux qu'elle vise. Seul le président de la CCSDN peut prendre connaissance des éléments classifiés découverts et sélectionner ceux qui peuvent être utiles à la justice. Parmi ces éléments, le magistrat ne peut décider de saisir que ceux qui se rapportent aux infractions sur lesquelles portent les investigations.

Ces éléments classifiés sont alors placés sous scellés. Ils sont remis ou transmis au président de la CCSDN afin qu'il en assure la garde. Les opérations relatives aux éléments classifiés font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint à la procédure. Le traitement de déclassification s'effectue conformément à la procédure de l'article L. 2312-4 du code de la défense (consultation de la CCSDN dans le cadre d'une demande de déclassification et de communication d'informations classifiées).

– La deuxième hypothèse concerne la perquisition qui se déroule dans un lieu qui se révèle abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

²⁷ Arrêté du 3 mai 2011 modifiant l'arrêté du 21 juin 2010 fixant en application de l'article R. 2311-9-1 du code de la défense la liste des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

²⁸ Observations complémentaires produites par le Premier ministre à la demande du Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction, enregistrées le 14 octobre 2011.

²⁹ Observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 29 septembre 2011.

Est ainsi envisagée la possibilité pour un enquêteur ou un magistrat de découvrir de manière fortuite des éléments protégés par le secret de la défense nationale à l'occasion d'une perquisition dans un lieu qui n'est pas inscrit sur la liste comme abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale (première hypothèse), ni classifié (troisième hypothèse). Le magistrat présent sur le lieu ou immédiatement avisé par l'officier de police judiciaire (OPJ) en informe le président de la CCSDN. Sans en prendre connaissance, le magistrat ou l'OPJ place sous scellés les éléments découverts pour transmission au président de la CCSDN. Comme dans l'hypothèse précédente, les opérations relatives aux éléments classifiés font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint à la procédure. La déclassification et la communication de ces éléments sous scellés relèvent de la procédure classique prévue par les dispositions de l'article L. 2312-4 du code de la défense.

– La troisième hypothèse concerne la perquisition qui se déroule dans un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale.

Auprès de la CCSDN, le magistrat vérifie que le lieu qu'il entend perquisitionner fait l'objet d'une mesure de classification. La procédure est alors profondément différente de celle applicable aux perquisitions dans les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale précisément identifiés et déclarés à la CCSDN (première hypothèse). En effet, doit alors intervenir une décision préalable de déclassification temporaire du lieu. À cette fin, le président de la CCSDN est saisi d'une demande écrite et motivée du magistrat indiquant « *la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, ainsi que le lieu visé* »³⁰. Le président de la CCSDN fait connaître (sans délai) son avis à l'autorité administrative compétente sur la déclassification temporaire, totale ou partielle, du lieu qui à son tour prend sa décision (également sans délai).

II. – L'examen de constitutionnalité

A. – Les griefs

Selon les requérants, les articles 413-9 à 413-12 du code pénal, L. 2311-1 à L. 2311-8 du code de la défense et 56-4 du CPP auraient méconnu le droit à un procès équitable et le principe de la séparation des pouvoirs figurant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Plus précisément, deux séries de griefs ont été soulevées.

³⁰ Article 56-4 III du CPP.

Selon une première série de griefs, en privant le juge du pouvoir et des moyens d'apprécier l'intégralité des éléments déterminants pour l'issue du procès et en ne prévoyant pas de recours juridictionnel permettant à un juge de porter une appréciation sur la nature des informations classifiées, le législateur aurait méconnu l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Selon une seconde série de griefs, en admettant que tous les éléments de preuve qui se trouvent dans les lieux classifiés bénéficient de la protection du secret de la défense nationale et en subordonnant les perquisitions dans ces lieux à une autorisation de l'autorité administrative sans qu'aucun contrôle juridictionnel ne puisse s'exercer sur la décision refusant au magistrat d'accéder à ces lieux, le législateur aurait méconnu l'article 16 de la Déclaration de 1789.

B. – Les normes constitutionnelles applicables

Pour procéder au contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives critiquées, le Conseil constitutionnel a précisé les normes constitutionnelles applicables.

D'une part, après avoir rappelé les dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et de l'article 20, alinéa 1^{er}, de la Constitution et indiqué qu'en vertu de l'article 5 de la Constitution, le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire, le Conseil constitutionnel juge, pour la première fois, que « *le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement* ».

D'autre part, et dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel considère que l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement³¹, ainsi que le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable³². En outre, au titre des normes constitutionnelles applicables, la mobilisation de l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur

³¹ En ce sens, décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 33.

³² Décisions n°s 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*, cons. 7 ; 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G. (Amende forfaitaire et droit au recours)*, cons. 3.

constitutionnelle, est classique³³. Elle s'explique par les dispositifs de police judiciaire en présence³⁴ et, en particulier, les perquisitions définies par l'article 56-4 du CPP.

Dans la présente espèce, le principe de la séparation des pouvoirs apparaît donc sous deux aspects : il permet à l'autorité judiciaire d'accomplir sa mission et il s'applique à l'égard du pouvoir exécutif.

S'agissant en particulier de la protection du secret de la défense, celle-ci répond à un intérêt public et constitue une préoccupation commune à toutes les démocraties³⁵, comme en atteste sa présence en droit international³⁶. Ce secret est protégé dans la plupart des législations étrangères³⁷.

En France, le Conseil constitutionnel a rarement eu l'occasion de statuer sur le secret de la défense nationale. À deux reprises, saisi de dispositions relatives aux pouvoirs des commissions parlementaires, il a jugé que le fait que ces pouvoirs s'exercent sous réserve du secret de la défense nationale (mais aussi d'autres secrets comme le secret professionnel³⁸ ou le secret médical³⁹) n'est contraire à aucune exigence constitutionnelle⁴⁰. Si le Conseil a ainsi déjà reconnu la possibilité d'opposer le secret au pouvoir législatif, il n'a pas eu à connaître de son opposition à l'autorité judiciaire. En l'espèce, le Conseil constitutionnel indique que « *le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, réaffirmés par la Charte de l'environnement, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire* ». En d'autres termes, après avoir rappelé, d'une part, les dispositions des articles 5 et 20 de la Constitution et, d'autre part, que l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement, le Conseil constitutionnel a précisé que le secret de la défense nationale trouve son assise constitutionnelle *via* les

³³ Décisions n^{os} 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F. (Mise à la disposition de la justice)*, cons. 4 ; 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 56.

³⁴ Pour une approche doctrinale sur ce point, Marc-Antoine Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 138, 2011, pp. 71 et s.

³⁵ Étude de législation comparée n^o 35, *Le secret de la défense nationale devant le juge*, Sénat, Service des affaires européennes, 1^{er} février 1998.

³⁶ Voir notamment : article 49 du statut de la Cour internationale de justice ; article 296 du traité sur l'Union européenne ; article 72 du statut de Rome de la Cour pénale internationale.

³⁷ Étude de législation comparée précitée.

³⁸ Décision n^o 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5 et 7.

³⁹ Décision n^o 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 100.

⁴⁰ Décisions n^{os} 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 87 et 100 ; 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5 et 7.

« *intérêts fondamentaux de la Nation* »⁴¹ qui ont été réaffirmés au sein de la Constitution à la faveur de la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005⁴².

En vertu de l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens, la détermination des crimes et délits, ainsi que les peines qui leur sont applicables et la procédure pénale. À ce titre, tant le principe de la séparation des pouvoirs que l'existence d'autres exigences constitutionnelles contradictoires lui imposent d'assurer une conciliation qui ne soit pas déséquilibrée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que la recherche des auteurs d'infractions et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation.

C. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Pour vérifier si la conciliation entre les exigences constitutionnelles applicables n'est pas déséquilibrée, le Conseil constitutionnel a contrôlé, d'abord, les dispositions relatives aux informations classifiées au titre du secret de la défense nationale⁴³ et, ensuite, celles relatives aux lieux classifiés⁴⁴.

1. – Les dispositions relatives aux informations classifiées au titre du secret de la défense nationale

a) La procédure de déclassification et de communication des informations classifiées

Dans sa décision du 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé la procédure de déclassification et de communication des informations classifiées.

⁴¹ L'article 410-1 du code pénal dispose : « *Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel.* »

⁴² Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement : le peuple français considère « *que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation* ».

⁴³ Il s'agit d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal.

⁴⁴ Il s'agit de lieux ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9-1 du code pénal.

En ce sens, le code pénal définit le secret de la défense nationale et réprime ses violations. Quant au code de la défense, il organise la procédure de déclassification et de communication des informations classifiées par l'autorité administrative compétente. Il prévoit que, lorsqu'une juridiction présente une demande motivée tendant à la déclassification et à la communication d'informations protégées à l'autorité administrative en charge de la classification, cette dernière saisit sans délai la CCSDN. Cette commission émet un avis dans les deux mois à compter de sa saisine en prenant en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France, ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. À cette fin, le président de la commission peut mener toutes investigations utiles et les membres de cette même commission peuvent accéder à l'ensemble des informations classifiées. L'avis dont le sens peut être favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable est adressé à l'autorité administrative. Dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'avis ou à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la saisine de la commission, l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction intéressée. En outre, le sens de cet avis est publié au *Journal officiel* de la République française.

Cette procédure fait donc intervenir la CCSDN qualifiée par le législateur d'« *autorité administrative indépendante* »⁴⁵. Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, le législateur lui a conféré de nombreuses garanties d'indépendance (en particulier, sa composition, la non-révocation de ses membres, le principe du non-renouvellement des mandats de ses membres, son autonomie de gestion administrative et financière, ainsi que l'interdiction pour les ministres, autorités publiques et agents publics de s'opposer à son action).

En raison de ces garanties d'indépendance ainsi que des conditions et de la procédure de déclassification et de communication des informations classifiées, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles applicables, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée. Il en résulte qu'ont été déclarées conformes à la Constitution les dispositions de l'article L. 2311-1, des premier et deuxième alinéas de l'article L. 2312-1, des articles L. 2312-2 et L. 2312-3, des premier au troisième alinéas de l'article L. 2312-4, de l'article L. 2312-5 et des articles L. 2312-6, L. 2312-7 et L. 2312-8 du code de la défense, ainsi que les dispositions des articles 413-9, 413-10, 413-11 et 413-12 du code pénal.

⁴⁵ Article L. 2312-1 du code de la défense.

b) *L'accès aux informations classifiées à l'occasion de perquisitions*

* Les perquisitions dans les lieux précisément identifiés comme abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale

Le paragraphe I de l'article 56-4 du CPP définit les règles de perquisition dans les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale. Le Conseil constitutionnel a précisé la procédure de ces perquisitions. En l'espèce, le Premier ministre détermine de façon limitative les lieux précisément identifiés abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale. Cette liste, régulièrement actualisée, est communiquée à la CCSDN ainsi qu'au ministre chargé de la justice, qui la rendent accessible de façon sécurisée à tout magistrat intéressé. Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, il ressort des travaux parlementaires que, par l'expression « *lieu précisément identifié* », le législateur a entendu que ne soit pas désigné un bâtiment dans son ensemble ou une catégorie de locaux mais une pièce clairement déterminée. Le Conseil constitutionnel a souligné que la perquisition envisagée dans un tel lieu n'est subordonnée à aucune autorisation préalable. En outre, le fait de dissimuler des informations non classifiées, en tentant de les faire bénéficier de la protection attachée au secret de la défense nationale, est pénalement réprimé.

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel a jugé que, si le législateur a subordonné la perquisition d'un magistrat dans un lieu précisément identifié comme abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale à la présence du président de la commission ou de son représentant et a écarté la possibilité pour ce magistrat de prendre connaissance des éléments classifiés découverts sur les lieux, il a cependant assorti la procédure de perquisition de garanties de nature à assurer, entre les exigences constitutionnelles applicables, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée. Par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article 56-4 du CPP ont été déclarées conformes à la Constitution.

* Les perquisitions dans les lieux se révélant abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale

Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel, le paragraphe II de l'article 56-4 du CPP définit le régime juridique des perquisitions au cours desquelles des éléments protégés par le secret de la défense nationale sont incidemment découverts. En pareille hypothèse, le magistrat présent ou immédiatement avisé par l'officier de police judiciaire en informe le président de la commission. Sans en prendre connaissance, le magistrat ou l'OPJ qui les a découverts place sous

scellés les éléments classifiés et les remet ou les transmet, par tout moyen, au président de la commission chargé d'en assurer la garde. Un procès-verbal, qui n'est pas joint à la procédure, est rédigé pour rendre compte des opérations relatives aux éléments classifiés. Seule la commission, ou sur délégation de celle-ci son président, est habilitée à procéder à l'ouverture des scellés des éléments classifiés qui lui sont remis. En pareil cas, la commission en fait mention dans son procès-verbal de séance. Enfin, les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission lors de la transmission de son avis.

Le Conseil constitutionnel a jugé qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les perquisitions dans les lieux se révélant abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale s'accompagnent des garanties appropriées permettant d'assurer, entre les exigences constitutionnelles applicables, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée. Par suite, il a déclaré les dispositions du paragraphe II de l'article 56-4 du CPP conformes à la Constitution.

2. – Les règles relatives aux lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a énoncé les règles relatives aux lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale. L'article 413-9-1 du code pénal autorise la classification des lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale. La décision de classification est prise pour une durée de cinq ans. L'arrêté de classification du Premier ministre est publié au *Journal officiel*, après avis de la CCSDN. Les articles 413-10-1 et 413-11-1 du code pénal répriment la violation de ces dispositions relatives aux lieux classifiés.

Le paragraphe III de l'article 56-4 du CPP prévoit que la perquisition dans un lieu classifié est subordonnée à une décision de déclassification temporaire du lieu. Après une demande de déclassification temporaire formulée de manière écrite et motivée par le magistrat et un avis du président de la CCSDN, l'autorité administrative compétente est libre d'autoriser ou non la perquisition.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a relevé que la classification d'un lieu a ainsi pour effet de soustraire une zone géographique définie aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire. En d'autres termes, elle subordonne l'exercice de ces pouvoirs d'investigation à une décision administrative. Elle conduit à ce que tous les éléments de preuve, quels qu'ils soient, présents dans ces lieux lui soient inaccessibles tant que cette autorisation n'a pas été délivrée.

Par suite, le Conseil a jugé qu'en autorisant la classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale et en subordonnant l'accès du magistrat aux fins de perquisition de ces mêmes lieux à une déclassification temporaire, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles applicables, une conciliation qui est déséquilibrée. Il a donc censuré les dispositions du paragraphe III de l'article 56-4 du CPP, celles des articles 413-9-1, 413-10-1 et 413-11-1 du code pénal, celles du troisième alinéa de l'article L. 2312-1, du quatrième alinéa de l'article L. 2312-4, celles de l'article L. 2312-7-1 du code de la défense, ainsi que, par voie de conséquence, les mots : « *et d'accéder à tout lieu classifié* » figurant au deuxième alinéa de l'article L. 2312-5 du même code.

Afin de permettre à l'autorité administrative de tirer les conséquences de l'abrogation de la notion de lieux classifiés et, notamment, d'apprécier s'il y a lieu de faire figurer les lieux qui faisaient l'objet d'une classification sur la liste prévue par le paragraphe I de l'article 56-4 du CPP, le Conseil constitutionnel a reporté la date de cette déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} décembre 2011.