

Secret de la défense nationale

**Circulaire de la DACG n° CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008
relative au secret de la défense nationale**

NOR : JUSD0800121C

Textes source :

Articles 413-5, 413-7, 413-9 à 413-12, R. 413-3 et R. 644-1 du code pénal ;
Articles 56, alinéa 4, 81, 94, 97, alinéa 3, et 698-3 du code de procédure pénale ;
Loi n° 98-568 du 8 juillet 1998 portant création de la CCSDN ;
Articles L. 2311-1 et suivants du code de la défense ;
Instruction générale interministérielle 1300 du 25 août 2003 relative à la protection du secret de la défense nationale

Texte abrogé : circulaire CRIM 2004-18 G1, NOR : JUSD0430227C, du 15 novembre 2004 relative au secret de la défense nationale.

Annexes :

Avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007 (non publié) ;
Instruction générale interministérielle 1300 du 25 août 2003 (non publiée).

La garde des Sceaux, ministre de la Justice, à Mesdames et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel ; Mesdames et Messieurs les procureurs de la République près les tribunaux de grande instance (pour attribution) et à Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel ; Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux de grande instance ; Monsieur le représentant national auprès d'Eurojust (pour information)

La protection du secret de la défense nationale a pour objectif d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation dans les domaines de la défense, de la sécurité intérieure et de la protection des activités économiques et du patrimoine de la France.

Afin d'encadrer les conditions dans lesquelles un ministre peut autoriser ou refuser la déclassification d'un secret de la défense nationale demandée par une juridiction française, la loi du 8 juillet 1998 a créé un organisme consultatif indépendant, la commission consultative du secret de la défense nationale. Les dispositions de cette loi ont été codifiées dans les articles L. 2311-1 à L. 2312-8 du code de la défense.

Dans ses rapports d'activité, cette commission a rappelé les règles qui régissent le secret de la défense nationale et souligné les principales difficultés rencontrées dans l'exercice de sa mission.

La présente circulaire a pour objet de rappeler les règles générales applicables au secret de la défense nationale (I), le rôle et le fonctionnement de la commission consultative du secret de la défense nationale (II), les règles de présentation des demandes de déclassification (III) et enfin les modalités devant être mises en œuvre afin de sélectionner les éléments classifiés devant être transmis à la CCSDN (IV).

I. – RÈGLES RELATIVES AU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

L'article 413-9 du code pénal dispose que présentent un caractère de secret de la défense nationale les « renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion », qui sont, dans la présente circulaire, dénommés « éléments classifiés ». Le Premier ministre est l'autorité compétente pour définir les critères et les modalités des éléments classifiés « Très secret défense » qui concernent les priorités gouvernementales majeures de défense. La classification des autres éléments est de la seule responsabilité de chaque ministre, à l'intérieur de son département ministériel.

La décision de classification est matérialisée par l'apposition de tampons ou de marquages destinés à traduire un niveau de classification « Très secret défense » « Secret défense » ou « Confidentiel défense ».

Les éléments classifiés peuvent être émis par d'autres autorités que des autorités administratives françaises. Il existe en effet des accords de sécurité liant la France à des Etats étrangers et des réglementations internationales qui permettent de classer des éléments émis par des organisations internationales. Il s'agit, notamment, de l'accord de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) pour la sécurité de l'information du 6 mars 1997, signé le 13 octobre 1997 par la France et en vigueur depuis le 25 avril 2001, du manuel « Politique de sécurité » C-M (2002)49 du 17 juin 2002, et de l'instruction 2100 d'application du règlement de sécurité du 19 mars 2001 du Conseil de l'Union européenne et du règlement de sécurité du 29 novembre 2001 de la Commission de l'Union européenne.

L'accès à ces éléments est limité aux seules personnes habilitées qui justifient du « besoin d'en connaître ». Ce besoin, « lié aux fonctions exercées », est apprécié par « l'autorité hiérarchique compétente » (art. 10 de l'instruction générale interministérielle 1300 annexée à l'arrêté du 25 août 2003 (1)).

Une personne habilitée ne peut être déliée de ses obligations contractées au titre de son habilitation. Elle ne peut donc déposer devant un magistrat ou un tribunal en révélant des éléments classifiés. Il est inutile de demander à une autorité administrative d'autoriser l'un de ses agents à venir déposer au sujet d'un élément resté classifié. Il est nécessaire d'en demander, au préalable, la déclassification, afin que l'agent puisse s'exprimer dans le cadre d'une procédure judiciaire sur le contenu de cet élément déclassifié et versé au dossier de la procédure.

II. – RÔLE ET FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Saisie à la demande de l'autorité judiciaire par le ministre en charge de la classification, la commission consultative du secret de la défense nationale est une autorité administrative indépendante « chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal, à l'exclusion des informations dont les règles de classification ne relèvent pas des seules autorités françaises » (art. L. 2312-1 du code de la défense).

Elle est composée, d'une part, d'un membre du Conseil d'Etat, d'un magistrat de la Cour de cassation et d'un magistrat de la Cour des comptes, nommés par le Président de la République à partir d'une liste de six noms établie conjointement par les trois chefs de Cour et, d'autre part, d'un député et d'un sénateur.

Le mandat des premiers est de six ans, non renouvelable, celui des seconds suit le sort des assemblées et de leur renouvellement.

Le législateur a souhaité ce panachage afin de garantir la compétence, l'indépendance et l'impartialité de la Commission.

Les pouvoirs de la commission sont doublement limités :

- d'une part, l'article L. 2312-1 du code de la défense dispose que l'avis de la commission consultative du secret de la défense nationale est rendu à la suite de la demande d'une juridiction française. Il en résulte que la commission ne peut être saisie de demandes émanant d'une juridiction étrangère ou d'un juge français agissant en exécution d'une commission rogatoire internationale ;
- d'autre part, le ministre ne peut déclassifier que des éléments classifiés par ses propres services. Il ne peut donc saisir la commission d'éléments classifiés par des autorités étrangères ou des organismes internationaux comme l'OTAN ou l'Union européenne. Il appartient donc au tribunal ou au magistrat de s'adresser à l'instance exécutive de ces organismes. Dans la pratique, le ministre concerné peut solliciter cette autorisation à la demande du magistrat.

La commission a accès à l'ensemble des éléments classifiés. Son président peut, en outre, mener toutes investigations utiles. Les ministres, les autorités publiques, les agents publics ne peuvent par conséquent s'opposer à l'action de la commission pour quelque motif que ce soit et doivent prendre toutes mesures utiles pour la faciliter.

A ce titre, le président de la CCSDN peut demander un inventaire des pièces dont la déclassification est sollicitée afin de vérifier que tous les éléments nécessaires lui ont été communiqués.

Par conséquent, un exemplaire du procès-verbal d'inventaire, sur lequel le nom des personnes mises en examen aura été ôté, doit être communiqué par le magistrat au ministère en charge de la classification qui la communiquera au président de la commission. Il sera également communiqué au gardien des scellés en cas de saisies.

La commission se fonde sur plusieurs critères pour motiver son avis. L'article L. 2312-7 du code de la défense indique que l'avis prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. L'avis doit être donné dans un délai de deux mois à compter de la saisine de la commission.

Le sens de l'avis peut être favorable à la déclassification demandée, favorable à une déclassification partielle ou défavorable. Dans le délai de quinze jours francs à compter de la réception de l'avis de la commission, « l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées » (art. L. 2312-8 du code de la défense). Le sens de cet avis est publié au *Journal officiel* de la République française.

(1) Instruction 1300 annexée à l'arrêté relatif à la protection du secret de la défense nationale du 25 août 2003, publié au *Journal officiel* du 2 septembre 2003, jointe en annexe 2 à la présente circulaire.

L'avis de la commission est consultatif. Le ministre a donc toute latitude pour ordonner une déclassification malgré un avis défavorable de la commission ou pour refuser la déclassification malgré l'avis favorable de la commission. Il n'a pas à motiver sa décision.

Chaque élément déclassifié est revêtu d'une mention expresse de déclassification précisant la date de la décision du ministre. L'élément déclassifié portant cette mention peut alors être versé au dossier de la procédure et être examiné par le magistrat et les parties.

Il est, par conséquent, important que l'autorité judiciaire vérifie que chaque élément qui lui est transmis comporte la mention de déclassification. Les éléments sont parfois nombreux et il est recommandé que le magistrat ou les officiers de police judiciaire fassent cette vérification et établissent un inventaire des éléments déclassifiés.

La compromission d'un secret protégé non déclassifié expose son auteur à des poursuites sur le fondement des articles 413-10 et 413-11 du code pénal. La compromission est sanctionnable lorsqu'elle est commise par négligence. Le versement au dossier par erreur d'une pièce classifiée peut donc avoir des conséquences pénales.

III. – LA REQUÊTE EN DÉCLASSIFICATION

La requête en vue d'obtenir la déclassification doit être adressée par la juridiction ou par le magistrat qui sollicite la déclassification au ministre qui a procédé à la classification. Elle ne peut être demandée directement à la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il appartient alors au ministre de procéder à des investigations auprès de ses services, afin d'identifier les éléments visés par la demande, puis de les transmettre pour avis à la Commission consultative du secret de la défense nationale.

L'article L. 2312-4 du code de la défense prévoit que le ministre doit saisir sans délai la commission. Cependant le délai de saisine dépend du temps nécessaire à l'identification des éléments demandés. Il a été néanmoins constaté que certaines requêtes visaient imprécisément un ensemble de documents dont la recherche pouvait s'avérer délicate. Il apparaît donc souhaitable que leur identification soit aussi précise que possible.

Le même article exige que la demande du magistrat soit motivée. La commission, dans ses rapports, a regretté que, dans certains cas, les magistrats n'aient pas précisé davantage et mieux la motivation de leur demande.

Cette motivation a, d'abord, pour but de permettre à la commission de contrôler la validité de sa saisine. Elle doit vérifier que les éléments dont la déclassification est sollicitée intéressent effectivement la procédure. Par ailleurs, afin que toutes les pièces classifiées de nature à éclairer la justice soient soumises à l'examen collégial de la commission, la motivation permet de guider les investigations de celle-ci.

La commission a souligné qu'elle avait toujours proposé une déclassification plus large, lorsque les motifs de la demande présentée par le magistrat étaient explicites. Si la demande de saisine de la commission n'a pas à décrire le contexte de la procédure ni à dévoiler des éléments couverts par le secret de l'instruction qui ne sont pas directement utiles à la mission de la commission, il apparaît en revanche important de lui permettre d'apprécier ce qui, dans les documents qui lui seront soumis, relève ou non de la procédure judiciaire, en mettant notamment en évidence les liens entre la procédure judiciaire et la requête présentée.

Certains magistrats ont invoqué le secret de l'instruction pour refuser de motiver explicitement leurs requêtes. Un tel argument n'est pas recevable dès lors que le secret de l'instruction et le secret défense sont deux obligations de nature légale et que la CCSDN a besoin de partager le secret de l'instruction pour la partie strictement en rapport avec sa saisine.

IV. – LES MODALITÉS D'OBTENTION PAR LES MAGISTRATS DES ÉLÉMENTS COUVERTS PAR LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

1. L'usage de la réquisition

Afin d'obtenir les éléments classifiés intéressant la procédure, la réquisition judiciaire, adressée à l'autorité administrative dont relève la classification, aux fins de transmission des éléments utiles à la manifestation de la vérité, est la solution la plus compatible avec le respect des règles concernant le secret de la défense nationale. Elle protège les magistrats et les OPJ, même habilités, de tout risque de compromission. Elle est, d'ailleurs, en pratique fréquemment utilisée par les juges d'instruction (1).

Il existe ainsi deux possibilités :

- soit le magistrat a identifié le ou les éléments classifiés qu'il souhaite se voir communiquer : dans ce cas, il peut adresser directement une demande de déclassification à l'autorité administrative compétente ;

(1) A titre d'exemple, sur 24 demandes de déclassification traitées par le ministère de la défense au cours des années 2005 et 2006 concernant 1 600 documents, seulement trois demandes concernant 100 documents avaient fait l'objet d'une réquisition préalable.

- soit le magistrat souhaite se voir communiquer un certain nombre d'éléments qu'il ne peut identifier avec précision : il a alors la possibilité de faire une réquisition à l'administration concernée, afin que celle-ci procède à la recherche de ces éléments, en fasse le tri et communique au magistrat les éléments qui ne sont pas classifiés. Les éléments classifiés feront ultérieurement l'objet d'une demande de déclassification du magistrat qui entraînera la saisine de la CCSDN.

2. La perquisition

Lorsque le magistrat souhaite procéder à une perquisition aux fins de saisie d'éléments classifiés, il doit au préalable pénétrer dans les zones où sont conservés ces éléments.

2.1. *Le cas des enceintes militaires*

L'enceinte militaire est définie par les articles 413-5 et R. 644-1 du code pénal, comme étant tout terrain, construction, engin ou appareil affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle.

Il n'est possible de pénétrer dans une enceinte militaire que dans le cadre de la procédure prévue par l'article 698-3 du code de procédure pénale. Ainsi, lorsque le procureur de la République, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire sont amenés soit à constater des infractions dans les établissements militaires, soit à rechercher, en ces mêmes lieux, des personnes ou des objets relatifs à ces infractions, ils doivent adresser à l'autorité militaire des réquisitions tendant à obtenir l'entrée dans ces établissements.

Les réquisitions doivent, sauf nécessité, préciser la nature et les motifs des investigations jugées nécessaires. L'autorité militaire est tenue de s'y soumettre et se fait représenter aux opérations.

Néanmoins, le seul respect des prescriptions énoncées par l'article 698-3 du code de procédure pénale ne permet en aucun cas de s'affranchir des exigences légales destinées à assurer le secret de la défense nationale.

2.2. *Le risque de compromission résultant de la seule pénétration dans les zones protégeant des secrets de la défense nationale*

Les règles de conservation et d'accès à des renseignements classifiés sont réglementées par l'instruction interministérielle du 25 août 2003. Cette instruction prévoit notamment que les supports classifiés sont entreposés dans une zone protégée, érigée en « zone réservée » pour les éléments classifiés secret défense ou très secret défense.

Les zones protégées sont, aux termes de l'article R. 413-3 du code pénal, créées par arrêté du ministre ayant déterminé le besoin de protection.

Aux termes de l'article 413-7 du code pénal, le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux ou terrains clos dans lesquels la circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende.

Dans son avis rendu le 5 avril 2007 (*cf.* annexe 1), le Conseil d'Etat a souligné que « la perquisition décidée sur le fondement des dispositions de l'article 94 du code de procédure pénale ne peut toutefois être regardée comme entrant dans le champ d'application de l'incrimination prévue à l'article 413-7 du code pénal » ajoutant que « le juge d'instruction n'a donc pas à solliciter d'autorisation pour pénétrer dans une zone protégée à ce titre. Il lui incombe cependant, lorsqu'il envisage de pénétrer dans une telle zone, de respecter la nécessité impérieuse d'éviter tout risque de compromission du secret de la défense nationale, compromission qui pourrait résulter du seul fait de sa présence dans cette zone, sous peine d'encourir des sanctions pénales qui assurent la protection de ce secret ».

2.3. *Le risque de compromission résultant d'opérations de perquisitions*

L'opération de perquisition elle-même est susceptible d'engager la responsabilité pénale des personnes qui y participent du chef de délit de compromission d'un secret de la défense nationale. En effet, ainsi que l'a rappelé l'avis précité du Conseil d'Etat du 5 avril 2007, non seulement les magistrats n'ont pas qualité pour connaître des secrets de la défense nationale, mais, de plus, la délégation que l'officier de police judiciaire reçoit du juge d'instruction, en vertu des dispositions de l'article 81 du code de procédure pénale, ne saurait lui conférer plus de pouvoirs que ceux que le juge tient de ces dispositions. L'officier de police judiciaire ne saurait, ainsi, selon le Conseil d'Etat, se prévaloir d'une habilitation qui aurait pu lui être conférée par ailleurs par l'autorité administrative, pour connaître de certaines informations classifiées.

Le Conseil d'Etat a souligné qu'il n'existe aucune certitude sur le régime juridique applicable en cas de prise de connaissance de ces documents par l'autorité judiciaire et, notamment, sur l'application des dispositions de l'article 413-11 du code pénal, qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende « le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10, de s'assurer la possession d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale... ».

Au cas où le magistrat procède à une perquisition en vue de saisir et de placer sous scellés des documents classifiés, le risque d'éventuelle compromission, résultant de la prise de connaissance de secrets protégés, ne saurait donc être écarté.

De surcroît, toute personne dépositaire d'éléments couverts par le secret de la défense nationale en est responsable. Elle a le devoir de s'opposer à la communication de ces éléments à une personne non habilitée et ne justifiant pas du besoin d'en connaître sous peine d'être poursuivie du délit de compromission passive prévu à l'article 413-10 du code pénal.

Les opérations de perquisition devront en conséquence se dérouler en étroite concertation avec le représentant de l'autorité administrative dûment habilité.

2.4. Les règles relatives au placement sous scellé d'éléments classifiés

Lors de la perquisition, il sera veillé au respect du principe de continuité du service public, notamment de la continuité des activités en matière de défense nationale, essentielle en matière de protection des intérêts fondamentaux de l'Etat.

Ainsi, il pourra utilement être recouru, en cas de saisie de données sur un support informatique, à la procédure visée aux articles 56 alinéa 4 et 97 alinéa 3 du code de procédure pénale, en plaçant sous main de justice une copie du support plutôt que l'original. A défaut, et quel que soit le support de l'élément classifié, une copie de travail devra être effectuée et laissée à la disposition de l'autorité administrative.

Les scellés, qui mentionnent le niveau de classification des éléments qu'ils concernent, seront conservés « sur place » dans les locaux sécurisés appropriés de l'autorité détentrice, sous la responsabilité d'un agent chargé de la sécurité.

Les copies informatiques et les éditions sur support papier de données protégées devront être effectuées dans le respect des dispositions de l'instruction interministérielle 1300, en présence du représentant de l'autorité administrative.

Si les éléments classifiés sont établis sur support numérique, il devra être veillé particulièrement aux modalités de consultation des données qui peuvent être intégrées à un réseau entièrement classifié. Il en va de même pour la copie du support informatique ou pour l'impression papier des données qui devront être réalisées sur les lieux et selon les modalités de traitement spécifiques à la protection des éléments classifiés.

Les dispositions de la présente circulaire sont de nature à préserver au mieux les exigences à la fois de la manifestation de la vérité et de la préservation du secret attaché à des informations extrêmement sensibles.

Vous voudrez bien me rendre compte des difficultés que vous pourriez rencontrer dans la mise en œuvre des présentes instructions sous le timbre du bureau de la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et le blanchiment.

Pour la garde des Sceaux, ministre de la Justice :
Le directeur des affaires criminelles et des grâces,
JEAN-MARIE HUET