

Le billet

**Politique française au moment du génocide rwandais : les archives politiques sont des archives (presque) [22 juin 2020]
comme les autres.**

Nos sociétés contemporaines sont travaillées d'une manière singulière par la question de la mémoire. « lois mémorielles », « droit à l'oubli », « imprescriptibilité », il suffit de prononcer, ou d'écrire, ces mots pour que surgissent à l'esprit autant de débats, de tensions, qui se sont faits jours au cours des dernières décennies et que l'actualité ravive fréquemment. Pour le juriste, ils évoquent également de nombreuses questions, des solutions discutées ou inabouties. Mais s'il est une chose certaine, c'est que ces enjeux autour de la mémoire obligent le droit à se saisir de nouveaux objets, à réacquiescer des notions ou des techniques anciennes aux évolutions nouvelles, voire à construire de nouveaux concepts.

Il n'est pas étonnant que les archives, et leur droit, soient également travaillées par ces nouveaux enjeux car elles constituent le dépôt de la mémoire des États, de leurs actions et de leur histoire. La constante évolution des textes relatifs au droit des archives, l'évolution de leur statut entre public et privé, les nouveaux usages qui en sont faits au-delà de la communauté des historiens, par les media ou la justice notamment, ont conduit à produire des prises de position fortes des juridictions suprêmes.

C'est ainsi que la Cour Européenne des droits de l'homme à partir de l'arrêt du 14 juillet 2009, *Társaság a Szabadságjogokért c/ Hongrie* (n° 37374/05), a construit un droit d'accès aux documents publics en particulier au profit des organes de presse, sous l'égide de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, en 2017 (décision n° 2017-655 QPC du 15 sept. 2017) a fondé un droit d'accès aux archives sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration des droits de 1789, relatif à l'obligation pour les fonctionnaires publics de rendre compte de leur action.

Ces décisions montrent que la « demande d'archive » dans la société actuelle, excède le périmètre de la recherche historique, même si les historiens demeurent les médiateurs privilégiés de l'accès à ces documents, pour acquérir le caractère d'un mode de contrôle des actions de l'État. Mode de contrôle du passé, certes, mais d'un passé de plus en plus proche bien souvent en résonance avec des débats actuels, concernant des personnes qui peuvent encore être en activité et avec la perspective de possibles actions en justice. S'agissant spécifiquement de la France, ouvertes dans les décennies passées dans le cadre des crimes commis durant l'Occupation, notamment par les procès Papon et Touvier, ces perspectives nouvelles d'usage des archives touchent désormais des sujets beaucoup plus nombreux : décolonisation, rapports franco-algériens, politique extérieure de la France, etc.

C'est justement à l'occasion d'un des aspects les plus controversés de la politique extérieure de la France, le rôle qu'elle a joué au moment du génocide perpétré au Rwanda en 1994 que le Conseil d'État a été amené à ajouter une pierre à l'édifice de la construction de ce nouveau droit des archives (CE 12 juin 2020, n°s 422327, 431026). Encore cette expression ne rend-elle imparfaitement compte de l'aspect essentiellement dynamique de la logique jurisprudentielle inscrite dans cet arrêt, dynamique qui s'inscrit dans trois dimensions : réduction du particularisme du régime de certaines archives, réduction du temps d'inaccessibilité des archives et renforcement du contrôle juridictionnel.

Mais pour analyser ces trois mouvements inscrits dans l'arrêt, il convient liminairement de donner quelques explications sur le cadre juridique singulier des archives de l'ancien Président de la République, François Mitterrand dont la communication était ici sollicitée.

C'était une tradition, sinon un principe fondamental : les archives du chef de l'État, celles du chef du Gouvernement et de ses ministres ne relevaient pas du régime ordinaire des archives : privilège de l'exécutif elles disparaissaient avec la fin des fonctions et les mémoires des hommes politiques arrivant au pouvoir après une alternance sont pleins de ces descriptions de cartons qui emportés par des démanieurs zélés, de ces armoires et coffres vides. Le premier, Valéry Giscard d'Estaing prétendit rompre avec cette tradition mais il le fit dans des conditions qui fixèrent l'orientation du régime juridique de ces archives : en 1979 il signa avec le ministre de la culture un « contrat de dépôt » des archives présidentielles dont une des caractéristiques principales était qu'il fallait l'accord de l'ancien chef de l'État pour pouvoir les consulter, et ce alors même que leurs statuts d'archives publiques étaient simultanément reconnus (sur cette question, v. not, P. Canavaggio et E. Van den Neste, Un bilan de la question des archives politiques en France : de l'approche personnelle à l'approche fonctionnelle, Gazette des archives 2006, n° 204, p. 69).

Le rapport établi par le Président Guy Braibant en 1996 qui préparait une future loi réformant le régime des archives soulignait le caractère singulier de ces protocoles conclus en dehors de toute base législative et recommandait d'en construire le régime juridique dans la loi en projet. C'est ce qui fut fait, dans des conditions assez complexes sur lesquelles il n'est pas utile de revenir ici, pour aboutir à la rédaction d'un article L. 213-4 du Code du patrimoine dont nous nous excusons auprès de nos lecteurs de devoir donner une citation intégrale, mais celle-ci est nécessaire pour la compréhension des enjeux : « *Le versement des documents d'archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement peut être assorti de la signature de la partie versante et l'administration des archives d'un protocole relatif aux conditions de traitement, de conservation, de valorisation ou de communication du fonds versé, pendant la durée des délais prévus à l'article L. 213-2. Les stipulations de ce protocole peuvent également s'appliquer aux documents d'archives publiques émanant des collaborateurs personnels de l'autorité signataire. / Pour l'application de l'article L. 213-3, l'accord de la partie versante requis pour autoriser la consultation ou l'ouverture anticipée du fonds est donné par le signataire du protocole. / Le protocole cesse de plein droit d'avoir effet en cas de décès du signataire et, en tout état de cause, à la date d'expiration des délais prévus à l'article L. 213-2. / Les documents d'archives publiques versés antérieurement à la publication de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives demeurent régis par les protocoles alors signés. Toutefois, les clauses de ces protocoles relatives au mandataire désigné par l'autorité signataire cessent d'être applicables vingt-cinq ans après le décès du signataire. ».*

Cette disposition entérine donc le régime de protocoles conçus comme des contrats, qui portent une dérogation au régime normal des archives publiques, en ce qu'ils nécessitent l'accord « de la partie versante » pour en permettre la communication, et ce jusqu'au décès de cette dernière ou jusqu'à la date à laquelle ces archives ont vocation à devenir communicables de plein droit sur la base des dispositions générales du Code du patrimoine.

S'y ajoute un régime juridique particulier pour les protocoles conclus antérieurement à la loi : ceux-ci ont validé, y compris les clauses qui prévoyaient l'institution d'un « mandataire » qui, pendant les vingt-cinq années suivant le décès de la partie versante se voyait confier le pouvoir d'autorisation, et donc de refus d'autorisation d'accès aux archives.

Le privilège de l'exécutif repose donc sur le fait que pour ces archives politiques, la partie versante peut refuser l'accès à des archives communicables de plein droit et dispose d'une « double clé » pour les archives dont la communication ne peut être obtenue que par dérogation durant un certain délai parce qu'elles contiennent des informations couvertes par divers secrets (vie privée, délibérations du gouvernement, défense nationale, etc.).

En pratique, et c'est de cette manière dont les choses s'étaient déroulées dans l'affaire portée devant le Conseil d'État, lorsqu'une personne demandait à pouvoir accéder à des archives entrant dans l'un ou l'autre de ces cas de figure, les services du ministère de la culture demandaient à la partie versante, et en l'occurrence à son mandataire, s'agissant des archives de François Mitterrand relevant de protocoles conclus antérieurement à la loi de 2008, si elle autorisait cet accès et dans le cas où un refus était opposé, elles notifiaient au demandeur une décision administrative, également de refus, qui avait toutes les caractéristiques d'un acte pris en situation de « compétence liée » par l'effet de la volonté de la partie versante.

Les spécialistes du droit administratif qui ne sont pas versés dans le droit des archives s'étonneront sans doute de la capacité de cette volonté privée à dominer la volonté administrative et de ces contrats, certes désormais prévus par la loi, permettant de déroger au droit commun des archives.

La personne à qui la mandataire du Président Mitterrand refusa la communication des archives de la Présidence de la République relatives à l'attitude de la France durant le génocide perpétré au Rwanda s'en étonna également et, à l'occasion de la contestation de la décision de refus prise par le ministre de la culture, souleva une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre des dispositions de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine.

Dans la décision que nous avons citée au début de ce texte, remarquée sur le plan des principes, le Conseil constitutionnel jugea que « le droit d'accès aux archives publiques » était constitutionnellement protégé sur le fondement de l'article 15 de la déclaration des droits de 1789. Mais en revanche il considéra que les dispositions critiquées menaçaient un équilibre convenable entre l'objectif d'intérêt général de favoriser le versement des archives politiques que permettaient ces protocoles en garantissant à leurs signataires une « clé » de refus de communication et celui de la communicabilité des archives, compte tenu de la limitation dans le temps de la durée de ces protocoles.

S'agissant de la possibilité de contester les décisions de refus de communication liés au refus de la partie versante ou de son mandataire, le Conseil ajoutait « *les dispositions contestées ne privent pas la personne à qui est opposé un refus de consultation du droit de contester cette décision devant le juge. La circonstance que l'autorité administrative ne puisse surmonter l'absence d'accord du signataire du protocole ou, le cas échéant, de son mandataire n'entraîne par elle-même pas d'atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction.* ».

Cette assertion avait laissé coïncider aussi bien la doctrine autorisée des « Commentaires » officiels, puisque le commentaire de ce motif était une stricte reprise du motif lui-même, que les annotateurs de l'arrêt qui ne voyaient pas très bien quel recours effectif pouvait être envisagé si le refus de la partie versante ne pouvait pas être surmonté et que l'administration était en situation de compétence liée.

C'est donc dans cet état que le Conseil d'État était saisi après la déclaration de constitutionnalité du Conseil constitutionnel. Et la décision qu'il a rendue, décision audacieuse et courageuse qui s'inscrit pleinement dans la dynamique d'accès aux archives que nous avons évoquée en commençant, tranche notablement avec la timidité du juge constitutionnel.

La réduction de la particularité du régime juridique des archives politiques

L'arrêt est tout d'abord remarquable en ce qu'il réduit notablement la singularité du régime juridique de ces archives politiques et notamment du pouvoir d'autorisation, et surtout de refus d'autorisation, de la partie versante. En effet l'arrêt fait purement et simplement disparaître la situation de « compétence liée » de l'administration et corrélativement le caractère « purement discrétionnaire » de la décision de la partie versante ou de son mandataire. Il juge que le refus de communication pris par l'administration n'est légal que s'il est « proportionné à la limitation apportée au droit d'accès aux archives publiques » qu'il résulte de l'exécution du protocole.

Décision sur ce point toute en finesse car dans les motifs de la décision du Conseil constitutionnel figurait comme on l'a dit le fait que l'administration ne pouvait pas surmonter le refus de la partie versante, motifs qui lient en principe le Conseil d'État. Mais celui-ci pour neutraliser ce motif passe des questions de constitutionnalité à un contrôle de conventionnalité et juge qu'au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'atteinte portée au droit à l'accès aux informations publiques n'est pas disproportionnée, justement parce que le refus de la partie versante peut-être surmonté par l'administration et doit l'être lorsque le refus de communication n'est pas justifié ou proportionné.

Il faut dire que le Conseil d'État était fortement incité à s'engager dans cette voie par la décision d'irrecevabilité, elle également toute en finesse, rendue par la Cour de Strasbourg quelques jours auparavant (CEDH, *décis.*, 28 mai 2020, *Graner c/ France*, n° 84536/17).

Fort habilement, le requérant avait saisi la Cour après la décision du Conseil constitutionnel, et alors que son recours était pendant devant le Conseil d'État. La clé de l'argumentation reposait sur le fait que, puisque le Conseil constitutionnel avait jugé que le refus de la partie versante ne pouvait pas être surmonté, et que l'administration était en situation de compétence liée, alors le recours contre la décision de l'administration n'était pas un recours « utile » devant le juge administratif, puisqu'il était voué au rejet, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'épuisement des voies de recours internes avant de saisir le juge européen. Ce à quoi la Cour répond que si, il faut bien attendre la décision du Conseil d'État car celle du Conseil constitutionnel ne préjuge en rien de la possibilité pour le juge administratif de statuer au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de construire la possibilité d'un recours effectif. Le message au Conseil d'État était donc clair : ou bien il s'écarterait des motifs de la décision du Conseil constitutionnel ou bien la censure par la Cour menaçait.

On ne peut qu'être fasciné par ce jeu des normes et des juridictions chargées de les mettre en œuvre, mais ce qui est tout à fait clair ici, c'est que la dynamique du droit à l'accessibilité des archives l'a emporté sur la prudente réserve du Conseil constitutionnel et cela montre nettement la force de cette dynamique.

■ La réduction du temps d'inaccessibilité des archives politiques

La conséquence de ce que nous venons d'exposer, s'agissant des protocoles de versement des archives politiques, est que leur portée est réduite à pratiquement rien. Le Conseil d'État, en effet, après avoir fait « sauter » le verrou de la compétence liée de l'administration devait répondre à une deuxième question : Dans quel cas le refus de communication est-il ou non justifié ?

Après des considérations un peu oiseuses sur le « sérieux de la démarche de recherche » du requérant (où l'on apprend qu'un physicien directeur de recherches au CNRS peut légitimement demander à avoir accès aux archives sur la politique française au Rwanda...), le Conseil d'État opère un contrôle sur la nature des risques que pourrait faire peser la communication des archives sur « les intérêts que la loi a entendu protéger », c'est-à-dire ici notamment le secret des délibérations du pouvoir exécutif et la conduite de la politique extérieure. Mais il est remarquable qu'il exerce ce contrôle sur les archives politiques de la même manière qu'il l'exerce sur des archives publiques ordinaires lorsqu'un refus d'accès dérogatoire avant la date de communicabilité de plein droit a été opposé par l'administration. C'est donc dire que, de ce point de vue là, également, la protection particulière des archives politiques a été neutralisée.

Il y a pourtant une bizarrerie qui demeure dans les motifs de la décision et qui est le produit de la rédaction particulièrement alambiquée de la loi. Comme on l'a souligné plus haut, les dispositions de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine prévoient que les protocoles cessent de produire effet « en tout état de cause, à la date d'expiration des délais prévus à l'article L. 213-2 », c'est-à-dire des délais de communication liés à la protection de certains secrets. Mais cette fin des effets du protocole ne vaut que pour ceux signé après la loi. Pour les anciens, en revanche, seul le délai de 25 années suivant le décès du signataire met fin au protocole. De ce fait, le Conseil d'État est obligé de contrôler la proportionnalité de la décision de l'administration alors que pour les nouveaux protocoles il pourra se borner à constater que le délai est écoulé et que de ce fait le régime de la communication de plein droit doit s'appliquer.

Le juriste narquois ne pourra manquer d'ironiser sur le fait que la décision du Conseil d'État intervient 24 ans et six mois après le décès de François Mitterrand alors que le protocole de versement cessera de produire effet dans quelques mois. Mais il se faut garder de l'ironie trop facile car le protocole de versement des archives de son successeur relève également de l'ancien régime (protocole en date du 30 mars 2007), de sorte que les archives sont protégées par celui-ci jusqu'en 2044. La décision du Conseil d'État n'a donc pas seulement une portée symbolique.

■ Le renforcement du contrôle juridictionnel sur les refus de communication

L'arrêt franchit enfin plusieurs étapes dans le renforcement du contrôle juridictionnel des refus de communication d'archives qui ne sont pas communicables de plein droit et pour lesquels une autorisation dite dérogatoire est nécessaire.

En 2011 (CE 29 juin 2011, n° 335072), il avait rudement rejeté une requête dirigée contre un tel refus, se bornant à un contrôle de l'erreur manifeste des décisions de l'administration, n'étant contrôlé en cassation qu'en cas de dénaturation.

Force est de constater que 10 années plus tard un tel contrôle minimal n'est plus de mise : c'est au contraire un contrôle de pleine proportionnalité qui doit être mis en œuvre et qui est soumis au contrôle de la qualification juridique des faits du juge de cassation.

Bien davantage même, le Conseil d'État étend en cette matière l'évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir qu'il avait entrepris par l'arrêt d'assemblée du 19 juillet 2019 (*Association des Américains accidentels*, n° 424216), le conduisant pour apprécier la légalité d'un acte, à se placer non pas classiquement à la date à laquelle celui-ci a été édicté mais, comme en plein contentieux, à la date à laquelle il statue. Cela signifie par conséquent que l'écoulement du temps de la procédure joue en faveur du requérant dans la mesure où l'intensité de l'atteinte aux secrets garantis par la loi s'amenuise voire même disparaît dans le temps. En l'occurrence, la demande initiale ayant été introduite en 2015, les cinq années supplémentaires de mise à distance par rapport au génocide rwandais ont sans doute favorisé la censure de la décision de refus de communication.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du 19 juillet 2019 (*RFDA 2019. 891*), le rapporteur public invitait le Conseil d'État à mener une politique des « petits pas » pour mener à bien cette évolution de l'office du juge pour excès de pouvoir. Le fait que le contentieux du refus de communication des archives soit un des premiers à propos duquel le Conseil d'État procède à cette évolution nous semble tout à fait caractéristique du fait qu'il entend jouer pleinement le jeu de la dynamique de l'accès aux archives politiques, en contournant l'obstacle que semblait y avoir mis le Conseil constitutionnel en 2017.

Il reste cependant dans l'arrêt une « petite musique » qui semble en contrepoint avec l'harmonie générale de l'arrêt. C'est celle de la mention du fait que les archives dont la communication était demandée « n'étaient pas classifiées » ou avaient été « déclassifiées ». C'est ici la problématique du secret de la défense qui est esquissée et on le sentiment que le Conseil d'État aurait pu prendre une décision contraire en présence d'archives classifiées à ce titre. Il serait singulier que cette dynamique de l'accessibilité aux archives soit remise en cause en substituant une protection à un autre : un coup de tampon « secret » est si facile à apposer sur un document, même *a posteriori*. Si l'on conçoit bien que le secret de la défense doit être protégé, c'est à la condition que cette protection ne soit pas un moyen détourné de retrouver une forme de protection des archives politiques. On espère que lorsqu'il sera saisi de questions de cette nature, le Conseil d'État saura poursuivre dans la dynamique du présent arrêt.