

14 Réflexions sur les archives présidentielles à partir du rapport au président de la République sur la France, le Rwanda et le génocide des Tutsi (1990-1994)

Pierre-Olivier RIGAudeau,
docteur en droit, université Paris II Panthéon-Assas

Le rapport de la commission Duclert concernant le rôle joué par la France dans le génocide des Tutsi au Rwanda ne présente pas seulement d'intérêt pour les historiens et pour toutes les parties intéressées. Il constitue un point d'entrée original dans l'étude du présidentielisme sous la V^e République au prisme des archives présidentielles et gouvernementales.

La lecture de ce rapport offre ainsi un prétexte à une réflexion plus générale portant tout à la fois sur l'importance des archives présidentielles et gouvernementales pour la connaissance et l'évaluation de l'action publique et sur le régime juridique propre à ces archives dont l'équilibre est délicat comme en atteste la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme.

1 - Le président de la République a pris appui sur les archives pour résoudre les questions mémorielles et apaiser les relations diplomatiques au sujet de la politique coloniale et étrangère française en Algérie et au Rwanda.

2 - Par une déclaration du 13 septembre 2018, Emmanuel Macron a reconnu la responsabilité de la France et de son armée dans la torture, l'exécution et la disparition du mathématicien Maurice Audin militant pour l'indépendance algérienne. À cette occasion, le président de la République a fait part de son souhait que « toutes les archives de l'État qui concernent les disparus de la guerre d'Algérie puissent être librement consultées et qu'une dérogation générale soit instituée en ce sens »¹. Un arrêté du 9 septembre 2019 concrétise partiellement cette promesse en prescrivant l'ouverture des archives relatives à la disparition de Maurice Audin². Ce geste s'est poursuivi par la remise d'un rapport en janvier 2021 de l'historien Benjamin Stora intitulé « Les questions mémorielles portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie »³. Suivant les préconisations du rapport, le président a, d'une part, reconnu l'assassinat, par la France de l'avocat et nationaliste algérien Ali Boumendjel⁴ et, d'autre part, réaffirmé sa volonté de permettre un accès élargi aux archives algériennes⁵.

3 - Plus encore qu'au sujet de l'Algérie, l'accès aux archives gouvernementales et présidentielles sur le Rwanda a longtemps

constitué un point de blocage dans la normalisation des relations entre la France et le Rwanda en raison du rôle trouble joué par la France dans le génocide Tutsi de 1994. Pour favoriser le rapprochement diplomatique entre ces deux États, Emmanuel Macron n'a pas hésité à endosser la fonction d'archiviste en faisant conduire une vaste étude sur ces archives et en rendant possible leur communication.

4 - En s'appuyant sur les symboles, le président de la République a institué le 5 avril 2019, soit quelques jours avant le vingt-cinquième anniversaire marquant le début du génocide, une commission de recherche dirigée par le professeur Vincent Duclert ayant pour tâche d'élaborer un rapport critique sur le rôle de la France au cours de ces événements à partir d'une consultation de l'ensemble des fonds d'archives des autorités françaises relatifs à la période pré-génocidaire et génocidaire.

5 - Le rapport issu des travaux de la commission de recherche sur les archives françaises relatives au Rwanda et au génocide des Tutsi a été remis au président de la République le 26 mars 2021 et, comme promis par le président, a été immédiatement rendu public⁶. Cette publication est accompagnée d'un geste fort du président de la République longtemps réclamé par les autorités rwandaises, les victimes du génocide et par les chercheurs : l'ouverture, le 7 avril dernier (le 7 avril étant le jour anniversaire retenu pour marquer le début du génocide en 1994 soit le lendemain de l'attentat mené avec succès contre l'avion présidentiel ayant emporté le président Juvénal Habyarimana), des archives françaises relatives au Rwanda et notamment des archives du président François Mitterrand⁷.

6 - La délicatesse du sujet explique l'importance des controverses que la commission Duclert et les conclusions de son rapport n'ont pas manqué de soulever. Sur la forme, d'abord, ceux qui n'en étaient pas n'ont pas manqué de dénoncer l'incompétence et la

1. *Président de la République, Déclaration du Président de la République sur la mort de Maurice Audin*, 13 sept. 2018, consultable sur le site de l'Élysée : www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/09/13/declaration-du-president-de-la-republique-sur-la-mort-de-maurice-audin.

2. A. 9 sept. 2019, portant ouverture des archives relatives à la disparition de Maurice Audin : JO 10 sept. 2019, texte n° 26, n° 0210.

3. Consultable en ligne à l'adresse : www.vie-publique.fr/rapport/278186-rapport-stora-memoire-sur-la-colonisation-et-la-guerre-dalgerie.

4. *Président de la République, Reconnaissance par la France de l'assassinat d'Ali Boumendjel*, 2 mars 2021, consultable sur le site de l'Élysée : www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/03/02/reconnaissance-par-la-france-de-l-assassinat-dali-boumendjel.

5. *Président de la République, Le Président a entendu les demandes de la communauté universitaire pour que soit facilité l'accès aux archives classifiées de plus de cinquante ans, communiqué de presse*, 9 mars 2021, consultable sur le site de l'Élysée : www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/03/09/le-president-a-entendu-les-demandes-de-la-communauté-universitaire-pour-que-soit-facilité-l'accès-aux-archives-classifiées-de-plus-de-cinquante-ans.

6. Consultable en ligne à l'adresse : www.vie-publique.fr/rapport/279186-rapport-duclert-la-france-le-rwanda-et-le-genocide-des-tutsi-1990-1994-après-Rapport-Duclert.

7. A. 6 avr. 2021, portant ouverture d'archives relatives au Rwanda entre 1990 et 1994 : JO 7 avr. 2021, texte n° 9, n° 0082.

partialité des membres de la commission⁸. Sur le fond, l'élaboration des conclusions du rapport a été marquée dans sa dernière ligne droite par des dissensions internes⁹. Malgré ce tumulte, le travail établi par la commission Duclert a globalement été bien reçu¹⁰.

7 - Les conclusions du rapport sont particulièrement sévères. Certes, la commission dément la complicité directe de la France au génocide des Tutsi. N'hésitant pas à aborder de front la question « *la France est-elle pour autant complice du génocide des Tutsi ?* », la commission répond que « *si l'on entend par là une volonté de s'associer à l'entreprise génocidaire, rien dans les archives consultées ne vient le démontrer* ». Loin de se borner à déresponsabiliser les autorités françaises du génocide, la commission établit au contraire « *un ensemble de responsabilités, lourdes et accablantes* ». En résumé, « *la France s'est néanmoins longuement investie au côté d'un régime qui encourageait des massacres racistes. Elle est demeurée aveugle face à la préparation d'un génocide par les éléments les plus radicaux de ce régime. Elle a adopté un schéma binaire opposant d'une part l'ami Hutu incarné par le président Habyarimana, et de l'autre l'ennemi qualifié d'« ougando-tutsi » pour désigner le FPR [Front patriotique rwandais]. Au moment du génocide, elle a tardé à rompre avec le gouvernement intérimaire qui le réalisait et a continué à placer la menace du FPR au sommet de ses préoccupations. Elle a réagi tardivement avec l'opération Turquoise qui a permis de sauver de nombreuses vies, mais non celles de la très grande majorité des Tutsi du Rwanda exterminés dès les premières semaines du génocide* »¹¹.

8 - Plus précisément, ce rapport documente de manière implacable la lourde responsabilité du chef de l'État, François Mitterrand, et des institutions de la présidence de la République (secrétariat général de l'Élysée, état-major particulier) – court-circuitant les procédures en vigueur et les administrations compétentes – dans « *la faillite de la France au Rwanda* »¹².

9 - La postérité et l'historiographie évalueront si les travaux de la commission Duclert et l'ouverture des archives de la France sur le Rwanda contribuent à la connaissance du génocide commis en Rwanda en 1994 et du rôle de la France dans ces événements. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà de leur objet, ces travaux sont éminemment précieux pour qui s'intéresse à l'étude de l'exécutif sous la V^e République et aux relations entre le président, le Gouvernement, l'armée et les administrations. Par un effet de mise en abyme qui met face à face deux présidents, François Mitterrand et Emmanuel Macron, dans leur rapport aux archives et à l'histoire, l'examen des travaux de cette commission souligne l'importance du droit des archives présidentielles – et plus généralement de l'exécutif – pour la compréhension du droit de l'action publique. Le président de la République est la fois un producteur d'archives et, en pratique, l'autorité qui, dans les limites de la loi, décide de leur régime.

10 - D'une part, au présent, l'installation directe de la commission par l'actuel président de la République et l'ouverture, à sa décision, des archives sur le Rwanda illustrent l'implication du président de la République dans la gestion des archives publiques et dans l'utilisation qu'il est possible d'en retirer : sans son intervention, une telle étude n'aurait pu être menée et l'accès aux archives de la France au Rwanda, notamment celles du président Mitterrand, demeurerait semé d'embûches. D'autre part, au passé, les archives sur le Rwanda pour la période 1990-1994, visées par le rapport de la commission Duclert, constituent une source de

premier ordre tant sur la présidence Mitterrand que, plus généralement, sur la nature, les limites et les excès du présidentielisme sous la V^e République en rendant compte des circuits réels de décision et de responsabilité à côté ou en dehors de ceux établis formellement par les textes.

11 - Ces travaux sont au carrefour de nombreux enjeux. La lecture du rapport Duclert offre le prétexte d'une réflexion plus générale, au-delà du seul cadre de ce rapport, portant à la fois sur l'importance et l'utilité des archives présidentielles (et plus largement gouvernementales) pour la connaissance et l'évaluation de l'action publique et sur leur régime juridique. En prenant un peu de recul, le contenu de ce rapport illustre les fonctions constitutionnelles remplies par les archives publiques et notamment présidentielles. En raison de leurs finalités, ces archives doivent faire l'objet d'un régime juridique approprié pour protéger les droits dont elles sont le support. Pourtant, comme en témoignent notamment les difficultés rencontrées par les membres de la commission Duclert et par les chercheurs travaillant sur le génocide des Tutsi au Rwanda, ou, plus récemment encore, le rallongement du délai de communication de certaines archives publiques issu de la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, la mise en œuvre de ce régime est exposée à de nombreuses limites.

1. Les fonctions constitutionnelles des archives présidentielles

12 - L'objet du régime juridique des archives, fixé aux articles L. 211-1 et suivants du Code du patrimoine, est de permettre leur consultation en définissant, notamment pour les archives publiques, les conditions de leur collecte, de leur conservation, de leur protection et l'étendue du droit à leur communication¹³. Dans ce cadre, les archives présidentielles méritent une protection renforcée car elles sont le miroir de l'activité gouvernementale et constituent un instrument de contrôle de premier ordre ce dont témoigne le contenu des archives sur le Rwanda tel qu'il a été révélé par le rapport Duclert mais également la jurisprudence concernant l'accès à ces archives.

A. - Le miroir de l'activité gouvernementale

13 - C'est une vérité de La Palice ; les archives publiques doivent être encadrées et protégées en raison de leur contenu car elles attestent la politique entreprise par leurs auteurs. Plus spécifiquement, les archives de l'exécutif constituent le miroir de l'activité gouvernementale ; elles sont la « *mémoire de l'État* »¹⁴. Cette évidence mérite d'être rappelée pour saisir l'importance des enjeux dont elles sont l'objet. Au cas particulier du Rwanda, le rapport Duclert constitue un objet d'étude de premier ordre. Il donne une lecture inédite de ces archives et en fait ressortir toute la valeur. En outre, l'utilisation faite de ces archives et de ce rapport par l'exécutif transforme ces documents en objet très concret de l'activité gouvernementale.

14 - L'article L. 211-2 du Code du patrimoine expose la finalité classique des archives qu'elles soient d'ailleurs privées ou publiques. Leur conservation, « *organisée dans l'intérêt public* » répond à deux catégories de besoins, l'un juridique et administratif, « *les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées* », l'autre davantage culturel « *pour la documentation historique de la recherche* ».

15 - L'étude des archives du président François Mitterrand et de l'exécutif sur le Rwanda, telle qu'elle est notamment menée par la

8. *Génocide au Rwanda : la bataille des archives entre historiens et militaires français* : Le Monde, 5 avr. 2019.

9. *Marquant son désaccord avec les conclusions de l'étude, le président Christian Vigouroux, conseiller d'État et ancien conseiller et directeur de cabinets de différents gouvernements Mitterrand, a quitté la commission avant son terme.*

10. *France-Rwanda : un pas décisif vers la vérité* : Le Monde, 27 mars 2021.

11. *Rapp. Duclert*, p. 972-973.

12. *Ibid.*, p. 975.

13. *S. Monnier : Régime juridique des archives* : JCl. Communication, fasc. 178 ; LexisNexis, 2020, § 5 s.

14. *S. Monnier, Les archives, une affaire d'État* : RDP 2020, p. 1499, n° 6.

commission Duclert, correspond à cette finalité traditionnelle pour laquelle les archives sont protégées : l'accès à la connaissance et le développement de la recherche. Quoiqu'en lui-même assez commun, ce point est à souligner car l'analyse des archives publiques et notamment politiques est trop souvent l'apanage des seuls historiens alors qu'elles devraient également être exploitées par les juristes tant elles constituent des sources irremplaçables du droit constitutionnel et de l'action publique notamment pour analyser et caractériser « *les manières de faire* » d'un exécutif¹⁵.

16 - Les archives couvertes par le rapport Duclert ne doivent pas être laissées aux seuls historiens et chercheurs intéressés par les questions africaines ou celles de génocide. Déjà, les parties civiles dans les différentes actions judiciaires engagées en France des chefs de crime contre l'humanité et crimes de guerre en raison de l'abstention de l'armée et des responsables français ayant laissé des massacres se commettre impunément s'appuient sur le rapport de la commission Duclert et sur l'ouverture des archives pour demander la relance des investigations¹⁶. Au-delà d'éventuelles actions pénales, tant internes qu'internationales, susceptibles de s'appuyer sur le rapport Duclert ou sur les documents d'archives qu'il met au jour, ce rapport apporte une contribution déterminante et concrète à l'étude du présidentielisme sous la V^e République.

17 - L'intérêt des archives présidentielles et gouvernementales pour l'étude des droits constitutionnel et administratif a déjà été souligné par Olivier Beaud au cas particulier du délit d'offense examiné à travers les archives du général De Gaulle¹⁷. Le rapport Duclert invite à élargir davantage la perspective. Par la richesse de son contenu, il souligne que l'étude des archives présidentielles et gouvernementales est indispensable pour répondre à la lancinante question : quelle est la place et le rôle du président de la République dans le régime politique de la V^e République ?

18 - On ne compte pas les travaux qui pour proposer une réponse à cette interrogation mettent en évidence le caractère lacunaire ou du moins limité de la Constitution – au sens formel – du 4 octobre 1958 et renvoient, aux marges du droit, la détermination du rôle constitutionnel effectif du président sous la V^e République à la pratique constitutionnelle – envisagée cette fois-ci dans une acception matérielle – et à l'étude des rapports de force politique. Il est ainsi aisé de céder à la tentation en rejetant en dehors du droit constitutionnel – c'est-à-dire des rapports de normes juridiques – l'étude de la pratique présidentielle au prétexte qu'exercée en dehors du cadre formel de la Constitution, elle relèverait d'autres disciplines juridiques comme la science politique. Il est vrai qu'il est difficile de proposer une analyse juridique de cette pratique présidentielle en l'absence des matériaux à partir desquels les juristes exercent habituellement leur art à savoir en premier lieu, la jurisprudence et les textes : le président, au moins hors période de cohabitation, est matériellement à l'origine des décisions les plus importantes prises par le Gouvernement et qui formellement relèvent d'autres autorités comme le Premier ministre.

19 - Or, en retraçant les circuits de décision, le rapport Duclert en particulier et les archives publiques et présidentielles en général, fournissent la matière juridique qui permet de consolider en droit la réponse à la question du rôle du président sous la V^e République. En période de concordance des majorités comme en période de cohabitation, ce rapport, solidement argumenté par les archives auxquelles il renvoie, permet d'étayer la critique juridique, parfois un peu éthérée, du présidentielisme sous la V^e République

en s'appuyant sur une série de faits concrets dévoilés par les archives. Ces derniers montrent comment la puissance des facteurs personnels – en l'occurrence le poids politique du président et de son entourage (secrétariat général et état-major particulier) – et la manière dont on se représente le rôle constitutionnel du président permettent de passer au-dessus des règles, institutions et procédures légales pour le malheur de la politique française au Rwanda.

20 - Pour s'en tenir à un seul exemple parmi de nombreux autres (il ne s'agit pas ici de synthétiser le contenu du rapport Duclert), le rapport prouve l'intervention direction de l'état-major particulier du chef de l'État sur le terrain dans la conduite des décisions les plus importantes concernant la présence militaire française au Rwanda. En droit, ce dernier n'a pourtant pas de fonction opérationnelle, en pratique, cet état-major particulier est à l'origine d'une chaîne parallèle de commandement au service direct de l'Élysée ne répondant à aucun contrôle et responsable de nombreuses erreurs d'appréciation en entretenant une vision radicale de la situation rwandaise¹⁸.

21 - Le rapport Duclert et l'ensemble des actes l'ayant accompagné ne sont pas seulement riches d'enseignement pour l'étude du présidentielisme de la période mitterrandienne. Ils le sont également pour la période actuelle. L'exploitation politique par un exécutif des archives publiques est soumise à un grand risque – celui de leur instrumentalisation par la puissance publique. Ce risque est d'ailleurs inhérent à la notion même d'archives qui peuvent aussi bien être exploitées de manière plus ou moins neutre par des chercheurs qu'employée à des fins politiques par un groupe de pression.

22 - L'instauration de la commission Duclert et l'ouverture des archives sur le Rwanda voulues par l'actuel président de la République n'ont ainsi pas tant pour objet de rétablir la « *vérité historique* » sur le rôle de la France dans le génocide des Tutsi – même si elles y contribuent indubitablement – que de servir la politique étrangère du Gouvernement en vue d'un rapprochement diplomatique avec le Rwanda. Il est à souligner que l'annonce de cette commission, l'avancée des travaux et leur suite ont été relayées par de nombreux communiqués de la présidence de la République et sont intervenues à des dates symboliques dans l'histoire du génocide rwandais. Les auteurs du rapport soulignent à ce titre dans leur exposé méthodologique publié aux côtés du rapport qu'ils ont bénéficié d'une très grande accélération de leur demande de déclassification des archives qu'ils analysent eux-mêmes comme « *l'effet de la volonté politique du commanditaire* » du rapport¹⁹.

23 - Concomitamment d'importants échanges et tractations ont eu lieu entre la France et le Rwanda. Le président ne se fait pas archiviste simplement par goût de l'histoire mais, en tant qu'autorité politique, car il espère en tirer un profit dans l'intérêt du pays. À la suite de la publication du rapport et de sa remise aux autorités rwandaises, ces dernières ont écarté la thèse, alors soutenue, de la complicité française dans la participation au génocide²⁰. La reconnaissance par Emmanuel Macron de la responsabilité de la France dans le génocide des Tutsi au Rwanda lors du discours de Kigali du 27 mai 2021, reprenant à son compte les conclusions du rapport Duclert, constitue le point d'orgue de cette diplomatie des archives au service de la construction de nouvelles relations diplomatiques et économiques.

15. B. Montay, *Doctrine des fonctions de l'Exécutif* : thèse dact, Université Paris II Panthéon-Assas, p. 24 s.

16. *En France, les avocats s'emparent du rapport Duclert sur le Rwanda* : Le Monde, 23 avr. 2021.

17. O. Beaud, *Que nous apprennent les archives présidentielles sur la notion d'offense au président de la République ?*, Charles de Gaulle, Archives et histoire, I. Chave, N. Even (dir.) : Publications des Archives nationales, 2016.

18. *V. en particulier la troisième partie du rapport intitulée « Gouverner l'État dans la crise rwandaise » et composée d'un unique chapitre lui-même intitulé « Dérives des institutions, impensé du génocide et liberté républicaine »* : Rapp. Duclert, p. 662 s.

19. *Commission de recherche sur les archives françaises relatives au Rwanda et au génocide des Tutsi, Exposé méthodologique*, 7 avr. 2021, p. 28, consultable à l'adresse : www.vie-publique.fr/rapport/279186-rapport-duclert-la-france-le-rwanda-et-le-genocide-des-tutsi-1990-1994.

20. *Génocide des Tutsi au Rwanda : pour Kigali, « L'État français n'est pas complice »* : Le Monde, 19 avr. 2021.

B. - Le contrôle de l'activité gouvernementale

24 - À partir du cas particulier des archives sur le Rwanda et de la façon dont il en a été rendu compte par les travaux de la commission Duclert, il est aisé de remonter au fondement juridique à l'origine du régime de protection des archives publiques et notamment présidentielles. L'exercice d'actions pénales mises à part, seule l'exploitation approfondie des archives dévoilées à cette occasion permet l'établissement des responsabilités institutionnelles et individuelles dans ce grand échec que fut la politique française au Rwanda des années 1990-1994. Ces travaux sont nécessaires à l'exercice d'un contrôle de l'activité présidentielle et gouvernementale de l'époque Mitterrand relatif à la gestion, par les autorités françaises, du génocide des Tutsi.

25 - L'instauration d'un régime juridique des archives a pour vocation leur préservation en vue de leur communication au public afin que ce dernier puisse notamment évaluer la nature et la pertinence de l'action gouvernementale, étant entendu que l'existence même de ce régime constitue une garantie de transparence.

26 - Ce fondement juridique s'apparente au « *droit de demander compte à tout agent public de son administration* » garanti par l'article 15 de la Déclaration de 1789. En pratique, toutefois, ce fondement est délaissé par le juge administratif qui préfère lui adjoindre le droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette préférence conventionnelle est sans doute un peu artificielle au regard de la pureté des concepts. Le rattachement du droit des archives à la liberté d'expression ne va pas de soi ; il s'explique principalement par une volonté d'émancipation de la part du Conseil d'État par rapport à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il juge trop restrictive pour garantir la finalité du droit des archives à savoir leur ouverture au public. En d'autres termes, le Conseil d'État fait jouer à son profit la concurrence normative des sources constitutionnelles et conventionnelles pour fonder ses décisions sur la norme, constitutionnelle ou conventionnelle, la plus adéquate au regard du contrôle qu'il entend mener²¹.

27 - Cette grille d'analyse ressort des différents contentieux noués autour de la communication des archives du président Mitterrand sur le Rwanda. Avant que l'actuel président de la République ne décide de l'ouverture des archives relatives au Rwanda pour la période 1990-1994, différentes actions avaient été engagées par François Graner pour en obtenir la communication. François Graner est directeur de recherche au CNRS comme physicien. À côté de cette activité professionnelle, il est également un membre très actif de l'association *Survie* qui d'après ses statuts a pour objet de dénoncer « *toutes les formes d'intervention néocoloniale française en Afrique et milite pour une refonte réelle de la politique étrangère de la France en Afrique* ». En lien avec cette association, François Graner a publié divers ouvrages et articles dans lesquels il soutient la thèse de la complicité de la France dans le génocide des Tutsi au Rwanda.

28 - À plusieurs reprises, François Graner a demandé la consultation anticipée des archives de François Mitterrand sur le Rwanda mais n'a obtenu que des réponses partiellement favorables. Il a donc demandé l'annulation du refus de lui communiquer les documents litigieux. À cette occasion, une question prioritaire de constitutionnalité a été intentée contre les dispositions de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine instaurant un régime spécial de protection des archives du président de la République et des membres du Gouvernement. Celui-ci prévoit la conclusion de protocoles entre les parties versantes et l'administration des archives relatives aux conditions de traitement, conservation, valorisation et communication du fonds versé. Deux régimes sont à distinguer selon que les protocoles ont été conclus avant ou après

la publication de la loi du 15 juillet 2008 relative aux archives. Les protocoles postérieurs à la publication de la loi de 2008 cessent 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 spéciaux de communicabilité de certaines archives prévues par l'article L. 213-2 du Code du patrimoine. Les protocoles antérieurs, qui se sont développés, en dehors de tout cadre législatif à partir de la présidence de Valéry Giscard d'Estaing, continuent à produire leurs effets après le décès de la partie versante. À cet effet, ces protocoles prévoyaient l'institution d'un mandataire chargé du contrôle de la gestion des archives et de leur communication anticipée en cas de décès de la partie versante. La loi de 2008 s'est bornée à restreindre la durée de contrôle des archives par le mandataire en la limitant à 25 ans après le décès du signataire mais a maintenu les autres effets des protocoles notamment les clauses relatives aux délais de communicabilité de plein droit des archives. Celles-ci permettent de déroger aux délais de droit de commun fixés par l'article L. 213-2 du Code du patrimoine pour une durée allant de 30 à 60 ans. C'est dans ce cadre que le président François Mitterrand a conclu le 15 février 1995 un protocole concernant les archives relatives à son activité de chef de l'État pendant ses deux septennats pour une durée de 60 ans à compter de sa signature. Cela implique la pleine ouverture des archives présidentielles à l'expiration du délai fixé par le protocole conclu par François Mitterrand soit en 2055.

29 - Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont eu chacun leur lecture de ce régime. Par une décision QPC du 15 septembre 2017, rendue à la demande de François Graner, le Conseil constitutionnel reconnaît l'arrimage constitutionnel du droit d'accès aux archives publiques qu'il fonde sur le seul article 15 de la Déclaration de 1789 et le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration²². Examinant ensuite la constitutionnalité des dispositions relatives aux protocoles de remise d'archives qu'ils soient conclus avant ou après 2008, le Conseil constitutionnel, dans une séance de jugement où siégeaient notamment MM. Laurent Fabius et Lionel Jospin, valide très largement leur constitutionnalité en donnant une faible portée à ce droit d'accès aux archives publiques. Selon lui, les limitations apportées par ces protocoles, notamment s'agissant des règles relatives aux protocoles conclus avant 2008 (dont le protocole François Mitterrand) répondent à un objectif d'intérêt général car le législateur a entendu accorder aux archives de l'exécutif « *une protection particulière [car elles] peuvent comporter des informations susceptibles de relever du secret des délibérations du pouvoir exécutif et, [il a] ainsi, favoriser la conservation et le versement de ces documents* ». En outre, ces restrictions d'accès sont limitées dans le temps.

30 - Devant le Conseil d'État, le débat – toujours porté par François Graner – s'est déplacé en aval du régime de l'accès aux archives faisant l'objet d'un protocole à propos des conditions dans lesquelles il est possible d'obtenir la consultation anticipée de telles archives et de la nature du contrôle du juge en cas de refus. Par une décision d'assemblée du 12 juin 2020, le Conseil d'État juge que l'autorisation de consultation anticipée des archives publiques doit être « *accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, en particulier le secret des délibérations du pouvoir exécutif, la conduite des relations extérieures et les intérêts fondamentaux de l'État dans la conduite de la politique extérieure* »²³. Saisi d'un recours contre un refus de consultation anti-

21. A. Viot-Landais, *Accès aux archives présidentielles : droit d'accès v/ Protocole* : JCP A 2021, 2113, n° 15.

22. *Cons. const.*, 15 sept. 2017, n° 2017-655 QPC : *JurisData* n° 2017-019840 ; JCP A 2017, 2265, M. Verpeaux ; AJDA 2017, p. 2310, B. Quiriny ; *Dr. adm.* 2017, comm. 47, note S. Monnier ; *Constitutions* 2017, p. 599, n° 4, S. Hutier ; *RFD const.* 2018, p. 194, n° 113, T. Disperati ; LPA 2018, n° 98, p. 13, N. Thiébaud.

23. *CE, ass.*, 12 juin 2020, n° 422327, François Graner : *JurisData* n° 2020-007984 ; *Lebon*, p. 214 ; AJDA 2020, p. 1416, *chron.* C. Malverti et C. Beau-fils ; JCP A 2020, 2236, S. Monnier ; JCP G 2020, 994, P. Noual ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 41, p. 34, C. Barrois de Sarigny.

cipée d'archives, notamment lorsque ces archives font l'objet d'un protocole de remise, le juge de l'excès de pouvoir doit exercer un contrôle entier de cette décision et son appréciation est, en cassation, l'objet d'un contrôle de qualification juridique des faits.

31 - En somme, le Conseil d'État va plus loin que le Conseil constitutionnel. Il fournit une interprétation constructive des dispositions de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine, en particulier s'agissant de celles relatives aux protocoles conclus avant 2008 pour que le principe du droit d'accès aux archives publiques ne soit pas vidé de sa substance : l'équilibre du régime mis en place repose sur la possibilité d'une consultation anticipée de ces archives prévue à l'article L. 213-3 du même code. L'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de ces dispositions, fondée sur le seul article 15 de la Déclaration de 1789 et le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration, était insuffisante pour permettre au Conseil d'État de développer son contrôle du refus de consultation anticipée. C'est donc opportunément qu'il s'est appuyé sur l'interprétation extensive du droit à la liberté d'expression donnée par la Cour européenne des droits de l'homme garantie par l'article 10 de la Convention²⁴, lequel implique « la liberté de recevoir et de communiquer des informations », pour donner une portée plus étendue au droit d'accès aux archives publiques.

2. Les difficultés de mise en œuvre du régime des archives présidentielles —

32 - Pour donner une portée plus étendue au droit d'accès aux archives publiques, les auteurs du rapport Duclert préconisent l'adoption d'une « grande loi sur les archives »²⁵. Cette recommandation, faite chemin faisant, n'est pas étouffée par le rapport dont l'objet principal demeure l'analyse de la conduite des autorités françaises dans le génocide des Tutsi au Rwanda. Une telle proposition est à prendre avec circonspection, le régime général des archives publiques pouvant apparaître comme parvenu à maturité. Ce dernier a pour origine la loi du 3 janvier 1979 qui, elle-même, « systématisait pour la première fois » le droit des archives jusqu'alors plus ou moins saisi par le droit et régi par des textes disparates²⁶. « Sensiblement actualisé »²⁷ par loi du 15 juillet 2008, dont la facture avait d'ailleurs été discutée²⁸, l'on aurait pu considérer qu'il n'était besoin de revenir qu'à la marge sur le régime juridique des archives pour concilier le droit d'accès aux archives, leur collecte et la protection des secrets reconnus par la loi.

33 - De prime abord, pourtant, les auteurs du rapport semblent avoir été entendus avec l'adoption de la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement présentée par le Gouvernement comme une « ouverture massive des archives publiques »²⁹. Loin des effets d'annonce, les nouvelles dispositions de cette loi, en tant qu'elle porte sur les archives, modifient le « code du patrimoine afin notamment de prolonger la période au terme de laquelle certains documents d'archives publiques deviennent communicables de plein droit »³⁰. En plus de ces difficultés relatives à la communicabilité

des archives publiques, le rapport Duclert et l'actualité démontrent que leur conservation est parfois compromise³¹.

A. - L'impunité des maltraitances archivistiques

34 - Le rapport Duclert documente des cas graves de « maltraitance archivistique »³² affectant les archives de François Mitterrand et de son entourage. Celles-ci sont principalement de deux natures. Dans certains cas, les archives ont été directement détruites ou n'ont pas été versées. Dans leur exposé méthodologique, les membres de la commission de recherche soulignent clairement que « pour les archives du fonds présidentiel ou pour celles des premiers ministres, la Commission se garde d'affirmer qu'elle a eu accès à la documentation complète et exhaustive produite à l'époque. Des lacunes, des absences étonnantes, notamment dans le fonds présidentiel, sont évidentes »³³. Plus subtilement, ces maltraitances tiennent également à l'absence physique de documents d'archives n'ayant jamais été formalisés et renseignent alors sur la pratique du pouvoir présidentiel dont la mise en œuvre est opaque³⁴. Le rapport Duclert constate ainsi « l'absence de documents descendants par lesquels le président communiquerait ses décisions à l'état-major particulier ». Selon les auteurs du rapport, « il est légitime d'envisager que des instructions ont été données par le président au chef de l'état-major particulier de manière orale, soit par téléphone, soit dans le cadre d'entretiens »³⁵.

35 - Cette pratique des « ordres à voix » est confirmée par une note du 9 février 1993 du ministre de la Défense, Pierre Joxe, pour être remise au président de la République. Ayant pour objet de « réfléchir aux procédures et précautions devant entourer les décisions opérationnelles majeures », le ministre y insiste sur la nécessité d'éviter le téléphone pour transmettre des décisions et préconisait le développement de compte-rendu écrits afin de permettre la « mise en commun des informations, qu'il s'agisse d'instructions ou de renseignements »³⁶. Cette note d'a pas eu l'effet escompté par son auteur. Comme l'indique une mention portée sur l'originale signée par le secrétaire général de l'Élysée, Hubert Védrine : « Note non remise au PR, par peur de déplaire... »³⁷. À l'époque, les décisions les plus importantes prises par le président de la République sur la gestion de la crise rwandaise ne laissent donc aucune trace.

36 - Antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2008, la révélation de ces cas de maltraitance ne donne, par définition, aucune indication quant au respect actuel du régime de collecte des archives mis en œuvre au sein de l'exécutif. Il est encore trop tôt pour savoir si la loi de 2008 a permis une meilleure collecte au sein de la présidence et du Gouvernement à défaut d'avoir accès à ces fonds. Bien qu'anciens, ces cas de maltraitance archivistique constituent autant d'appels à la vigilance : aujourd'hui comme hier, la tentation de faire disparaître les archives sensibles n'a pas disparu.

37 - Ce risque est d'autant plus palpable qu'il existe une tension très forte entre d'un côté une définition particulièrement englobante de la notion d'archives publiques correspondant à tout document qui procède de l'activité de l'État et l'impossibilité matérielle

24. CEDH, 8 nov. 2016, n° 18030/11, Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie : Juris-Data n° 2016-025549 ; AJDA 2017, p. 164, L. Burgogue-Larsen.

25. Rapp. Duclert, p. 977.

26. O. Beaud, Les archives saisies par le droit : Genèses, 1990, n° 1, p. 131.

27. B. Galland, Les archives : Que sais-je ?, 2020, p. 42.

28. P. Gonod, La réforme des archives : une occasion manquée : AJDA 2008, p. 1597.

29. Étude d'impact sur la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, 11 mai 2021, p. 251.

30. Cons. const., 30 juill. 2021, n° 2021-822 DC, Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, pt 43.

31. Concernant les autres grandes problématiques du droit des archives : L. Marthinet, Questions sur les archives publiques : propriété, imprescriptibilité, revendication, accès : RFDA 2019, p. 1085.

32. P. Servais (dir.), Les maltraitances archivistiques. Falsifications, instrumentalisation, censures, divulgations : Publication des archives de l'université catholique de Louvain, 2010.

33. Exposé méthodologique, p. 46.

34. H. Lemoine, Conserver, détruire, communiquer, dissimuler... : Pouvoirs 2015, n° 153, p. 75.

35. Rapp. Duclert, p. 770.

36. P. Joxe, Note du 9 février 1993, Gestion de crise, citée par le rapp. Duclert, p. 770.

37. Rapp. Duclert, p. 771.

de tout conserver³⁸. Ont ainsi été considérés comme des documents d'archives publiques les brouillons manuscrits de télégrammes écrits à Londres par le général de Gaulle entre le 11 décembre 1940 et le 11 décembre 1942³⁹. Le caractère étendu de la notion d'archives s'accompagne d'un principe de sélection des archives à la conservation. Il appartient en premier lieu à l'archiviste d'effectuer ce tri au regard d'une liste de standards préétablis. Mais, comme le dispose l'article L. 212-2 du Code patrimoine, l'archiviste n'est pas complètement libre dans cette collecte et cette sélection : « *la liste des documents ou catégories de documents destinés à l'élimination ainsi que les conditions de leur élimination sont fixées par accord entre l'autorité qui les a produits ou reçus et l'administration des archives* ». Pour favoriser la conservation des archives, le régime actuel repose ainsi sur une forme de pacte conclu entre l'autorité productrice et les administrations des archives. Encore aujourd'hui, l'archiviste est soumis à la bonne volonté de l'administration productrice. Celle-ci dispose ainsi d'une importante mainmise sur la détermination des archives destinées à être conservées.

38 - Or, le rapport Duclert souligne en creux la nécessité de conserver et de mieux encadrer les actes des autorités politiques qui, faisant l'objet d'un faible degré de formalisation, ne sont justement pas collectés alors qu'ils expriment les arbitrages les plus importants. Si l'on met en miroir les défaillances pointées par le rapport Duclert dans la collecte et la conservation des archives de François Mitterrand avec la pratique actuelle du pouvoir et le développement des moyens de télécommunication, il en ressort qu'une réflexion doit être engagée sur la conservation des correspondances du président de la République et des membres du Gouvernement. Plusieurs médias aiment rappeler que le président de la République dispose d'un goût prononcé pour les services de messagerie électronique (SMS, WhatsApp, Telegram) pour correspondre avec ses conseillers et transmettre ses arbitrages aux membres du Gouvernement⁴⁰. Pour garantir le droit d'accès aux archives publiques, il faudrait pouvoir contraindre les autorités productrices, et notamment le président, son entourage, les membres du Gouvernement et leurs principaux conseillers, à verser de tels documents. Pour ce faire, il pourrait être envisagé de renforcer les prérogatives des archivistes mais cela n'est sans doute pas suffisant : il est aisé d'imaginer la difficulté pour un archiviste de dicter au président de la République les documents qu'il doit conserver et encore plus de contrôler le respect, par le président, de ses obligations de versement. À la marge, le régime juridique des archives pourrait être revu pour fixer de grandes catégories d'actes des autorités politiques de l'exécutif dont la conservation s'impose. Une autre solution pourrait être de leur interdire d'avoir recours à des moyens de télécommunication privés à des fins professionnelles. Les autorités de l'exécutif devraient alors correspondre entre elles au moyen d'applications qui enregistreraient automatiquement leur conversation sur un serveur sécurisé. La France est encore loin des États-Unis où l'utilisation par Hilary Clinton, alors secrétaire d'État, d'un serveur privé pour l'envoi de courriels à caractère professionnel est à l'origine du scandale qui contribua à sa défaite aux élections présidentielles de 2016.

B. - Une diffusion asymétrique

39 - La décision François Graner du Conseil d'État du 12 juin 2020 donne une lecture équilibrée du régime de communicabilité

des archives de l'exécutif en conditionnant la constitutionnalité et la conventionnalité du système à la possibilité du recours à une forme de soupape destinée à relativiser les limites posées au droit d'accès aux archives publiques : la consultation anticipée. À sa manière, le rapport Duclert insiste lui-aussi sur l'importance de cet accès anticipé aux archives gouvernementales et présidentielles. Par contraste avec les conditions habituelles de la recherche, les membres de la commission ont bénéficié d'un accès général sur les archives existantes sans lequel leur étude n'aurait pu être menée à bien⁴¹.

40 - Tel n'est pas le cas de manière générale. En droit, si l'article L. 213-1 du Code du patrimoine dispose que « *les archives publiques sont [...] communicables de plein droit* », deux catégories de limites établies à l'article L. 213-2 du Code du patrimoine tempèrent ce principe de communicabilité immédiate des archives publiques. Une incommunicabilité perpétuelle est posée au sujet des archives publiques portant sur la conception, la fabrication, l'utilisation et la localisation des armes de destruction massive. Une incommunicabilité relative est posée au sujet des autres archives publiques comportant des secrets et des données protégés par la loi pour lesquelles la communicabilité de plein droit n'est possible qu'à l'expiration d'un certain délai. Différentes catégories de délai sont posées en fonction de la nature du secret protégé. En matière d'archives de l'exécutif, le délai de communicabilité de plein droit oscille généralement entre 25 et 50 ans. Le délai est plus précisément de 25 ans « *pour les documents dont la communication porte atteinte au secret des délibérations du Gouvernement* » et de 50 ans « *pour les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de l'État dans la conduite de la politique extérieure, à la sûreté de l'État, à la sécurité publique à la sécurité des personnes ou à la protection de la vie privée* ».

41 - Désormais, la communicabilité des archives des autorités politiques soumises à un protocole en vertu de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine ne permet pas de déroger à ces délais. Mais, comme indiqué au sujet des archives du président François Mitterrand, les archives soumises à un protocole conclu avant l'entrée en vigueur de la loi de 2008 demeurent régies par les clauses de ces protocoles notamment concernant la période au terme de laquelle elles deviennent communicables de plein droit. L'existence de deux régimes de communicabilité des archives de l'exécutif n'est pas satisfaisante et l'on peine à déterminer les raisons qui justifient aujourd'hui le maintien du régime transitoire, pour les archives sous protocole antérieur à 2008, qui permettent de retarder à 60 ans leur libre accès. Le droit d'accès peut néanmoins être garanti si la consultation anticipée des archives est autorisée dans les conditions prévues à l'article L. 213-3 du Code du patrimoine.

42 - En revanche, et en contradiction avec le discours d'ouverture des archives tenu par le président de la République et le Gouvernement, de nouvelles limites à la communicabilité des archives publiques viennent d'être instaurées par la loi du 31 juillet 2021. Celle-ci modifie notamment l'article L. 213-2 du Code du patrimoine pour prévoir que le délai de communicabilité des archives publiques, dont la communication n'est possible que passé un délai de 50 ans, est prorogé pour diverses catégories de documents jugés particulièrement sensibles⁴². Le délai de communicabilité est alors reporté jusqu'à la perte de valeur opérationnelle ou technique de ces documents ou à la fin de l'affectation des

38. J.-F. Canat et P. Hansen, *Précisions sur la définition d'archives publiques* : JCP A 2016, 2221. – T. de Ravel d'Escladon, *De la notion d'archive publique de l'État* : D. 2017, p. 1031.

39. *CE*, ass., 13 avr. 2018, n° 410939, *Sté Aristophil* : *JurisData* n° 2018-005778 ; *Lebon*, p. 131 ; *Dr. adm.* 2018, *comm.* 43, note G. Eveillard ; *RFDA* 2018, p. 531, *concl.* É. Crépey ; *D.* 2018, p. 2373, O. Beaud.

40. *Après l'ENA, Emmanuel Macron s'attaque aux grands corps* : *Le Monde*, 22 avr. 2021. – *Observant que le président envoie à la ministre de la Transformation et de la fonction publiques « une dizaine de textos longs de vingt lignes chaque jour »*.

41. *Exposé méthodologique*, p. 21.

42. Il s'agit plus précisément des documents révélant, d'une part, des procédures opérationnelles ou des capacités techniques de services renseignement et, d'autre part, des documents relatifs aux caractéristiques techniques de certaines installations militaires, civiles, diplomatiques et judiciaires et aux procédures d'emploi de certains types de matériels de guerre, ainsi qu'à ceux relatifs à l'organisation, à la mise en œuvre et à la protection des moyens de la dissuasion nucléaire.

installations qu'ils concernent. Malgré quelques réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel a déclaré ces nouvelles dispositions conformes à la Constitution en soulignant notamment qu'elles « mettent en œuvre les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation »⁴³.

43 - Cette initiative législative est le fruit d'une pression menée par le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) pour restreindre la communication des documents classifiés au titre du secret de la défense nationale et dont le régime, parallèlement aux dispositions générales du Code du patrimoine, est fixé aux articles 413-9 et 413-10 du Code pénal. En résumé, selon le SGDSN, la classification formelle d'un document aurait dû l'emporter sur les délais habituels de communication : un document classifié, passé les délais prévus à l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, ne pourrait, en tout état de cause, être communiqué avant la déclassification formelle du document. Tel était le sens de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale tant dans sa version initialement approuvée par un arrêté du 30 novembre 2011 que dans sa seconde version résultant d'un nouvel arrêté du 13 novembre 2020⁴⁴.

44 - Cette instruction interministérielle a suscité un vif émoi dans le monde de la recherche et des archives et sa légalité a été mise en cause devant le Conseil d'État⁴⁵. Sans surprise, tant l'interprétation administrative fournie par le SGDSN atténuait la portée de la loi sur les archives, ce dernier a annulé l'instruction litigieuse. Sa décision du 2 juillet 2021 s'apparente à un sévère rappel à l'ordre : « il résulte de la lettre même de l'article L. 213-2 du code du patrimoine que [...] les archives ayant fait l'objet d'une classification au titre de l'article 413-9 du code pénal sont communicables de plein droit à l'expiration des délais [prévus par l'article] L. 213-2, alors même qu'elles n'auraient pas été déclassifiées »⁴⁶.

45 - Dans des conclusions très fermes à l'égard du SGDSN, le rapporteur public, Alexandre Lallet, observe que cette doctrine

43. Cons. const., 30 juill. 2021, n° 2021-822 DC, préc., pt 48.

44. Instr. n° 1300/SGDSN/PSE/PSD, 15 nov. 2020 : JO 15 nov. 2020, texte n° 4, n° 25.

45. Outre les nombreux appels de chercheurs parus dans différents journaux, V. la tribune : F. Rolin et N. Wagener, Archives classées secret défense : communicables de plein droit ou librement incommunicables ? : AJDA 2021, p. 297.

46. CE, 2 juill. 2021, n° 444865, Assoc. des archivistes français e.a., à mentionner aux Tables.

« semble avoir été inventée pour les besoins de la cause en 2010, lorsque le Gouvernement s'est rendu compte que les archives de la guerre d'Algérie allaient progressivement tomber dans le « domaine public » en raison de l'expiration du délai de 50 ans posé par la nouvelle loi sur les archives »⁴⁷. La loi du 30 juillet 2021, annoncée par le président de la République, alors que le recours contre l'instruction n° 1300 était pendant devant le Conseil d'État, avait ainsi dès son origine pour objet de corriger la censure à venir.

46 - Au final, la loi du 31 juillet 2021 conforte l'attitude du SGDSN dans son souhait d'empêcher la communication des documents classifiés les plus sensibles. Une telle voie ne relève pas de l'évidence. La diffusion des archives ne peut présenter une telle asymétrie et l'accès à ces dernières n'être anticipé ou encouragé uniquement dans les cas qui servent l'action politique du moment du président de la République.■

Essentiel à retenir

- Le rapport Duclert établi un « ensemble de responsabilité lourdes et accablantes » concernant le rôle joué par la France au Rwanda au sujet du génocide des Tutsi en 1994.
- Cette responsabilité est étayée par une étude d'ampleur des archives présidentielles et gouvernementales qui témoigne en outre des excès du présidentielisme sous la V^e République.
- Le cas des archives sur le Rwanda, et le contentieux dont il est à l'origine en matière d'accès à ces archives, illustre les problématiques générales du droit des archives.
- Le droit d'accès aux archives publiques est l'objet de tendances contradictoires. D'un côté les récentes décisions du Conseil d'État renforcent la protection de ce droit d'accès. D'un autre côté, le législateur encadre plus restrictivement la communication de certaines archives sensibles.

Mots-Clés : Administration - Archives présidentielles - Ouverture

JurisClasseur : Administratif, fasc. 109-60

47. Les conclusions sur l'arrêt du 2 juillet 2021 sont consultables sur Arianeweb.