

## CONCLUSIONS

### Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Au Rwanda, entre les mois d'avril et de juillet 1994, ce sont, en trois mois, en juste cent jours, entre 800 000 et 1 000 000 de personnes<sup>1</sup>, majoritairement Tutsi, qui ont été massacrées, pour beaucoup à la machette, dans une entreprise d'extermination d'une violence inouïe, tant en raison de la cruauté du procédé utilisé que parce qu'elle a associé toute une partie de la population, conduisant, au rythme des appels au meurtre lancés par la radio des mille collines, à tuer dans l'intimité jusqu'à ses amis, ses voisins, ses proches, et pas si rarement que cela, ses propres enfants.

Comment, à la fin du XXe siècle, ce génocide a-t-il pu se produire ? Comment s'en relever ? Que faire, surtout, pour éviter qu'il se répète ?

Journalistes, historiens, autorités politiques, témoins ou acteurs de ces événements, beaucoup se sont penchés sur ces questions, proposant des événements qui se sont déroulés des lectures variées, voire opposées, en particulier s'agissant du rôle joué par la France, avant, pendant et après l'opération Turquoise. Tous, pourtant, s'accordent sur un mot : celui de vérité. Tous revendiquent détenir ou rechercher une part de la réalité. Tous défendent l'idée que seule la connaissance des faits et de leurs éléments déclencheurs permettra de tirer les leçons des tragédies passées.

Telle est également la position exprimée au sommet de l'Etat.

Elle s'est traduite en avril 2015 par la déclassification, voulue par le président Hollande, d'un certain nombre de documents d'archives de l'Elysée relatives à la période 1990-1995, afin de faciliter le travail de mémoire et la recherche historique.

En avril 2019, au vingt-cinquième anniversaire du génocide, c'était au tour du président Macron d'appeler de ses vœux « *un approfondissement de notre connaissance et de notre compréhension de cette terrifiante entreprise de destruction humaine, en vue de son enseignement en France et de l'éducation à la vigilance des jeunes générations* ». C'est dans cette perspective qu'a été mise en place une commission de recherche sur les archives françaises relatives au Rwanda et au génocide des Tutsi, chargée d'offrir un regard critique d'historien sur les sources consultées, d'analyser le rôle et l'engagement de la France au cours de cette période, et de contribuer au renouvellement des analyses historiques sur les causes du génocide des Tutsi, en vue d'une meilleure compréhension et d'une meilleure prise en compte de cet événement dans la mémoire collective<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Les chiffres ne sont pas établis de manière exacte : voir les estimations donnés dans leurs ouvrages par Hélène Dumas, *Le génocide au village*, Seuil, 2014 ou par Florent Piton, *Le génocide des Tutsi du Rwanda*, La Découverte, 2018.

<sup>2</sup> Nous reprenons ici les termes de la lettre de mission signée du Président de la République, annexée à la note intermédiaire rendue publique par cette commission le 5 avril 2020, disponible [ici](#).

L'objet de ces travaux, dirigés par l'historien Vincent Duclert<sup>3</sup>, déjà auteur d'un rapport sur la recherche et l'enseignement des génocides et des crimes de masse<sup>4</sup>, n'est donc pas de rendre publics tout ou partie des documents consultés, bien que, d'après la note méthodologique intermédiaire rendue publique au mois d'avril dernier<sup>5</sup>, certains d'entre eux devraient être annexés au rapport devant être remis au Président de la République en 2021. Le périmètre des sources concernées par la démarche se veut exhaustif, les membres de la commission était spécifiquement habilités à accéder à tous les documents, pour certains classifiés, contenus dans les archives de l'Élysée, mais aussi du Premier Ministre, du Quai d'Orsay, du ministère de la Défense et de la mission d'information parlementaire sur le Rwanda qui a travaillé tout au long de l'année 1998<sup>6</sup>.

Les affaires qui viennent d'être appelées s'inscrivent dans une démarche individuelle, dépourvue de lien avec ces travaux. Elles se nouent sur les refus opposés aux demandes de communication formulées par M. Graner, qui prépare un ouvrage sur la politique de François Mitterrand en Afrique centrale, et elles ne concernent que les fonds d'archives de l'Élysée relatifs au Rwanda pour la période allant de 1990 à 1995.

Par les questions qu'elles posent, elles font partie de celles qui rappellent que le juge est au cœur des débats qui traversent notre société. De celles qui disent à quel point il contribue à construire l'équilibre sur lequel elle repose lorsque la résolution des divergences de vues n'a pu trouver d'autre issue que le prétoire.

Car si c'est le rôle de la France qui est au cœur des préoccupations du requérant, c'est bien surtout sur le vôtre que vous devrez vous interroger.

Il va sans dire qu'il ne s'agit pas ici d'établir de responsabilités : la tâche incombe à d'autres juges que vous. De ce point de vue celle qui vous revient est sans doute moins lourde. Du moins n'implique-t-elle pas que vous entriez de plain-pied dans le débat sur l'interprétation des faits pour en donner une lecture complémentaire ou concurrente de celle des historiens<sup>7</sup>.

Mais elle n'en est pas moins intimement liée au débat historique. Elle vous place en effet en position de décider de l'accès à la matière première nécessaire à la construction d'un regard critique, puis à son expression, que constituent les archives. C'est avant tout la façon dont vous entendez vous saisir de ce rôle qu'il s'agit de déterminer ici, en tenant compte des exigences posées par les normes supérieures, et étant entendu que si la question est portée devant vous, c'est qu'elle se pose à propos d'archives qui ne sont pas encore communicables de plein droit, régies par l'un des protocoles mentionnés à l'article L. 213-4 du code du patrimoine, celui du président Mitterrand.

---

<sup>3</sup> La composition de cette commission a d'ailleurs donné lieu à un certain nombre de critiques du fait de l'absence des historiens Stéphane Audoin-Rouzeau et Hélène Dumas, spécialistes du Rwanda : voir par exemple ce qu'en dit le journaliste Laurent Larcher dans son ouvrage « *Rwanda, ils parlent : témoignages pour l'Histoire* ».

<sup>4</sup> Fruit des travaux d'une mission composée de 65 chercheurs, remis à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation et au ministre de l'éducation nationale en 2018.

<sup>5</sup> Voir note du 5 avril 2020, précitée.

<sup>6</sup> Ses travaux ont donné lieu au rapport d'information n° 1271 du 15 décembre 1998 sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994, rédigé sous la présidence de Paul Quilès.

<sup>7</sup> Pour alimenter la réflexion, nous renvoyons aux développements que consacre Paul Ricoeur aux rôles respectifs du juge et de l'historien dans son ouvrage *La mémoire, l'Histoire, l'oubli*, Seuil, 2000, pp. 50 et suivantes.

L'exercice présente une difficulté irréductible, qui tient à l'impossibilité de percevoir d'emblée tout ce que l'analyse et le recoupement des documents en cause par ceux-là mêmes qui en demandent communication pourra révéler de leur portée exacte.

\*

M. Graner est physicien, directeur de recherches au CNRS. Il est par ailleurs membre de l'association Survie, qui se donne pour objectif la fin de « toute intervention néocoloniale en Afrique », et appelle de ses vœux « une refonte réelle de la politique étrangère de la France » sur ce continent<sup>8</sup>. Dans ce cadre, il mène un travail d'enquête sur le génocide des Tutsis du Rwanda et a publié en 2014, à l'occasion de son 20<sup>e</sup> anniversaire, un ouvrage intitulé « *Le sabre et la machette. Officiers français et génocide tutsi* » relatif au rôle de l'armée française dans ce pays entre 1990 et 1994 (Tribord Editions, avril 2014). Il est aussi le co-auteur d'un livre intitulé « *L'Etat français et le génocide des Tutsis au Rwanda* », paru au mois de mars dernier (Raphaël Doridant et François Graner, Tribord Editions, Agone, mars 2020).

Pour la préparation d'un ouvrage consacré à la politique du président Mitterrand en Afrique centrale (1981-1995), M. Graner a demandé que lui soient communiqués un certain nombre de documents inclus dans des fonds d'archives de MM. Hubert Védrine, Jean-Christophe Mitterrand, Bruno Delaye, Dominique Pin et de Mme Françoise Carle, qui tous ont travaillé aux côtés du Président de la République, en qualité de secrétaire général ou conseillers, en particulier au sein de la cellule Afrique, au cours de la période 1990-1995. Cette demande est intervenue concomitamment à la campagne de déclassification d'une partie des archives de l'Élysée que nous évoquions en commençant.

Mais cette déclassification, qui constituait l'aboutissement des travaux menés par une première commission chargée d'examiner les archives de la Présidence de la République sur le Rwanda, n'a fait que lever l'un des verrous sur le chemin de la communication à M. Graner des documents demandés. Ces derniers demeuraient, et demeurent toujours, couverts par un protocole de remise du 15 février 1995 conclu entre le président Mitterrand et l'administration des archives, qui prévoit l'incommunicabilité de principe des documents qu'il couvre pour une durée de soixante ans et qui subordonne toute communication avant ce terme à l'avis favorable de l'intéressé ou, après son décès, de sa mandataire, Mme Dominique Bertinotti.

C'est à cet obstacle que s'est heurté M. Graner, à deux reprises.

En juillet 2015, il a demandé que lui soient communiqués les documents contenus dans dix-huit fonds conservés aux Archives nationales, n'obtenant l'accord de la mandataire que pour ceux émanant de M. Jean-Christophe Mitterrand et pour certains de ceux émanant de M. Hubert Védrine<sup>9</sup>, contrairement à l'avis de la ministre de la culture qui lui avait d'emblée proposé de donner un avis favorable à la communication de la quasi-totalité des documents demandés (courrier de saisine de la mandataire daté du 13 août 2015).

La décision de refus partielle opposée par la ministre de la culture à la demande de M. Graner, en date du 7 décembre 2015, a été implicitement maintenue à la suite de l'avis rendu par la CADA le 3 mars 2016 et qui était alors défavorable à la communication des documents,

---

<sup>8</sup> Voir le site de l'association Survie : <https://survie.org>

<sup>9</sup> Décision de la ministre de la culture et de la communication datée du 7 décembre 2015 concernant les archives de M. Jean-Christophe Mitterrand cotées 5AG4/JCM21, dossier n°1 et celles de M. Hubert Védrine cotées 5AG4/833, extrait.

s'en tenant à l'idée que l'autorité administrative avait compétence liée pour rejeter la demande en tant qu'elle portait sur des documents ayant donné lieu à un refus de la part de Mme Bertinotti (avis n° 20160529 du 3 mars 2016).

Sans attendre l'issue du contentieux engagé contre cette première décision de refus, née le 2 avril 2016, M. Graner a formé au mois de juillet 2016 une nouvelle demande, tendant à la communication des documents contenus dans les seize fonds auxquels l'accès lui avait été précédemment refusé. Il a vu sa persévérance partiellement récompensée, puisque par décision du 22 décembre 2016, la ministre, dont la position était toujours favorable à la demande de M. Graner (courrier de saisine en date du 9 septembre 2016), a, après accord de la mandataire (courrier du 15 octobre 2016), autorisé la communication à titre dérogatoire des documents contenus dans cinq d'entre eux, émanant là encore de de M. Védrine mais aussi de MM. Delaye et Pin<sup>10</sup>.

Mais le refus opposé à M. Graner concernant les documents contenus dans les onze fonds restants a été maintenu en dépit d'un avis cette fois favorable de la CADA, du 12 juillet 2017, opérant une mise en balance des avantages et inconvénients de la communication anticipée des documents demandés, par lequel la commission a estimé, compte tenu de la volonté d'ouverture aux chercheurs, aux associations de victimes et à la société civile des archives présidentielles sur le Rwanda, exprimée en avril 2015, des travaux d'évaluation menés par la commission d'examen des archives de la présidence de la République sur ce sujet pour la période 1990-1994 et enfin de la campagne de déclassification dont elles avaient fait l'objet, que la communication au demandeur des archives litigieuses ne porterait pas d'atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi (avis n° 20170968 du 21 juillet 2017).

Cet épisode est à l'origine d'un second contentieux, dirigé contre la décision du 29 août 2017 de la ministre de la culture confirmant le refus partiel opposé la nouvelle demande de l'intéressé.

A l'appui de sa contestation des décisions de refus successives qui lui ont été opposées, M. Graner s'est notamment prévalu des articles 15 et 16 de la DDHC et des articles 10 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui protègent le droit de recevoir et de communiquer des informations, rattaché à la liberté d'expression, et le droit à un recours effectif. Mais en dehors d'un non-lieu partiel lié à la communication en cours d'instance d'une partie des documents demandés, ses conclusions à fin d'annulation ont été rejetées par jugements du TA de Paris des 17 mai 2018 et 21 mars 2019 (n°s 1608472 et 1715455), de même que les conclusions à fin d'injonction dont elles étaient assorties.

Les pourvois que l'intéressé forme contre ces jugements et que vous pourrez joindre pour statuer par une seule décision ont été inscrits au rôle de la séance de ce jour parce qu'ils vous donnent l'occasion de déterminer, pour la première fois, les conditions de la consultation anticipée d'archives couvertes par l'un des protocoles mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code du patrimoine et de définir votre contrôle sur les décisions de refus opposées aux demandes tendant à une telle consultation.

---

<sup>10</sup> Archives de M. Bruno Delaye cotées AG/5(4)/BD/62, dossier n°1, sous-dossier n°3 et cotées AG/5(4)/795 ; archives de M. Hubert Védrine cotées AG/5(4)/HV/41, extrait ; archives de M. Dominique Pin cotées AG/5(4)/DP/34, dossier n°2 et cotées AG/5(4)/35.

Votre compétence en cassation directe ne fait pas de doute depuis que le code de justice administrative a été modifié pour prévoir que les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort sur les litiges en matière d'archives publiques, comme c'était déjà le cas en matière de communication de documents administratifs (décret n° 2013-730 du 13 août 2013 modifiant l'article R. 222-13 du CJA ; pour l'état antérieur du droit voyez 24 juillet 2006, *Ministre de la défense c/ Tocze*, n° 269290, T. p. 794-795-877-879 ; 29 juin 2011, *Mme Rouzaud*, n° 335072, p. 306).

\*

La façon dont il convient d'interpréter le cadre juridique des litiges commande en partie la façon dont vous les résoudrez.

Inversant la perspective par rapport à celle qui prévalait lors de l'adoption de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979<sup>11</sup>, le principe, posé à l'article L. 213-1 du code du patrimoine est désormais, depuis la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008, la communicabilité de plein droit des archives publiques, selon les modalités prévues à l'article L. 311-9 du code des relations entre le public et l'administration (consultation sur place, copie, envoi par courrier électronique ou publication des informations en ligne)<sup>12</sup>.

Vous avez rappelé de façon remarquable, à l'occasion d'une affaire relative aux brouillons manuscrits de télégrammes écrits par le général de Gaulle entre 1940 et 1942 (Assemblée, 13 avril 2018, *Association du Musée des lettres et manuscrits et autres*, n° 410939, p. 131, ccl. E. Crépey, chronique Roussel et Nicolas AJDA 2019 p. 973) que le terme d'archives publiques englobait en particulier l'ensemble des documents qui procèdent de l'activité de l'Etat (voyez le 1° de l'article L. 211-4 du code du patrimoine, qui dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 fait référence aux « *documents qui procèdent de l'activité de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public* »)<sup>13</sup>.

Le principe d'ouverture des archives publiques est immédiatement tempéré à l'article L. 213-2, qui prévoit que certaines catégories de documents ne deviennent communicables de plein droit que passé certains délais. Tel est en particulier le cas de ceux dont la divulgation porterait atteinte au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif (vingt-cinq ans), à la conduite des relations extérieures (vingt-cinq ans également) ou aux intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure de la France (cinquante ans). Il existe des délais plus longs, en particulier pour les documents relatifs aux affaires portées devant les juridictions (soixante-quinze ans) ou à des

---

<sup>11</sup> L'article 6 de cette loi prévoyait en effet que les documents qui n'étaient pas librement communicables avant leur dépôt aux archives publiques ne pouvaient être librement consultés qu'après un délai de trente ans ou des délais spéciaux prévus par ailleurs par ce texte.

<sup>12</sup> Le régime de communication des documents administratifs et celui des archives publiques s'appliquent concomitamment, l'article L. 311-2 du CRPA posant un principe de neutralité de l'archivage. Celui relatif aux archives publiques englobe cependant des documents placés hors du champ des documents administratifs, tels les documents judiciaires.

<sup>13</sup> Les archives publiques constituent elles-mêmes un sous-ensemble des archives, définies à l'article L. 211-1 comme « *l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité* ». Elles comprennent également les actes et documents des assemblées parlementaires, régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, ainsi que les minutes et répertoires des officiers ministériels.

personnes mineures (cent ans). Ceux contenant des informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes de destruction massive font même l'objet d'une incommunicabilité perpétuelle (article L. 213-2, II du code du patrimoine<sup>14</sup>).

Au droit d'accès et de communication qui résulte de l'application mécanique de ces règles, le législateur a ajouté la souplesse d'un dispositif de faveur<sup>15</sup>, permettant d'autoriser la consultation anticipée de certaines archives par les personnes qui en font la demande « *dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger* », et celle de décider l'ouverture anticipée de fonds ou parties de fonds d'archives publiques. Le bénéfice de ces dérogations ne peut être accordé par l'administration des archives qu'après avoir recueilli l'accord de l'autorité dont émanent les documents (article L. 213-3 du code du patrimoine).

Dans ce système à double clef, vous jugez fermée la voie du recours direct contre l'avis rendu par l'autorité versante, dont vous n'acceptez de contrôler la régularité et le bien-fondé qu'à l'occasion de la contestation de la décision prise par le ministre de la culture, auquel cet avis s'impose, pour statuer sur la demande d'autorisation (voyez votre décision *Mme Rouzaud*, précitée ainsi que 1<sup>er</sup> octobre 2015, *Ministre de la culture et de la communication c/ M. Charles*, n° 373019, T. pp. T. pp. 554-680-810, ccl. E. Crépey). Encore ne le faites-vous qu'avec distance, puisqu'en dehors du contrôle de l'erreur de droit, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation exercé par les juges du fond sur la pondération des intérêts en présence s'accompagne en cassation d'un contrôle de dénaturation (*Mme Rouzaud*, précitée).

A côté du droit commun des archives, et à vrai dire aux marges sinon en méconnaissance de la légalité, s'est progressivement développée la pratique, inaugurée par le président Giscard d'Estaing, de la conclusion de protocoles de remise entre les personnalités politiques sortantes relevant du pouvoir exécutif et l'administration des archives. Alors que la loi de 1979 englobait les documents procédant de l'activité du Président de la République, du Premier ministre, des membres du Gouvernement et de leurs cabinets dans la catégorie accueillante des « *documents qui procèdent de l'activité de l'Etat* », avec pour conséquence de les faire tomber dans le régime de droit commun des archives, ces protocoles visaient au contraire à leur permettre de conserver, pendant une durée de trente à soixante ans<sup>16</sup>, à la fois l'accès pour elles-mêmes à leurs archives à et celles de leurs collaborateurs et le pouvoir d'autoriser les tiers, y compris leurs successeurs, à en prendre connaissance, organisant *de facto* un différé dans le temps de l'application de la loi.

En 1996, dans son rapport sur « Les archives en France »<sup>17</sup>, le président Braibant soulignait les progrès obtenus par la direction des Archives grâce à l'institution des protocoles de remise, les avantages procurés par ces instruments aux personnalités versantes favorisant le versement de fonds complets là où une application immédiate de la loi les incitait auparavant fréquemment à ne pas verser ou à détruire les documents sensibles, les soustrayant à toute possibilité d'accès et donc, souvent à jamais, à la connaissance historique. Reconnaisant leur fragilité juridique et soucieux de préserver l'équilibre délicat qu'ils avaient permis d'atteindre,

---

<sup>14</sup> « *Ne peuvent être consultées les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue.* »

<sup>15</sup> Régime de faveur lui-même assoupli par la loi de 2008, notamment par la suppression de l'interdiction de consultation anticipée des documents relatifs à des enquêtes publiques.

<sup>16</sup> Guy Braibant, « Les Archives en France », La Documentation Française, 1996, p. 16.

<sup>17</sup> *Ibid.*

il proposait de leur offrir un fondement législatif tout en les encadrant, pour éviter que l'exclusivité du contrôle du signataire du protocole ou de son mandataire sur ses archives favorisent le développement de recherches hagiographiques ou la fermeture aux historiens et aux chercheurs de documents importants.

Douze ans plus tard, cette recommandation était mise en œuvre par la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008, qui a fait des archives des autorités politiques des « archives publiques soumises à un statut particulier »<sup>18</sup>, selon des modalités toutefois légèrement différentes de celles imaginées en 1996.

Le dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code du patrimoine traite du sort des protocoles existants, auxquels il confère une reconnaissance juridique en prévoyant qu'ils continuent de régir les documents versés antérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008. Sont concernés les protocoles conclus par les Présidents Giscard d'Estaing, Mitterrand et Chirac mais aussi par les différents Premiers ministres et ministres qui se sont succédés depuis le début des années 1980 et jusqu'à la réforme de 2008. Ces protocoles, qui se présentent comme des contrats, ne sont remis en cause que sur un point : les clauses relatives au mandataire le cas échéant désigné par l'autorité signataire, qui « *cessent d'être applicables 25 ans après le décès du signataire* ». Toutes les autres, et en particulier celles relatives à leur durée, demeurent en vigueur jusqu'au terme prévu.

Les trois premiers alinéas de l'article L. 213-4 régissent quant à eux les protocoles postérieurs à la publication de la loi du 15 juillet 2008. Le Président de la République, le Premier ministre et les membres du Gouvernement voient consacrée la possibilité de recourir à ces instruments, qui peuvent s'étendre aux archives de leurs collaborateurs personnels. Mais la désignation d'un mandataire, considérée comme source de complexité excessive<sup>19</sup>, est désormais exclue, et la durée des protocoles ne peut excéder les délais de communicabilité de plein droit des archives publiques sensibles prévus à l'article L. 213-2. Ils cessent de produire effet soit au décès du signataire, soit, en tout état de cause, à l'expiration des délais de communicabilité de droit commun. L'article L. 213-3, relatif aux possibilités de consultation anticipée des archives de droit commun, leur est expressément rendu applicable, de manière adaptée, l'autorité versante dont l'accord est requis devant s'entendre de celle ayant signé le protocole prise personnellement et non de celle lui ayant succédé à l'autorité auteure du versement aux responsabilités.

Vous le voyez, selon qu'ils sont antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2008, la portée des protocoles est sensiblement différente. Les premiers dérogent en bloc au régime prévu par le code du patrimoine, dont ils ont pour objet de différer l'application pour une durée fixe de trente à soixante ans, quels que soient la date du décès de leur signataire et le contenu des documents en cause. Ils organisent la privatisation temporaire d'archives dont le caractère d'archives publiques ne fait pourtant aucun doute. Les seconds en revanche sont arrimés au droit commun. Ils offrent un avantage plus réduit, celui de conserver à leurs signataires l'accès la maîtrise de leurs archives sensibles, et donc d'en assurer la confidentialité, et leur réservent le pouvoir d'autoriser, de leur vivant, la consultation anticipée de ces dernières avant l'expiration des délais de communicabilité de droit commun.

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 17.

<sup>19</sup> Voyez le rapport n° 146 déposé par M. R. Garrec au nom de la commission des lois du Sénat et le rapport n° 995 déposé par M. F. Calvet au nom de la commission des Lois de l'AN, tous deux sur le projet de loi relatif aux archives.

C'est de l'un des protocoles antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi anticipée du 15 juillet 2008 dont vous devez faire application ici. Ces protocoles, le législateur en a reconnu l'existence juridique, mais il a laissé dans l'ombre la question de la divulgation avant leur terme des documents qu'ils couvrent. Le dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code, qui leur est seul applicable, ne dit mot de la question.

Nous pensons que vous devez reconnaître, s'agissant de ces protocoles, l'existence d'une telle possibilité de divulgation anticipée, et ce quel que soit le contenu de leurs clauses.

C'est d'abord de l'exigence d'une interprétation conforme à la Constitution de l'article L. 213-4 que nous tirons cette affirmation.

A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Graner lui-même devant le tribunal administratif de Paris et dont le sérieux a justifié la transmission au Conseil constitutionnel (28 juin 2017, *M. Graner*, n° 409417, ccl. E. Crépey), ce dernier a pour la première fois jugé que découlait de l'article 15 de la DDHC de 1789 selon lequel « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » un droit d'accès aux documents d'archives publiques (décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, point 4).

Exerçant son contrôle au regard de cet article, à l'exclusion de l'article 11 de la DDHC qui protège la libre communication des pensées et opinions, c'est après avoir interprété l'article L. 213-4 comme ouvrant une possibilité de consultation anticipée des archives couvertes par les protocoles de remise conclus y compris avant la publication de la loi du 15 juillet 2008 qu'il en a admis la constitutionnalité. Pour aboutir à cette conclusion, il a en particulier tenu compte de ce que le choix fait par le législateur de placer, pour une période transitoire, les archives du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement sous le contrôle du signataire du protocole ou de son mandataire était justifié par la nécessité d'accorder une protection particulière à ces documents « *pouvant comporter des informations susceptibles de relever du secret des délibérations du pouvoir exécutif* », ainsi que par la volonté de favoriser leur versement et leur conservation.

Par cette décision qui vous lie avec l'autorité que lui confère l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a donc retenu une interprétation qui enrichit le dernier alinéa de l'article L. 213-4 d'une possibilité de consultation anticipée. Nous en tirons aussi, entre les lignes, l'idée d'un alignement entre les conditions de la consultation anticipée d'archives couvertes par des protocoles signés respectivement avant et après la publication de la loi du 15 juillet 2008. Ainsi le point 6 de la décision ne fait-il aucune autre distinction entre la consultation anticipée des documents couverts par ces deux types de protocoles que celle tenant à la suppression du mandataire.

Mais c'est aussi à la lumière des exigences de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que vous nous vous invitons à interpréter le dernier alinéa de l'article L. 213-4 (pour un exemple de cette façon de faire voyez Assemblée, 24 décembre 2019, *OFPPRA c/ Mme Barakeh*, n° 427017, à publier au Rec. ccl. A. Lallet). C'est ainsi que vous donnerez sa pleine portée au principe de subsidiarité sur lequel repose le système de la convention, et que vous préviendrez le risque d'une éventuelle condamnation.



Cet horizon, M. Graner l'a bien en tête, puisqu'il a déjà saisi la Cour EDH d'un recours, se plaignant de ce que le refus qu'il a essuyé<sup>20</sup> constituerait une restriction arbitraire dans son droit à consulter des archives publiques en vue d'effectuer un travail de recherche historique, et de ce qu'il ne disposerait pas pour le contester d'un recours effectif lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la convention, et en particulier de l'article 10. L'affaire a fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité pour non épuisement des voies de recours internes rendue publique la semaine dernière, en l'absence de décision de votre part sur les présents pourvois (CEDH, 5<sup>e</sup> Section, 28 mai 2020, *François Graner c/ France*, req. 84536/17). La Cour a, par cette décision, confirmé la position qu'elle avait prise le 16 janvier 2018 s'agissant de l'articulation des contrôles de constitutionnalité de conventionalité dans l'affaire *Charron et Merle-Montet c/ France* (req. 22621/15, §§ 28-29 ; sur l'articulation entre les deux contrôles voyez aussi votre décision d'Assemblée, 3 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734, ccl. E. Geffray). Les motifs qu'elle a retenus ne font à l'évidence pas obstacle à ce qu'elle soit de nouveau saisie une fois que vous aurez statué.

Dans la démarche consistant à vous assurer du respect par le dispositif prévu à l'article L. 213-4 des exigences qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, il est un arrêt qui doit particulièrement vous guider : celui rendu en grande chambre le 8 novembre 2016 dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottsag c/ Hongrie* (req. 18030/11) concernant la violation de l'article 10 du fait du refus de communication opposé par les autorités hongroises à une ONG qui demandait à avoir accès à des informations relatives aux avocats commis d'office que ces autorités avaient qualifiées de données à caractère personnel non soumises à divulgation.

Synthétisant sa jurisprudence, la Cour y a rappelé que si l'article 10 de la convention, qui interdit essentiellement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir, n'accorde pas à l'individu un droit général d'accès à l'information détenue par toute autorité publique, un tel droit peut naître lorsque la divulgation des informations a été imposée par une décision judiciaire devenue exécutoire ou que cet accès est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées. Dans la batterie de critères qu'elle mobilise pour déterminer, au cas par cas, l'existence d'un tel droit, figurent le but de la demande d'information, la nature des informations recherchées, le rôle joué par le demandeur dans la société et la disponibilité de ces informations, c'est-à-dire le fait qu'elles ne nécessitent pas de la part des autorités de travail préalable de collecte.

Ce n'est qu'une fois cette première étape franchie qu'elle s'assure que la restriction à la liberté de recevoir et communiquer des informations que constitue le refus opposé à une personne qui dispose d'un tel droit d'accès est admissible<sup>21</sup>. A ce stade du raisonnement, elle se livre à un contrôle de la proportionnalité de la mesure, qui doit être prévue par la loi, au regard du but légitime poursuivi et qu'elle doit être nécessaire pour atteindre.

Dans sa jurisprudence, la Cour EDH attache une importance particulière à l'accès à des sources documentaires originales « à fins de recherche historique légitime » (26 mai 2009,

---

<sup>20</sup> N'était en cause devant la Cour que le premier des deux refus opposés au requérant.

<sup>21</sup> Si l'article 10 §1 pose pour règle la liberté de recevoir et de communiquer des informations, son §2 précise que son exercice « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

*Kenedi c. Hongrie*, req. 31475/05 § 43, s'agissant d'un historien entendant publier une étude sur le fonctionnement du service de sécurité hongrois).

Elle accorde un niveau de protection élevé aux journalistes (par exemple 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. 17488/90, §39 ; 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, req. 29183/95, à partir du § 45 ; 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01, § 52), aux chercheurs universitaires (voyez *Kenedi c. Hongrie*, précité ; 3 avril 2012, *Gillberg c/ Suède*, 41723/06, §93<sup>22</sup> ou encore 8 juillet 1999, *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie*, n°s 23536/94 et 24408/94, § 61-67) et plus largement aux auteurs d'ouvrages portant sur des sujets d'intérêt public (29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, § 68 et suivants ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, n°s 21279/02 et 36448/02, § 48 et suivants), et elle développe une jurisprudence relative à ce qu'elle dénomme les « chiens de garde » sociaux, c'est-à-dire les organismes qui appellent l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public, permettant la participation au débat de la société civile, qu'elle juge essentiels au fonctionnement de la société démocratique (voyez par exemple 14 juillet 2009, *Tarsasag a Szabadságjogokért c/ Hongrie*, req. 37374/05 § 36).

Précisément, elle prête une attention particulière à l'intérêt public qui s'attache aux informations demandées, ce qui est le cas selon à ses yeux lorsqu'ils suscitent une « forte controverse », portent sur un « thème social important » ou sur « un sujet dont le public aurait intérêt à être informé » (*Magyar Helsinki Bizottsag*, précité, §§ 160-163).

Nous n'avons pas de doute sur le fait qu'ainsi interprété, l'article 10 implique bien, sous conditions, une possibilité d'accès aux archives publiques indépendamment de la question de savoir si elles sont ou non librement communicables en vertu du droit interne.

Il nous semble ainsi que, de la combinaison des exigences découlant de la Constitution et de la convention se déduit, dans certains cas, un droit d'accès aux documents détenus par les autorités publiques, et que s'agissant en tout cas des protocoles antérieurs à 2008, qui érigent un bloc d'incommunicabilité sans aucune forme d'échelonnement des durées de protection en fonction des intérêts en jeu, le respect de ce droit ne saurait être assuré sans l'existence d'une possibilité d'une consultation anticipée des documents concernés avant leur terme.

Pour dire le vrai, nous pensons qu'une telle possibilité est aussi requise s'agissant des protocoles postérieurs, même si s'agissant de ces derniers, l'article L. 213-4 incorpore l'échelle de délais prévue à l'article L. 213-2, mais telle n'est pas la question que vous avez à trancher et une telle possibilité est de toute façon déjà prévue.

Pour les protocoles postérieurs, l'article L. 213-4 du code du patrimoine renvoie en effet à son article L. 213-3, qui prévoit la faculté d'autoriser à titre dérogatoire la consultation d'archives qui ne sont pas encore librement communicables « 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 ce qui concerne les protocoles antérieurs, c'est dans l'interprétation du dernier alinéa de l'article L. 213-4 que vous devrez nichier une telle faculté, qui constitue dans certains cas

---

<sup>22</sup> Affaire dans laquelle un professeur d'université se prévalant d'un droit « négatif » tiré de l'article 10 à ne pas communiquer à une sociologue les données ayant servi de base à une étude réalisée menée par l'université Göteborg, en l'occurrence les données afférentes à des tests de neuropsychiatrie portant sur des enfants.

une obligation, et dont nous pensons qu'elle devra s'exercer au terme d'une mise en balance en tous points similaire à celle prévue à l'article L. 213-3.

Une telle interprétation s'impose à vous en tant qu'elle permet d'assurer le respect des exigences constitutionnelles, puisqu'elle correspond à celle faite par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 septembre 2017.

Vous pourriez en revanche hésiter à incorporer directement à l'interprétation du dernier alinéa de l'article L. 213-4 les exigences découlant de l'article 10 de la convention EDH.

La question serait purement formelle s'il existait entre le droit d'accès aux archives publiques découlant respectivement des articles 15 de la DDHC et 10 de la convention EDH une parfaite identité. Mais la Cour EDH le rattache à la liberté d'expression, qui comprend le droit de recevoir et de communiquer des informations, à la différence du Conseil constitutionnel qui, statuant moins d'un an plus tard, a refusé de suivre la même voie. Alors qu'on aurait pu s'attendre à une forme d'alignement des droits, la décision écarte sèchement le grief tiré de l'article 11 de la DDHC, qui protège la libre communication des pensées et des opinions, pour ne faire découler le droit constitutionnel d'accès aux archives publiques que de l'article 15 de ce texte. Il en résulte selon nous l'existence de droit d'accès complémentaires, dont on peut penser, en raison de la différence de finalités qu'ils poursuivent, que les contenus ne se chevauchent largement, mais seulement partiellement<sup>23</sup>.

Lorsqu'une disposition de droit interne ne suffit pas à assurer le respect des exigences conventionnelles, il vous arrive d'en faire avec les stipulations de la convention une application cumulative. On en trouve un exemple en droit des étrangers, où vous avez constaté que les hypothèses de droit au séjour prévues en droit interne ne suffisaient pas à assurer dans tous les cas le respect des exigences de l'article 8 de la convention EDH, dont les stipulations sont d'effet direct, telles qu'interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ce qui vous a conduit à censurer comme méconnaissant cet article des décisions de refus de séjour pourtant légales au regard du droit interne (Assemblée, 19 avril 1991, *M. Belgacem*, p. 152, s'agissant d'une expulsion ; Assemblée, 19 avril 1991, *Mme Babas*, p. 162, ccl. Rony Abraham, chronique Maugué et Schwartz AJDA 1991 p. 695).

Mais lorsqu'est en cause une disposition qui offre à l'autorité administrative une latitude dont l'exploitation permet qu'elle soit appliquée d'une manière qui épouse les contours des droits protégés par la convention – et à cet égard la disposition que vous devez interpréter ici se distingue radicalement de celle en litige dans l'affaire *Gonzalez Gomez*<sup>24</sup> -, vous préférez incorporer à l'interprétation de cette disposition elle-même l'ensemble des exigences qui en découlent, de sorte que la seule application du droit interne suffit à en assurer le respect<sup>25</sup>. Cette façon de faire, qui revient à vous assurer de la conventionalité de l'application de la norme par une interprétation qui en absorbe par avance toutes les exigences, votre décision *Bitouzet* en offre sans doute l'exemple le plus évident, dans un cas où la loi paraissait pourtant délimiter de façon stricte les cas d'indemnisation des servitudes d'urbanisme (Section, 3 juillet 1998, n° 158592, p. 288, ccl. R. Abraham ; voyez aussi, à front renversé de l'hypothèse du jour,

---

<sup>23</sup> Il semble en particulier que le droit d'accès découlant de l'article 10 de la CEDH ne permette pas l'obtention d'informations détenues par les autorités publiques dans un objectif de reddition des comptes, à la différence du droit d'accès constitutionnel aux archives publiques qui découle de l'article 15 de la DDHC.

<sup>24</sup> Assemblée, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n° 396848, Rec. p.208, ccl. A. Bretonneau, chron. Dutheillet de Lamothe et Odinet AJDA 2016 p. 1392.

<sup>25</sup> Il s'agit sans doute là de la forme la plus intégrée du dialogue des juges.

s'agissant d'une disposition jugée conventionnelle y compris en tant qu'elle exclut tout contrôle concret de proportionnalité 4 décembre 2017, *Sté Edenred*, n° 379685, p. 344, ccl. Crépey).

Vous n'aurez pas besoin d'être aussi constructifs en l'espèce. Qu'elle soit faite sur le fondement du dernier alinéa de l'article L. 213-4 tel que nous vous invitons à l'interpréter ou, s'agissant du droit commun des archives ou des protocoles postérieurs à 2008, sur le fondement de l'article L. 213-3 du code du patrimoine, la pesée entre l'intérêt légitime qui peut s'attacher à la consultation anticipée d'archives qui ne sont pas encore communicables et la préservation des intérêts que la loi a entendu protéger se présente comme un exercice suffisamment souple pour y incorporer l'ensemble des exigences découlant de l'article 10 de la convention EDH.

De tout ce que nous vous avons dit il résulte en pratique que lorsqu'elle est saisie d'une demande tendant à la communication à titre dérogatoire d'archives couvertes par l'un des protocoles antérieurs à la publication de la loi du 15 juillet 2008, régis seulement par le dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code du patrimoine, l'autorité compétente pour statuer sur la demande qu'est le ministre de la culture doit recueillir l'accord du signataire de ce protocole ou, le cas échéant, de son mandataire, par lequel il est lié.

Il appartient alors à ce dernier ou au mandataire de mettre en balance l'intérêt légitime de l'auteur de la demande, qu'il se rattache à la volonté de demander compte aux autorités publiques de leur administration ou à l'exercice de la liberté d'expression, avec les intérêts protégés par la loi, qui dans le cas d'archives du chef de l'Etat peuvent notamment tenir au secret des délibérations du pouvoir exécutif, à la conduite des relations extérieures ou encore aux intérêts fondamentaux de la France dans la conduite de la politique extérieure<sup>26</sup>.

La cessation des clauses relatives au mandataire, dont la loi du 15 juillet 2008 a prévu qu'elle interviendrait vingt-cinq ans, c'est-à-dire une génération, après le décès du signataire du protocole, ne saurait mettre fin à toute possibilité de consultation à titre dérogatoire des documents avant le terme de ce dernier sans méconnaître les exigences constitutionnelles et conventionnelles que nous avons exposées. A cette date, nous sommes d'avis que c'est vers l'autorité alors aux responsabilités, c'est-à-dire, s'agissant d'archives présidentielles, vers le Président de la République en fonction, qu'il appartiendra au ministre de la culture de s'adresser. Cette solution qui consiste à retomber sur ce point sur le droit commun nous paraît être la conséquence logique du choix fait par le législateur de mettre fin de manière anticipée à la spécificité que constitue le mandataire. Compte tenu des intérêts pouvant être en jeu, elle nous paraît à la réflexion plus satisfaisante que celle consistant à placer entre les mains du seul ministre de la culture la décision sur la consultation anticipée.

Enfin si, à l'échéance du protocole, certains des délais mentionnés à l'article L. 213-2 du code du patrimoine ne sont pas expirés, ces derniers continueront de s'appliquer pour la durée restant à courir et les documents qu'ils concernent à faire l'objet d'une possibilité de consultation anticipée dans les conditions prévues à l'article L. 213-3, qui leur sera alors devenu applicable.

Dans cette architecture générale, il y a encore un réglage essentiel que vous devez effectuer. Il concerne la contestation de la décision de refus prise par le ministre de la culture

---

<sup>26</sup> Dans l'hypothèse où les archives demandées ne relèveraient d'aucun intérêt protégé par la loi - hypothèse qui a par construction disparu pour les protocoles postérieurs à 2008, qui ne procurent plus d'avantage à leur signataire que pour les documents couverts par un des délais prévus à l'article L. 213-2 -, cette mise en balance devrait nécessairement aboutir à l'accord de l'autorité signataire ou de son mandataire à la consultation demandée.

sur la demande de consultation anticipée<sup>27</sup> et le contrôle qu'il appartient au juge administratif d'exercer sur cette décision.

Si vous étendez aux protocoles conclus avant la publication de la loi du 15 juillet 2008 la faculté d'autorisation de consultation anticipée s'exerçant dans des conditions analogues à celles prévues à l'article L. 213-3, vous devez admettre aussi, comme vous l'avez fait pour les décisions prises sur le fondement de cet article (voyez vos décisions *Mme Rouzaud* et *M. Charles*, déjà citées), la possibilité de contester, à l'occasion du recours formé contre la décision prise par le ministre de la culture pour statuer sur la demande, la régularité et le bien-fondé du refus de l'autorité consultée.

Lorsque la délivrance d'une autorisation administrative est subordonnée à l'accord préalable d'une autre autorité, vous jugez en effet que le refus d'un tel accord, qui s'impose à l'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation, peut seulement être contesté à l'occasion du recours contre la décision prise pour statuer sur la demande d'autorisation, quel que soit son sens. La voie du recours direct est, dans cette configuration, exclue (Assemblée, 26 octobre 2001, *Epoux Eisenchteter*, n° 216471, T. p. 495, ccl. S. Austray).

Tout aussi exclu nous paraît être de juger impossible la contestation du refus de l'autorité consultée, qui reviendrait à faire du recours contre la décision prise par le ministre une voie de contestation purement formelle, permettant seulement au requérant de faire valoir l'absence de la consultation requise ou la méconnaissance de l'avis rendu par l'autorité consultée. Le Conseil constitutionnel nous semble de toute façon avoir fermé cette possibilité<sup>28</sup> en jugeant, pour écarter le grief tiré de la méconnaissance de l'article 16 de la DDHC, que la circonstance que l'autorité administrative ne puisse s'affranchir du refus d'accord du signature du protocole ou de son mandataire ne privait pas par elle-même la personne à qui aurait été opposé un refus de la possibilité d'exercer un recours effectif devant une juridiction (n° 2017-655 QPC, *M. François Ganer*, point 11), idée reprise par la Cour EDH dans sa décision du 28 mai dernier et qui invite à exercer, à travers ou derrière la décision du ministre, un contrôle de la position prise par l'autorité consultée<sup>29</sup>, et donc à transposer la solution retenue dans l'affaire *Eisenchteter* quand bien même cette autorité serait une personne privée.

Le seul fait que la possibilité d'autoriser la consultation anticipée d'archives vise à assurer le respect de la liberté d'expression ainsi que du droit de demander compte à tout agent public de son administration s'oppose de toute façon à ce que vous reconnaissiez à l'autorité signataire du protocole ou à son mandataire l'exercice d'une faculté totalement discrétionnaire. Dans certains cas en effet, l'usage de la possibilité d'autoriser une telle consultation anticipée revêt pour l'autorité saisie le caractère d'une obligation.

S'agissant des décisions de refus prises sur les demandes de consultation anticipée relevant de l'article L. 213-3 du code du patrimoine, votre jurisprudence, bien que très peu fournie, a précisé, nous vous l'avons dit, que le juge de l'excès devait exercer un contrôle de

---

<sup>27</sup> Qui en vertu de l'article L. 213-5, doit être motivée « *Toute administration détentrice d'archives publiques ou privées est tenue de motiver tout refus qu'elle oppose à une demande de communication de documents d'archives* ».

<sup>28</sup> Et avec elle, l'idée que vous pourriez être en présence d'un acte de gouvernement.

<sup>29</sup> Voyez le point 58 de sa décision « *Cela montre aussi que, contrairement à ce qu'indique le requérant et conformément à ce qu'explique le Gouvernement, le fait que l'article L. 213-4 du code du patrimoine mette l'administration dans une situation de compétence liée par rapport à l'avis du mandataire ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre d'un recours en annulation pour excès de pouvoir, le juge administratif examine des moyens tirés de la Convention.* »

l'erreur de droit sur les intérêts en cause doublé d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la pondération de ces intérêts, ce point donnant lieu à en cassation à un simple contrôle de dénaturation (voyez, là encore votre décision *Mme Rouzaud* de 2011). Nous pensons que vous devez aujourd'hui aller au-delà.

Nombreuses sont les considérations qui entrent en ligne de compte au moment de définir le contrôle qu'il appartient au juge administratif d'exercer sur une décision.

En contentieux de l'excès de pouvoir, vous avez de longue date admis qu'au-delà d'un contrôle de pur droit, il appartenait également au juge administratif d'exercer un contrôle sur les faits qui fondent les décisions prises par l'administration. Mais si vous vérifiez dans tous les cas leur exactitude matérielle (Ass, 30 janvier 1959, *Grange*, p. 85), l'intensité de ce contrôle sur les faits varie de manière considérable selon les cas.

La plupart du temps, vous exercez sur les décisions qui vous sont déférées un contrôle dit normal ou entier, qui implique un contrôle de la qualification juridique des faits qui servent de support à la décision contestée.

Vous ne vous en tenez à un contrôle restreint, limité à la matérialité des faits, que lorsque vous avez des raisons de le faire, qui peuvent tenir à la possibilité pour l'administration de décider en pure opportunité, à la technicité des appréciations portées par cette dernière, ou encore à la volonté de ne pas vous substituer à elle. En l'absence de contrôle de la qualification juridique des faits, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation joue le rôle de corde de rappel (voyez 13 novembre 1953, *Denizet*, p. 489 ; 15 février 1961, *Lagrange*, p. 121). Il permet au juge de censurer les erreurs grossières ou les solutions déraisonnables (R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, Tome II, pp. 527 et suivantes), en un mot de s'assurer que les décisions prises ne heurtent pas le bon sens. Vous laissez dans tous les cas son exercice à l'appréciation souveraine des juges du fond, n'exerçant en cassation qu'un contrôle de dénaturation (Section, 18 novembre 1996, *Société Clichy Dépannage*, n° 136941, p. 505 ; 23 avril 1997, *Epoux Ballon et Crevel*, n° 161328, p. 165 ; 27 juillet 2009, *Société Boralex Avignonet SAS et Ministre de l'écologie*, n° 317060, 318281, T. p. 924).

Le choix que vous avez fait dans la décision *Mme Rouzaud* s'explique par la marge d'appréciation importante laissée à l'administration, que révèle l'emploi du mot « peut » et le fait que seule doit être vérifiée l'absence d'atteinte excessive portée par la divulgation des documents aux intérêts que la loi a entendu protéger. Il cadre avec l'idée que le mécanisme de consultation anticipée prévu à l'article L. 213-3 constitue un régime de faveur, destiné notamment à permettre à des personnes qui y ont intérêt, tels des chercheurs d'accéder à titre dérogatoire à des documents sensibles qui ne sont pas encore communicables de plein droit. Cette dimension est encore plus prégnante s'agissant d'archives couvertes par des protocoles de remise antérieurs à la publication de la loi de 2008, pour lesquels l'article L. 213-4 ne prévoit pas expressément la possibilité d'une consultation anticipée, quoi qu'il ait été enrichi sur ce point par le Conseil constitutionnel.

Sans méconnaître cet aspect des choses, plusieurs éléments nous conduisent à penser que vous devez passer à un entier contrôle, au nombre desquels figure en bonne place le fait que sont en jeu des droits et libertés.

Cela n'apparaissait pas si clairement en 2011, lorsque vous avez adopté la décision *Rouzaud*. Ce n'est que depuis la décision *Magyar Helsinki Bizottsag c/ Hongrie* rendue par la

Cour EDH en 2016 et depuis celle rendue par le Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Graner en 2017 que l'on peut dire avec netteté que l'usage de la faculté d'autoriser la consultation anticipée d'archives publiques participe du respect des droits d'accès qui découlent des articles 15 de la DDHC et 10 de la convention EDH, et qu'elle-même dans certains cas nécessaire à leur respect.

Or la circonstance qu'une décision se rattache à l'exercice des droits et libertés fait partie des éléments qui vous guident traditionnellement vers l'exercice d'un contrôle normal (voyez par exemple en matière de perquisitions administratives Assemblée, 6 juillet 2016, *Napol et autres*, n° 398234, 399135, p. 320 ; en matière de droit au déréférencement *Mme Chupin, M. Tizioli, M. Constantinoff et M. Drusian*, 24 février 2017, n°s 391000, 393769, 399999, 401258, p. 59).

Le fait que les décisions prises sur les demandes de consultation anticipée d'archives publiques ne relèvent pas de considérations de pure opportunité mais soient soumises au respect de certaines conditions joue lui aussi en faveur de la consécration d'un plein contrôle sur les refus opposés à ces demandes. Ces conditions, comme nous l'avons dit, nous paraissent devoir être calées sur celles posées à l'article L. 213-3. Elles tiennent à la fois à la prise en compte des différents intérêts en présence, justiciable d'un contrôle de l'erreur de droit, mais aussi à la mise en balance de ces intérêts, c'est-à-dire à leur correcte conciliation, destinée à assurer la proportionnalité de la réponse apportée à la demande de consultation anticipée. Cette proportionnalité met en jeu des considérations factuelles mais elle n'est pas dépourvue de densité juridique en ce qu'elle constitue un élément de la légalité de la décision prise. Elle pourrait certes donner lieu à contrôle de la disproportion manifeste. Mais seul l'exercice d'un contrôle entier sur les refus opposés aux demandes de consultation anticipée nous paraît être de nature à permettre d'en assurer complètement le respect, et donc celui des droits et libertés en cause.

Il ne serait du reste pas incompatible avec la conservation à l'administration d'une marge d'appréciation. En effet, outre qu'existe au sein du contrôle de qualification juridique toute une palette de contrôles d'intensités différentes (R. Odent, *Contentieux administratif*, tome II, pp. 534 et s.), la pesée qu'exige l'exercice du contrôle de proportionnalité ménage par construction une latitude à l'autorité qui doit s'y livrer, qu'elle contraint seulement à respecter certaines bornes (voyez pour de plus longs développements les conclusions de M. Guyomar sur votre décision de Section du 22 juin 2007 *Arfi*, n° 272650, p. 263). Ce n'est que lorsque ces bornes auront été franchies que le juge de l'excès de pouvoir devra selon nous censurer la décision prise par le ministre de la culture (par analogie, s'agissant de la théorie du bilan, voyez Assemblée 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, p. 409, ccl. G. Braibant).

Ce sont enfin les exigences du droit au recours effectif protégé par l'article 13 de la convention EDH qui nous poussent à vous proposer de faire évoluer votre contrôle.

Le mécanisme de la convention revêtant comme nous l'avons déjà rappelé un caractère subsidiaire, c'est d'abord au niveau des Etats que doivent être offerts les recours permettant de remédier aux violations des droits et libertés protégés par ce texte. Cette considération fonde notamment l'exigence d'un recours effectif, énoncée à l'article 13.

Pour en vérifier le respect, la Cour se livre comme elle a coutume de le faire à une appréciation concrète, qui ne s'arrête pas au constat de l'existence d'un recours, dans le cadre de laquelle elle prend notamment en compte la nature et de l'intensité du contrôle exercé par le

juge. Elle estime qu'en principe, le recours pour excès de pouvoir constitue un recours effectif, et qu'il convient de l'épuiser avant de la saisir (*Charron et Merle-Montet c/ France* § 21).

Mais dans certaines hypothèses, elle considère que l'intensité du contrôle juridictionnel est trop faible pour permettre de faire valoir effectivement les droits tirés de la convention, ce qui peut la conduire à constater la violation de l'article 13 (27 décembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, §§ 136-139 ; 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. 36022/97, §§ 141-142). Pour qu'il soit effectif, elle exige du recours qu'il permette que soit examiné par un juge le fond du grief tiré de la méconnaissance de la convention (mêmes décisions, voyez aussi 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, re. 30985/96, § 100). N'est pas regardé comme un contrôle effectif celui par lequel le juge se contente de rechercher si les autorités administratives ont usé de leur pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec l'objet et le but de la loi (voyez, au sujet de l'article 6, 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, req. 11761/85, § 70).

Parce qu'il se limite à la censure des erreurs grossières, des décisions choquantes, il nous semble que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation exercée par le juge de l'excès de pouvoir ne suffit pas à assurer au recours formé contre les décisions prises sur les demandes de consultation anticipée d'archives publiques un caractère effectif.

Vous remarquerez à cet égard que si la Cour EDH a rejeté le recours formé par M. Graner pour non-épuisement des voies de recours internes, elle a pris le soin de préciser que sa décision ne préjugait pas « *du caractère suffisant ou non du contrôle opéré en l'espèce par le tribunal administratif, caractère suffisant qu'il [reviendra] au Conseil d'Etat d'apprécier en premier lieu* » (§ 57).

Bien qu'il n'existe aucune automaticité entre contrôle normal et exercice par le juge de cassation d'un contrôle de qualification juridique des faits, le fait que soient en jeu des droits et libertés est aussi de ceux qui vous incitent à ne pas vous en tenir en cassation à un simple contrôle de dénaturation (pour l'exercice d'un contrôle de qualification juridique, voyez, sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant 26 juillet 2011, *Mme Sissako*, n° 335752, T. p. 1109, ccl. L. Olléon ; ou encore sur la notion de menace à l'ordre public en matière de droit des étrangers 3 mars 2003, *Ministre c/ Rakhimov*, n° 238662, p. 74, ccl. I de Silva ; en matière de harcèlement sexuel 15 janvier 2014, *La Poste*, n°362495, Lebon p. 2, ccl. B. Bourgeois-Machureau).

Dans un contexte où la voie de l'appel est désormais fermée pour les litiges en matière d'archives publiques, ce qui, soulignons-le, n'était pas le cas au moment où vous avez adopté la décision *Rouzaud*, l'exercice d'un contrôle de l'erreur de qualification juridique des faits nous paraît être le seul à permettre d'assurer complètement le respect de la proportionnalité des décisions prises sur les demandes de consultation anticipée.

Et si la Cour EDH estime, que, comme le recours pour excès de pouvoir, le pourvoi en cassation est une voie qui doit en principe être épuisée, au sens de l'article 35§1, avant qu'elle soit saisie (17 octobre 2013, *Winterstein et autres c/ France*, n° 27013/07 § 117 ; 28 septembre 1999, *Civet c/ France*, n° 29340/95, § 41 ; 25 mars 1992, *B. c/ France*, req. 13343/87, § 42), sa position ne préjuge en rien des cas où elle estimerait que l'intensité du contrôle ne permettrait pas de lui conférer le caractère d'un recours à la fois utile et suffisant devant être exercé pour épuiser les voies de recours internes. Or pour le traitement de la question en litige devant vous, nous doutons que la dénaturation, qui ne permet, vous le savez, que de saisir les cas dans lesquels les juges du fond ont donné de faits matériellement exacts une appréciation fautive et



tendancieuse<sup>30</sup>, atteint le seuil d'intensité requis. Plus largement, nous observons que se développe peu à peu en cassation, dans le champ des droits protégés par la convention, le contrôle de la qualification juridique des faits (voyez dans le champ de l'article 8, sur la notion d'atteinte disproportionnée à la vie familiale, Section, 11 juin 1999, *Cheurfa*, n° 187403 et *Minstre de l'intérieur c/ El Mouhaden*, n°185545, ccl. E. Honorat, Lebon p. 177).

Ces raisons nous poussent à vous inviter non seulement à consacrer l'exercice d'un entier contrôle sur la proportionnalité des refus opposés aux demandes de consultation anticipée d'archives publiques, mais aussi à vous livrer en cassation à un contrôle de la qualification juridique des faits.

Ce qui nous ramène aux pourvois, car c'est à un simple contrôle l'erreur manifeste d'appréciation que s'est livré le tribunal administratif de Paris pour juger légaux les refus attaqués.

Or pour les raisons que nous avons dites, en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait d'exercer un entier contrôle sur la proportionnalité des décisions de refus opposées à M. Graner, le tribunal administratif a fait de l'article L. 213-4 une application qui méconnaît les exigences articles 10 et 13 de la convention (voyez, pour un exemple de censure pour erreur de droit à avoir exercé un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au lieu d'un entier contrôle, 13 mai 2020, *M. Biti-Missi*, n° 417190, à mentionner aux T., ccl. C. Barrois de Sarigny).

Même si nous ne partageons pas le résultat de la mise en balance des intérêts à laquelle il s'est livré, c'est ce motif qui nous paraît devoir emporter la cassation car ce n'est qu'après avoir affirmé la nature du contrôle du juge de l'excès de pouvoir que vous pourrez vous saisir pleinement de la question de la proportionnalité des refus litigieux. S'agissant du jugement du 17 mai 2018, vous pourrez vous contenter d'annuler l'article 2, ce qui laissera subsister le non-lieu partiel prononcé par les premiers juges.

\*

C'est à cette question de la proportionnalité des refus que nous en arrivons enfin dans le cadre du règlement au fond des affaires, que nous vous invitons à effectuer.

Les documents que M. Graner veut obtenir sont couverts par le protocole d'une durée de soixante ans signé par le président Mitterrand le 15 février 1995 concernant les archives relatives à son activité de chef de l'Etat pendant ses deux septennats. Il inclut comme nous vous l'avons dit une possibilité de consultation anticipée sur accord du signataire ou de sa mandataire, Mme Dominique Bertinotti, désignée en cette qualité par décision du même jour. Une telle possibilité de consultation anticipée, qui constitue dans certains cas un droit, découle de toute façon directement, si vous nous avez suivie, du dernier alinéa de l'article L. 213-4.

Soulignons qu'en prévoyant la cessation des clauses relatives aux mandataires incluses dans les protocoles existants vingt-cinq ans après le décès de leurs signataires, la loi de 2008 a, de fait, programmé le terme anticipé de la mission de Mme Bertinotti, qui s'achèvera en janvier 2021. Les archives présidentielles de M. Mitterrand demeureront toutefois régies par le reste des clauses du protocole, en vigueur jusqu'au terme des soixante années prévues, c'est-à-dire jusqu'en février 2055. Si vous nous avez suivie ce sera, en l'absence de la mandataire, au

---

<sup>30</sup> Selon les mots du président Odent (*Cours de contentieux administratif*, tome II, p. 640), synthétisant l'approche retenue de cette notion à la suite de l'arrêt Simon (Assemblée, 4 janvier 1952, *Simon*, p. 13, ccl. Letourneur).

Président de la République en fonction qu'il reviendra alors de donner son accord, sur consultation du ministre de la culture, aux demandes de consultation anticipée dont les documents concernés pourraient faire l'objet.

Compte tenu des communications partielles intervenues depuis la première demande de M. Graner, le litige ne porte plus que sur le refus opposé à la communication de documents, pas ou plus classifiés, contenus dans onze dossiers ou sous-dossiers d'archives se rattachant à six cotes émanant de M. Bruno Delaye et de Mme Françoise Carle relatifs à la période 1990-1995, que votre 10<sup>e</sup> chambre s'est fait communiquer, hors contradictoire, par le ministre de la culture (sur cette façon de faire Section, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ Hüberschwiller*, n° 95310, p. 464, transposée au contentieux de la communication des archives publiques par votre décision *Rouzaud*, précitée).

Ces documents, nous les avons lus mais nous ne pouvons pas, s'agissant de ceux dont la communication constitue l'objet même du litige, faire publiquement état de leur contenu.

Nous pouvons tout de même dire qu'ils comportent des télégrammes diplomatiques, des notes au Président de la République ou des synthèses relatives à la situation au Rwanda, des comptes rendus de conseils des ministres restreints ou de points de situation sur l'actualité en Afrique, des verbatims de propos tenus par certains conseillers, des coupures de presse ou des discours officiels. Sur certains apparaissent des annotations manuscrites, dont les auteurs peuvent être ou non identifiables. Nombre d'entre eux, parce qu'ils formulent des propositions ou font état, de manière directe ou indirecte, de propos tenus sur les événements alors en cours Rwanda, révèlent, dans un contexte de cohabitation, les opinions personnelles, exprimées dans un cercle restreint, du chef de l'Etat, du Premier ministre, de ministres, de hauts fonctionnaires ou d'autres personnalités françaises ou étrangères sur la situation. Quelques-uns enfin portent sur d'autres sujets ou d'autres régions du monde que le Rwanda, en particulier sur l'ex-Yougoslavie.

Quoique très fourni, il nous paraît évident que ce corpus n'est pas complet. On peut raisonnablement penser que certaines choses ont été détruites et que d'autres sont restées orales. On peut aussi imaginer que d'autres d'éléments figurent dans les archives du ministère de la Défense ou du Quai d'Orsay, dont la communication n'est pas ici en litige. Nous relevons à cet égard que le périmètre des archives qui entrent dans le champ des travaux de la commission qui travaille actuellement sur les archives françaises relatives au Rwanda et au génocide des Tutsis est bien plus large, puisqu'il inclut même celles de la mission d'information parlementaire de 1998.

Le requérant soutient en particulier que les refus qui lui ont été opposés porteraient une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression, argumentation qui est cohérente avec sa démarche de préparation d'un ouvrage. Dans cette perspective il se prévaut de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme.

Pour vous assurer du respect du droit d'accès à l'information pouvant dans certains cas découler de cet article, il vous suffira de contrôler la légalité des refus qui lui ont été opposés au regard de l'article L. 213-4 du code du patrimoine, qui tel que nous vous proposons de l'interpréter, en incorpore toutes les exigences.

Pour ce faire vous devrez effectuer vous-mêmes l'opération de mise en balance dont nous vous parlions plus tôt, vous livrant ainsi à un exercice qui, dans bien des contentieux, vous

est déjà devenu familier (voyez en particulier, en matière de droit au déréfèrement, 6 décembre 2019, *Mme X et autres*, n° 391000 et a, à mentionner aux T., ccl. A. Lallet).

Nous vous invitons à y procéder en vous plaçant à la date à laquelle vous statuez, et non à la date de l'édition des refus attaqués<sup>31</sup> : c'est l'idée, chère à certains d'entre vous, d'appréciation dynamique de la légalité<sup>32</sup>.

Dans le contentieux du refus de communication des archives publiques comme dans celui du refus de communication des documents administratifs, il ne s'agit en effet pas tant pour le demandeur d'obtenir le rétablissement de la légalité par l'annulation rétroactive de l'acte que l'injonction de communiquer les documents demandés.

Au caractère essentiellement tourné vers l'avenir de ce contentieux s'ajoute que le refus du juge, dans l'épuration de l'excès de pouvoir, de prendre en compte les circonstances postérieures au refus attaqué et qui pourraient influencer sur sa légalité apparaît très formaliste (voyez, pour une évolution législative en cours d'instance : 24 octobre 2019, *Commune de Saint-Pierre du Peray*, T. p., ccl. A. Lallet contraires), le requérant pouvant à tout instant, comme en contentieux du refus d'abroger les actes réglementaires (8 juin 2016, *M. Kuchikian*, n° 386837, T. p 871, ccl. Decout-Paolini), provoquer un nouveau refus et donc nouer un nouveau contentieux (Section, 11 janvier 1978, *Cne de Muret*, n° 0528, Rec. p.5, ccl. Hubert) dans lequel le juge ne pourra se dérober à la prise en compte des circonstances auxquelles il s'était estimé tenu jusque-là de rester aveugle.

Disant cela, nous n'avons pas en ligne de mire le passage au plein contentieux, principalement parce que nous ne le croyons pas nécessaire. Il ne nous semble en particulier pas utile d'ajouter à la panoplie du juge administratif en matière de communication de documents, administratifs ou d'archives, un pouvoir de réformation des actes (voyez pour des développements sur la gamme des nuances du plein contentieux D. Botteghi et A. Lallet, *Le plein contentieux et ses faux-semblants*, AJDA 2011 p. 156).

Au cas particulier, il nous paraîtrait de plus difficile à articuler avec le système à double clef dans lequel l'administration auteure de la décision se borne à répercuter le refus d'accord de l'autorité versante.

Nous ne vous proposons pas non plus d'opérer subrepticement une révision générale de l'office du juge de l'excès de pouvoir en contentieux du refus, qui ne fait pas l'objet du renvoi des présentes affaires devant votre formation de jugement.

Notre ambition est plus modeste. Sans préjudice des hypothèses qui peuvent se trouver par ailleurs, dans lesquelles l'annulation du refus présenterait par elle-même un intérêt - on peut penser aux refus de permis de construire ou de titres de séjour - , ou encore à celles dans lesquelles la technicité de la matière s'opposerait à ce que vous incorporiez directement à votre analyse des circonstances postérieures au refus attaqué sans expertise préalable de l'administration, c'est uniquement la légalité du refus de communiquer un document, qu'il

---

<sup>31</sup> Proposition déjà faite par notre collègue A. Lallet dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Saint-Pierre du Peray* du 24 octobre 2019, n° 422546, à mentionner aux T., allant même jusqu'à proposer un passage au plein contentieux.

<sup>32</sup> Voyez Malverti et Beaufils, « *Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue* », AJDA 2020 p. 722.

s'agisse d'un document administratif ou d'archive, que nous vous invitons à apprécier à la date à laquelle vous statuez.

En phase avec votre temps, la solution que vous retiendriez ne serait du reste pas tout à fait isolée : vous l'avez déjà consacrée pour le refus d'abroger les actes réglementaires (Assemblée, 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n°s 424216, 424217, à publier au Rec, ccl. A Lallet) et en matière de droit au déréférencement (voyez 6 décembre 2019, *Mme X*, n° 391000, à mentionner aux T., ccl. A. Lallet ; voyez aussi les conclusions d'A. Bretonneau au stade du renvoi préjudiciel à la CJUE : Assemblée, 24 février 2017, *Mme C. et autres*, n°s 391000, 393769, 399999, 401258, Rec. p. 59), contentieux de premier ressort qui comme celui tendant à la communication de documents, singulièrement des archives publiques, présente la particularité d'être à la fois binaire et très sensible à l'écoulement du temps.

En l'espèce, disons tout de même que si vous nous suivez, la prise en compte des circonstances postérieures aux refus litigieux aura seulement pour effet de rendre plus franc le résultat de la pesée que vous devez effectuer, mais il ne le modifiera pas radicalement. De sorte que si vraiment vous n'aviez aucun appétit pour la question, vous pourriez aussi choisir de la réserver.

C'est à cette pesée qu'il faut en venir à présent.

Dans l'un des plateaux de la balance, vous devez rassembler les éléments qui pèsent en faveur de la consultation anticipée des documents demandés. Dans la logique de la Cour EDH, ce sont ceux qui justifient l'ouverture d'un droit d'accès sur le fondement de l'article 10. En effet, vous êtes saisis d'une demande tendant à la mise en œuvre d'un dispositif dérogatoire, dans le cadre duquel il appartient au requérant de justifier de l'intérêt qui s'attache à la consultation demandée<sup>33</sup>.

L'intérêt intrinsèque des documents en cause ne fait pas de doute. Ils constituent des sources documentaires originales qui éclairent une page importante et débattue de l'Histoire de notre pays. Plus largement, ils décrivent les événements qui se sont déroulés avant et pendant le génocide des Tutsis, la façon dont ils ont été perçus par les acteurs en présence et les réactions qu'ils ont suscitées de leur part, en particulier de celle de la France et de la communauté internationale. Leur contenu présente un intérêt public éminent.

L'intérêt légitime de M. Graner à en obtenir communication nous paraît lui aussi établi, ce dont d'ailleurs le ministre, qui avait, il faut le rappeler, donné dès l'origine un avis favorable à la communication des documents demandés, ne disconvient pas.

Nous vous l'avons dit, l'intéressé mène depuis plusieurs années un travail d'enquête sur le rôle de la France au Rwanda, qui a donné lieu à la publication de deux ouvrages documentés sur le sujet, dont l'un a été publié postérieurement aux refus attaqués.

Le fait qu'il soit membre d'une association qui se présente comme dénonçant toute forme d'intervention néocoloniale en Afrique et comme militant pour une refonte de la politique étrangère de la France sur ce continent n'affaiblit pas cet intérêt : il renforce au contraire le sentiment que M. Graner entend, par ses travaux, alimenter le débat public sur le sujet, jouant

---

<sup>33</sup> Il s'agit là d'une différence avec les demandes tendant à la communication de documents administratifs en vertu du code du patrimoine ou d'archives librement accessibles en vertu du code du patrimoine.

ainsi un rôle auquel la Cour accorde une protection particulière sur le fondement de l'article 10 (voyez *Magyar Helsinki Bisottsag c/ Hongrie*, §§ 164-168, et jurisprudence citée).

Dans cette logique, la teneur du positionnement du demandeur, ici clairement critique, est indifférent. Au regard des droits et libertés que l'existence d'une possibilité de consultation anticipée des archives publiques contribue à assurer, il serait très contestable d'en réserver le bénéfice aux seules personnes dont on peut penser qu'elles entendraient faire des documents obtenus une restitution élogieuse.

Quant à la profession de physicien de M. Graner, nous sommes fermement d'avis qu'elle n'est pas non plus de nature à atténuer l'intérêt légitime qu'il avance. Seuls comptent la nature des informations en possession de l'administration et le but de sa demande.

Dans l'autre plateau de la balance se trouvent les intérêts que la loi a entendu protéger. Bien qu'aucun des documents en litige ne soit classifié, ces intérêts pèsent lourd puisqu'en dehors du secret des délibérations du Gouvernement et du pouvoir exécutif et la conduite des relations extérieures, qui font l'objet en droit commun des archives d'une protection de vingt-cinq ans (L. 213-2, 1<sup>o</sup>, a)), certains éléments qu'ils contiennent mettent en jeu les intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure, qui relèvent en principe d'une protection de cinquante ans (L 213-2, 1<sup>o</sup> b)).

Il vous faut également prendre garde à ne pas bouleverser l'équilibre si fragile permis par les protocoles, destinés à favoriser le versement et la conservation, plutôt que la destruction des archives.

Toutefois, à la lumière de nos lectures de ces derniers mois sur le sujet qui nous occupe et pour autant que nous puissions percevoir toute la portée des informations qu'ils contiennent, aucun des documents que nous avons eus entre les mains ne nous a paru comporter d'élément dont la sensibilité serait telle qu'elle ferait par elle-même obstacle à ce que leur consultation anticipée puisse être autorisée, ce qui aurait à nos yeux été le cas si leur divulgation avait été de nature à mettre en danger des personnes.

Certains éléments sont en outre de nature à atténuer l'intensité du risque qu'une telle divulgation pourrait faire peser sur les intérêts supérieurs de l'Etat.

Parmi ces derniers figure bien sûr l'écoulement du temps. Vous plaçant à la date d'aujourd'hui vous constaterez que les documents demandés ont entre vingt-cinq et trente ans, c'est-à-dire plus d'une génération. Depuis, certaines des personnalités qu'ils concernent, à commencer par M. Mitterrand, sont décédées, et beaucoup ne sont plus aux fonctions. Si le droit commun s'appliquait, une partie d'entre eux, même si ce n'est pas le cas de tous, serait d'ailleurs déjà devenue librement communicable, le secret des délibérations du gouvernement et la conduite des relations extérieures n'étant couvertes que par une protection de vingt-cinq ans.

Mais c'est aussi et peut-être surtout le fait qu'un certain nombre documents d'archives de l'Elysée relatifs à la période du génocide et à celle qui l'a précédée ont été rendus publics ou ont pu être consultés par d'autres qui contribue à alléger de façon considérable l'atteinte que leur communication à M. Graner porterait aux intérêts protégés par la loi, et qui renforce peut-être aussi l'intérêt qui s'attache à ce qu'ils fassent l'objet de regards croisés.

Certains documents ayant trait à cette période ont en effet été annexés au rapport de la mission d'information parlementaire de 1998. D'autres, parmi ceux qui sont en litige, sont cités au mot près dans certains des ouvrages que nous avons lus. Sans compter les autorisations qui ont nécessairement été délivrées aux membres de la commission présidée par le professeur Duclert, mérite aussi d'être mentionné un article intitulé « *Que disent les archives de l'Élysée ?* » publié par la professeure de droit Rafaëlle Maison dans le numéro de mai 2010 de la revue *Esprit*, qui consacrait un dossier au Rwanda, qui rend compte de ce que l'auteure a eu accès à des archives couvertes par le protocole du 15 février 1995 et dont elle détaille le contenu.

Dans ces conditions, même si certaines phrases, certains mots qui y sont retranscrits sont de nature à porter préjudice à ceux qui les ont prononcés ou écrits, la balance penche à nos yeux très nettement en faveur du requérant, sans qu'il y ait lieu pour vous d'opérer de tri entre les documents demandés.

Nous y insistons, quand bien même certains documents compris dans les dossiers demandés feraient état de dissensions au sein du pouvoir exécutif en période de cohabitation ou référence à des événements, qui sans lien direct apparent avec le Rwanda, vous sembleraient hors sujet. Car cela est peut-être faux, s'agissant d'éléments contemporains de l'objet d'étude du requérant. En l'absence d'atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi, vous déborderiez votre rôle en ajoutant une troisième forme d'altération aux deux prismes déformants que sont déjà l'inévitable incomplétude du corpus demandé et le caractère forcément rétrospectif du regard porté sur les sources historiques, qui découle du passage du temps.

Si vous nous suivez, vous annulerez en bloc les refus du ministre, ce qui vous dispensera de vous prononcer sur les autres moyens des requêtes.

Il vous restera à statuer sur les conclusions à fin d'injonction présentée par M. Graner. Vous ferez alors face à une dernière petite aspérité qu'à défaut de pouvoir faire disparaître, il vous faudra surmonter. Car l'annulation pour excès de pouvoir des refus que le ministre avait compétence liée pour opposer à M. Graner laissera subsister les avis rendus par Mme Bertinotti, dont vous n'avez examiné le bien-fondé que par la voie de l'exception. En enjoignant au ministre de communiquer au requérant les archives demandées, vous lui enjoindrez donc nécessairement de méconnaître ces avis auxquels il était pourtant tenu, ou si vous préférez, de les écarter.

PCMNC à l'annulation de l'article 2 du jugement du 17 mai 2018 et à l'annulation du jugement du 21 mars 2019, à l'annulation des décisions de refus du 2 avril 2016 et du 29 août 2017 de la ministre de la culture, à ce que soient communiqués à M. Graner, dans un délai de trois mois à compter de la notification de votre décision, les documents restant en litige, émanant de Mme François Carle et de M. Bruno Delaye, et à ce que l'Etat verse à l'intéressé une somme de 4000 € au titre des frais de procédure.