



Secret Défense et libertés constitutionnelles au Japon

Éric Seizelet

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC** 2020/4 Juillet , PAGES 1067 À 1097

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

ISBN 9782275074450

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2020-4-page-1067?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

DOCTRINE

DROIT ÉTRANGER

Secret Défense et libertés constitutionnelles au Japon

par **Éric SEIZELET**

*Professeur émérite à l'Université de Paris
Membre de l'Institut français de recherche sur l'Asie de l'Est
(IFRAE)*

SOMMAIRE

- I. — ORIGINE ET MOTIVATIONS DU SECRET DÉFENSE AU JAPON
 - A. — *Le contexte de la loi de décembre 2013*
 - B. — *Une réglementation jusque-là disparate*
- II. — L'ÉCONOMIE DU RÉGIME JURIDIQUE DU SECRET DÉFENSE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX
 - A. — *Le droit de savoir malmené ?*
 - B. — *La liberté de l'information compromise ?*
 - C. — *Les libertés académiques menacées ?*
 - D. — *Le respect de la vie privée écorné ?*

III. — LES ALÉAS DU CONTRÔLE SUR LE SECRET DÉFENSE

- A. — *Un contrôle bureaucratique piloté par l'administration du Cabinet*
- B. — *Un contrôle politique par des instances dédiées de la Diète peu contraignant*
- C. — *Un contrôle juridictionnel incertain*

Le 25 août 2013, le Cabinet Abe Shinzô soumettait à la Diète un projet de loi sur la protection des « secrets spécialement désignés », *tokutei himitsu*. Approuvée par le Parlement japonais le 6 décembre de la même année, la nouvelle loi devait entrer en vigueur le 10 décembre 2014. Pour la première fois, le Japon se dotait d'un dispositif d'ensemble intégrant la défense, la diplomatie, les activités subversives et le terrorisme dans un système de classification et de répression des violations des secrets détenus par les administrations centrales. Très rapidement, cette loi fut considérée comme l'un des maillons d'une série d'initiatives législatives et réglementaires qui, depuis l'administration Koizumi en 2001, allaient profondément affecter l'organisation et le fonctionnement de la politique de défense et de sécurité de l'archipel :

- élévation de l'Agence de Défense en ministère de plein exercice et recomposition subséquente du « contrôle civil » (janvier 2007) ;
- assouplissement des règles en matière d'exportation d'armements (avril 2014) ;
- reconnaissance du principe d'autodéfense collective, création d'un Conseil de sécurité nationale, accroissement des missions des Forces d'autodéfense (FAD) à l'international, approfondissement de la coopération stratégique entre Tôkyô et Washington dans le cadre des accords de sécurité nippo-américains (juin-septembre 2015).

De façon plus générale, la coalition gouvernementale actuelle, au pouvoir sans désemparer depuis décembre 2012, affiche une posture résolument nationaliste qui vise expressément à se démarquer du « legs » de l'après-guerre, par la reprise en main du système éducatif avec la modification – controversée – en décembre 2006, de la Loi fondamentale sur l'éducation de 1947 et surtout par la révision de la Constitution de 1946, adoptée sous occupation étrangère, que le Premier ministre Abe Shinzô appelle de ses vœux. En ce sens, la loi sur la « protection des secrets spécialement désignés » ne peut être envisagée abstraction faite de cet environnement particulier. Toujours est-il que cette loi, qui venait quelques mois à peine après la déclaration de Tshwane de juillet 2013 sur les principes globaux relatifs à la sécurité nationale et au droit de l'information, attira l'attention de nombreux observateurs à l'extérieur même de l'archipel (1). Le présent article

(1) Pour le texte de la déclaration de Tshwane, qui n'est pas un accord international contraignant, et souvent invoquée par les opposants à la loi, « The Global Principles on National Security and the Right to Information (The Tshwane Principles) », Justice Initiative 12 juin 2013, www.justiceinitiative.org/publications/global-principles-national-security-and-freedom-information-tshwane-principles. Pour une présentation générale de la

est cependant axé plus particulièrement sur la question du secret Défense. D'une part, parce qu'elle est significative des tensions récurrentes entre la nécessité d'assurer la sauvegarde des intérêts supérieurs de la Nation, l'exigence grandissante d'une plus grande transparence de l'action administrative et les garanties propres à l'État de droit (2). D'autre part, parce qu'au Japon tout ce qui touche aux évolutions de la politique de défense reste particulièrement sensible du fait de la clause pacifiste de la Loi fondamentale japonaise et du statut – pour le moins ambigu – des Forces d'autodéfense, *Jieitai*, qui fut longtemps l'un de clivages majeurs de l'après-guerre. Et aussi parce que les enjeux et problématiques sous-jacents sont très largement identiques aux autres domaines visés par la loi. Il s'efforcera en conséquence de répondre à la question suivante : en quoi la loi sur les « secrets spécialement désignés » correspond-elle à un intérêt public, celui de la défense nationale, digne d'être juridiquement protégé ? Pour cela, il importe de rappeler l'origine du secret Défense dans le Japon d'après-guerre (I), de situer la loi de 2013 dans le régime des droits fondamentaux garantis par le chapitre III de la Constitution japonaise (II) et d'évoquer les contrôles encadrant le secret Défense (III).

I. — ORIGINE ET MOTIVATIONS DU SECRET DÉFENSE AU JAPON

La Cour suprême ayant statué que l'article 9 de la Loi fondamentale n'avait pas pour effet de laisser le Japon sans défense et sans résistance contre une agression, elle a reconnu implicitement que, dans les limites de ce droit à l'autodéfense individuelle résiduelle, le fait de se doter d'une réglementation sur les secrets d'État n'était pas constitutionnellement illégitime (3). Cette

loi de 2013, Williams B., « Japan's Evolving National Security Secrecy Security System: Catalysts and Obstacles », *Pacific Affairs* sept. 2013, vol. 86, n° 3, p. 493 à 513. Repeta L., « A New State Secrets Law for Japan? The Abe Proposal », *The Asia Pacific Journal* oct. 2013, vol. 11, n° 42, <https://apjif.org/2013/11/42/Lawrence-Repeta/4011/article.html>. Du même auteur, « Raising the Wall of Secrecy in Japan. The State Secrecy Law of 2013 », *Meiji Law Journal* 2014, vol. 21, p. 13 à 34. Halperin M. H. et Hofsommer M. M., « Japan's Secrecy Law and International Standards », *The Asia Pacific Journal* août 2014, vol. 12, n° 37, <https://apjif.org/-Molly-M--Hofsommer--Morton-H--Halperin/4183/article.pdf>. Stockwin A., « Japan's designated secrets law », in Kingston J. (dir.), *Press Freedom in Contemporary Japan*, 2017, London and New York, Routledge, p. 110 à 118.

(2) Fougerouse J., « Le secret de la défense nationale », *RDP* sept.-oct. 2003, n° 5, p. 1449 à 1480 ; Videlin J.-C., *Droit de la défense nationale*, 2014, Bruxelles, Bruylant, p. 67 à 68 et 146 à 150 ; Cursoux-Bruyère S., « L'armée française et le secret : contribution à l'étude d'un régime juridique dérogoire », *Les Cahiers de droit sept.-déc.* 2015, vol. 56, n° 3-4, p. 355 à 388.

(3) C. suprême, ass., 16 déc. 1959 : *Keishû*, vol. 13, n° 13, p. 3225 et s. *Contra*, Yamauchi T., « Jieitai saiban to gunji kimitsu. Konishi hansen jieikan saiban kôsoshin hanketsu ni kanren shite » (Les procès concernant les FAD et les secrets militaires.

reconnaissance implicite est d'ailleurs déconnectée du statut même des FAD sur lequel haute juridiction n'a jamais clairement tranché. Pour prendre la mesure des enjeux en cause, il convient tout d'abord de retracer le contexte dans lequel intervient la loi de décembre 2013 (A) qui vient unifier le régime, jusque-là éclaté, des secrets d'État (B).

A. — *Le contexte de la loi de décembre 2013*

Si le Japon s'est doté d'une législation, sur la protection des « secrets spécialement désignés », c'est en partie pour répondre à la vulnérabilité de l'archipel aux activités d'espionnage en provenance, notamment, de la Corée du Nord, de la Chine et de l'URSS (Russie). Dans les années 1980, le Japon passait – non sans exagération parfois – pour être le « paradis des espions », *supai no tengoku*, selon l'expression utilisée jusqu'à l'ancien Premier ministre Nakasone Yasuhiro (1918-2019) (4). Cette prise de conscience faisait suite aux révélations à huis clos, devant la commission spéciale de l'information de la Chambre des représentants du Congrès américain en juillet 1982, d'un transfuge du KGB, le commandant Stanislav Levchenko, qui avait approché plus de 200 personnalités japonaises des milieux politiques, économiques et médiatiques. Des dires confirmés par un autre transfuge du GRU – la direction générale du renseignement de l'état-major soviétique puis russe –, en Grande-Bretagne cette fois, Victor Souvorov. À l'appui du discours selon lequel le Japon était une cible idéale pour les activités d'espionnage, on faisait valoir les arguments suivants :

- bien que grande puissance économique et technologique, sa culture déficiente en matière de protection de l'information le rendait perméable aux tentatives de pénétration en provenance de l'étranger ;
- le Japon ne disposait pas de service de répression des activités d'espionnage en bonne et due forme, relevant de services spécialisés de la sécurité publique, *kôanbu*, de la police nationale ou métropolitaine de Tôkyô ;
- les risques étaient minimes : les personnels des ambassades impliqués étaient couverts par l'immunité diplomatique.

Quant aux autres ressortissants étrangers, faute de législation spécifique, la police était obligée de « bricoler » avec la réglementation issue du droit pénal général ou spécial : vol, extorsion, séjour irrégulier sur le territoire, violation d'enceinte publique ou de propriété privée, infractions à la législation sur les télécommunications ou à la protection des données informatiques... Avec des peines peu adaptées, voire peu dissuasives. L'éclatement de certaines affaires

À propos de la décision d'appel sur l'affaire *Konishi* et du procès fait à un membre des FAD antimilitariste), Jurisuto août 1977, n° 646, p. 113 ; Shimizu H., « Shiru kenri to masu media no sekinin » (Le droit de savoir et la responsabilité des médias), *ibid.*, juin 1972, n° 507, p. 35. Ces deux auteurs estiment que la clause pacifiste de l'article 9 est incompatible avec le principe même du secret Défense.

(4) Ch. des Conseillers, comm. du Cabinet, 13 juin 1985, n° 16.

vint à point nommé pour tenter de faire bouger les lignes comme notamment l'arrestation, en janvier 1980, de l'ancien général Miyanaga Yukihisa, dénoncé par Levchenko via la CIA, et de deux de ses anciens subordonnés, officiers d'active des Forces terrestres d'autodéfense (FTA), pour des contacts suspects avec l'attaché militaire soviétique à Tôkyô Youri Kozlov. Pour la première fois dans l'histoire de l'après-guerre, la police avait été amenée à faire des perquisitions dans les locaux des FAD ; le scandale, sans précédent à ce niveau de responsabilité, avait entraîné la démission du chef de l'état-major des FTA, Nagano Shigeto (1922-2010), ainsi que du directeur de l'Agence de Défense Kubota Enji (1903-1998) et la sous-commission spéciale du Parti libéral-démocrate (PLD) au pouvoir du comité d'étude sur les questions de sécurité avait produit, en avril de la même année, une « avant-proposition de loi de prévention des activités d'espionnage dans le domaine de la défense nationale ». En juin 1985, après une campagne nationale conduite auprès des collectivités locales – 2 498 assemblées locales avaient voté des résolutions en ce sens – le PLD introduisit à la Diète une proposition de loi de « prévention des activités d'espionnage concernant les *secrets d'État* », mais en décembre de la même année, faute d'avoir été adopté à temps lors de la session parlementaire, et devant le feu des critiques – très largement reprises pour contester la loi de 2013 – la proposition devenait caduque. Il est vrai qu'entre avril 1980 et juin 1985, le changement de dénomination de la proposition de loi avait jeté la suspicion sur les intentions réelles du parti majoritaire (5). Enfin, la relation avec les États-Unis joua un également un rôle capital : dès juin 1957, selon des documents récemment déclassifiés du ministère japonais des Affaires étrangères, le secrétaire d'État John F. Dulles (1888-1959) et l'amiral Arthur W. Radford (1896-1973), président du *Joint Chiefs of Staff*, ont demandé au Premier ministre Kishi Nobusuke (1896-1987), en visite à Washington, de mettre en place une législation sur les secrets d'État (6). En octobre 2000, le secrétaire adjoint du département d'État Richard Armitage, dans son rapport intitulé *United States and Japan : Advancing towards a Mature Partnership*, appelait également, entre autres, au renforcement de la coopération bilatérale en matière de renseignement, à un rôle plus actif du parlement japonais dans ce domaine et à une campagne de soutien, dans l'archipel, en faveur d'une réglementation concernant les secrets d'État et, depuis octobre 2005, dans le cadre des réunions du *Japan-United States Security Consultative Committee* (SCC) les officiels américains n'ont eu de cesse de faire pression sur la partie

(5) Ueda S. et Sakamoto O., *Kokka kimitsuhô no subete* (Tout sur la loi sur les secrets d'État), 1985, Tôkyô, Aoki shoten ; Nakayama K. et Saitô T., *Sôhihan kokka kimitsuhô* (Critique globale de la loi sur les secrets d'État), 1985, Kyôto, Hôritsu bunkasha ; Saitô T., *Kokka kimitsu hôsei no kenkyû* (Recherches sur le régime juridique des secrets d'État), 1987, Tôkyô, Nippon hyôronsha. V. également la revue Hôritsu jihô nov. 1985, vol. 57, n° 12, n° spécial « Gendai kokka to supai bôshi hôan » (L'État contemporain et la proposition de loi de prévention de l'espionnage), p. 4 à 57.

(6) Tôkyô shinbun, 20 déc. 2018.

japonaise pour faire évoluer la réglementation en vigueur (7). On ne cachait guère, du côté de Washington, qu'à défaut, l'Administration américaine serait réticente à délivrer des informations sur les chasseurs F-35 que le gouvernement japonais cherchait à se procurer. Le Premier ministre Abe pour sa part a lié la nouvelle législation à la création du nouveau Conseil de sécurité nationale dont les membres étaient appelés à être les principaux interlocuteurs de leurs homologues américains. Le Japon dépendant pour sa sécurité des États-Unis, son accès aux informations confidentielles américaines, dans un contexte marqué par la persistance des tensions régionales et la diffusion massive des nouvelles technologies de l'information et de la communication, était d'un intérêt vital (8). À cet égard, le gouvernement japonais subit aussi vraisemblablement le contrechoc des affaires *Manning* (2010) et *Snowden* (2013) aux États-Unis où des centaines de milliers d'informations confidentielles avaient transpiré dans la presse. La question avait refait surface en tout cas à partir de septembre 2010, à l'occasion de la collision entre un bâtiment des garde-côtes japonais et un navire de pêche chinois aux agissements suspects dans les eaux des îles Senkaku, dont la souveraineté est disputée entre Tôkyô et Pékin. Or, si la vidéo de l'incident avait été diffusée sur le Web sans autorisation du Cabinet, elle n'avait pas été classifiée et l'auteur de la divulgation, suspendu, ne fut pas pénalement poursuivi. Cependant, une partie de la presse s'était alors insurgée contre cette divulgation présentée comme une manœuvre visant à saborder toute tentative de dialogue constructif entre les deux capitales, et le gouvernement Noda avait fait part de son intention, en août 2011, de saisir à nouveau le Parlement, d'un projet de loi sur la « protection des secrets ». Nouvel échec car, le mois suivant, la direction législative du Cabinet – l'organe de conseil du gouvernement consulté sur les projets de loi soumis à la Diète – avait contesté l'utilité d'une telle initiative. Mais avant même l'alternance, en juin 2006, une équipe spécialisée de la Commission des études politiques du PLD – l'organe de planification politique du Parti – avait déjà recommandé de muscler davantage le dispositif et les sanctions en matière de secrets d'État. En août 2007, le gouvernement avait décidé d'introduire un premier régime homogène de recension et d'habilitation pour les secrets les plus importants concernant la sécurité, la diplomatie et les « autres intérêts importants de l'État », opérationnel depuis avril 2009 (9). Abe ne venait donc pas en terrain vierge après l'échec de 1985. En fait, les deux principaux

(7) Se rapporter aux confidences de l'ancien directeur du renseignement national américain, l'amiral Dennis C. Blair, sous l'administration Obama ; *Asahi shinbun* 6 oct. 2013.

(8) Suga Y., « Abe seiken wa 2014 nen nihon wo kô kaeru » (Et c'est ainsi que l'administration Abe changera le Japon en 2014), *Bungei shunjû* févr. 2014, vol. 92, n° 3, p. 110 à 118.

(9) À la fin 2012, on estimait que 420 000 pièces figuraient dans cette catégorie, dont 37 000 pour le ministère de la Défense pour 60 480 personnes habilitées ; *Asahi shinbun* 6 janv. 2014.

partis de gouvernement du pays étaient d'accord sur la nécessité de renforcer le régime de protection des données sensibles détenues par les administrations, mais divergeaient sur le champ d'application des secrets et la place du curseur entre confidentialité renforcée et transparence administrative. La gauche, agitant le spectre des lois sur la protection des secrets militaires, *gunki himitsu hogohô* (août 1937) et sur la sécurité et la défense nationale, *kokubô hoanhô* (mars 1941), adoptées dans des contextes de guerre et de militarisation de la société japonaise, vota contre le projet de loi comme on pouvait s'y attendre, et le Parti démocrate, en dépit d'ultimes manœuvres d'obstruction, ne put s'opposer au « vote forcé » du projet de loi par la majorité.

Le gouvernement Abe a donc réussi là où son prédécesseur, Nakasone Yasuhiro, avait échoué. Aux élections générales anticipées de décembre 1983, si le PLD avait maintenu sa position dominante avec 250 sièges à la chambre basse, il avait perdu la majorité absolue des sièges suite à la condamnation, au mois d'octobre précédent, de l'ancien Premier ministre Tanaka Kakuei (1918-1993) à 4 ans de prison ferme pour corruption. Et l'opposition centriste et de gauche était suffisamment forte, et ses relais dans les milieux syndicaux, les médias et les intellectuels suffisamment importants, pour contraindre le gouvernement à la prudence. Trente ans plus tard, la recomposition du paysage politique et syndical ainsi que l'éclatement du milieu intellectuel et médiatique se sont soldés par la marginalisation des forces « progressistes » et un virage à droite de l'ensemble de la classe politique qui ont permis des avancées législatives en matière de situation d'exception, de gestion des crises et de sécurité nationale, impensables il y a deux décennies. Par ailleurs, Abe a bénéficié de la victoire de sa majorité lors du renouvellement partiel de la chambre haute, la Chambre des conseillers, en juillet 2013, qui lui a permis d'obtenir la majorité dans les deux chambres de la Diète, mettant un terme à une situation de « distorsion » compliquant singulièrement l'adoption des projets de lois et du budget. Enfin, et c'est moins connu, il a procédé à une reprise en main de la direction législative du Cabinet qui faisait traditionnellement autorité en matière d'interprétation constitutionnelle : en juillet 2013, le remplacement de Yamamoto Tsuneyuki à la tête de cette direction par l'ancien ambassadeur de France, Komatsu Ichirô (1951-2014), un diplomate de carrière réputé proche du Premier ministre, contre les usages qui auraient voulu que le vice-directeur de cette direction, Yokobatake Yûsuke, – un homme du sérail – fût promu à ce poste, n'est pas passé inaperçu. Or, Yamamoto était hostile à une réinterprétation de l'interdiction de l'autodéfense collective. Et le secrétaire général du Cabinet, Suga Yoshihide, avait tenu à rappeler publiquement, le mois souvent, lors d'une conférence de presse, qu'en l'absence de décision de la Cour suprême, seul le gouvernement avait la responsabilité ultime d'interpréter la Loi fondamentale (10). Il était clair que, pour le gouvernement Abe, l'avis

(10) Asahi shinbun 22 août 2013.

donné par la direction législative du Cabinet était purement consultatif, et que son rôle de conseiller juridique du gouvernement ne devait pas le conduire à faire obstacle aux évolutions interprétatives qu'il jugeait nécessaires, ni à s'arroger *de facto* une sorte de contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois.

B. — Une réglementation jusque-là disparate

Avant 2013, le Japon n'était pas totalement dépourvu de dispositifs de lutte contre la violation du secret Défense, mais épars et d'une portée limitée. Outre les sanctions administratives les plus lourdes – révocation ou mise à pied – frappant les agents de la défense convaincus d'intelligence avec une puissance étrangère, le régime de protection des secrets Défense a subi des évolutions multiples allant toutes vers l'aggravation des sanctions encourues.

Il y a tout d'abord l'obligation de confidentialité, *shuhi gimu*, qui résulte de l'article 59 de la loi sur les FAD qui concerne les « agents civils et militaires », *taiin*, de la Défense et qui leur impose, ainsi qu'à ceux ayant quitté leurs fonctions, de ne point divulguer les secrets dont ils avaient pu connaître à l'occasion du service. En vertu de l'article 118, alinéa 1-1 de cette même loi, la violation de l'obligation de confidentialité, qui s'applique également aux anciens agents du ministère, est passible d'une peine qui ne peut dépasser un an de travaux forcés ou une amende de 500 000 yens (11). La loi réprime également d'une peine similaire l'incitation, l'ordre, l'assistance à la divulgation, mais non la tentative et la faute de service. On notera ainsi que, sur ce point, la loi sur les FAD ne se distingue pas fondamentalement des dispositions similaires relatives à l'obligation de confidentialité concernant les fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales. C'est sur cette base que Miyanaga et les deux officiers subalternes précités avaient été condamnés respectivement à 1 an et 8 mois ferme de travaux forcés. La violation de l'obligation de confidentialité avait été également retenue à l'encontre d'un capitaine de corvette des Forces maritimes d'autodéfense (FMA) qui, en juin 2000, avait reproduit et transmis à l'attaché naval russe, agent du GRU, des documents confidentiels : le tribunal de district de Tôkyô l'avait condamné, en mars 2001, à 10 mois de prison ferme. L'incident avait poussé le gouvernement à installer en mars 2003, dans chacune des trois armes, un « commandement de la sécurité de l'information », *jôhō hozentai*, dont la mission principale consistait à mieux surveiller les contacts entre les personnels des FAD et l'extérieur, les accès aux installations de défense ainsi que la circulation des informations en direction des personnes étrangères à la fonction publique. En août 2009, ces trois commandements avaient fusionné en un « commandement de la sécurité de l'information des FAD » comportant environ 1 000 hommes, placé sous l'autorité directe du ministre de la Défense. Toutefois, en juin 2007, le Parti communiste

(11) Instr. min. Défense n° 37, 27 avr. 2007 relative à la préservation du secret, art. 7.

japonais révéla que le commandement de la sécurité de l'information des FTA avait illégalement outrepassé sa mission en mettant en place un système de surveillance et de fichage des activistes et militants contre l'intervention des FAD en Irak et plus généralement des mouvements antigouvernementaux (12).

La deuxième catégorie concernait la création d'une nouvelle catégorie de secrets, le secret Défense, *bôei himitsu*, introduite en 2001 par une modification de l'article 96 de la loi sur les FAD, en liaison avec les deux affaires d'espionnage précitées, et au lendemain des attentats terroristes du 11 septembre 2001. Le secret Défense couvrait les informations répondant à quatre conditions cumulatives :

- elles devaient s'inscrire dans une nomenclature en dix points allant du fonctionnement des FAD, à la composition et aux procédés de communication, en passant par la collecte de documents en matière de recherche et de développement, les armements, munitions et autres équipements militaires, les installations de défense, les systèmes de cryptage... ;

- les matières en question n'étaient pas publiques ;

- leur confidentialité devait être préservée à de fins de défense nationale ;

- elles faisaient l'objet d'une décision de classification par le directeur de l'Agence – le ministre – de la Défense, dans les conditions précisées par une ordonnance du Cabinet, *seirei*.

En conséquence de cet amendement, entre mai 2006 et avril 2007, 130 000 pièces appartenant aux « secrets ministériels », *shôhi*, furent transférées dans la nouvelle catégorie (13). Étaient concernés par le secret Défense non seulement les fonctionnaires civils et militaires de l'État ayant à connaître par leurs fonctions de tels secrets, mais également « toutes les personnes ayant pour mission ou fonction de manipuler et de traiter des secrets Défense », dans les conditions précisées elles aussi par ordonnance du Cabinet, ce qui allait bien au-delà des fonctionnaires de la défense japonaise, mais visait aussi bien par exemple les personnels de firmes privées travaillant pour les services de la défense. Par rapport à l'obligation de confidentialité, les sanctions étaient alourdies : l'article 122, alinéa 1 de la loi sur les FAD punissait non seulement la violation ou la tentative de violation du secret Défense d'une peine de travaux forcés qui ne pouvait excéder 5 ans, mais aussi l'incitation, l'encouragement, le complot en vue de cette divulgation (peine de travaux forcés n'excédant pas 3 ans) ainsi que la divulgation non intentionnelle, par faute, du secret Défense passible, elle, d'une peine de prison qui ne pouvait excéder un an ou d'une amende de 30 000 yens (art. 123, al. 3).

(12) Sur la question, Shinbun Akahata 7 juin 2007. Également, Maeda T., *Jieitai hen'yô no yukue* (Les Forces d'autodéfense et leur métamorphose), 2007, Tôkyô, Iwanami shoten, p. 13 et 105 ; Kôketsu A., *Bôsosuru Jieitai* (Les dérives des Forces d'autodéfense), 2016, Tôkyô, Chikuma shobô, p. 165 et s.

(13) Tamura S. *et al.*, *Nihon no bôei hôsei* (Le régime juridique de la défense nationale au Japon), 2012, Tôkyô, Naigai shuppan, p. 614 et s.

La troisième catégorie de secrets liés à la défense nationale se rapportait au partenariat de sécurité avec Washington. Il y a tout d'abord les « secrets Défense particuliers », *tokubetsu bōei himitsu*, liés aux accords de sécurité et d'assistance mutuelle nippo-américains, couvrant la fabrication, la composition, la livraison, l'utilisation, la maintenance et la nomenclature des équipements et matériels américains livrés au Japon. Les personnes ayant collecté, pris connaissance ou divulgué des secrets Défense particuliers par des moyens illicites, ou avec pour finalité de nuire à la sécurité nationale, s'exposent à une peine qui ne peut excéder 10 ans de travaux forcés. Comme en matière de secret Défense, la loi a entendu punir la tentative, l'incitation et la divulgation délictuelle de ce type de secret (14). Par ailleurs, en vertu de l'article 6 du traité de sécurité nippo-américain et de l'application de l'accord administratif sur le stationnement des forces américaines au Japon, la même peine de 10 ans de travaux forcés sanctionne la divulgation intentionnelle et illégale de secrets militaires américains : une disposition qui vise plus particulièrement les fuites éventuelles à l'occasion de contrats en matière de défense conclus directement entre l'Administration américaine et des firmes japonaises. Il a été fait application pour la première fois de la notion de « secrets de défense particuliers » en avril 2007, lorsque la police militaire et la police du département de Kanagawa mirent à jour la communication par un capitaine de corvette, auprès de l'un de ses collègues de l'École navale des FMA de Hiroshima dont l'épouse s'avéra être une ressortissante chinoise en situation irrégulière, de plans secrets concernant le système de défense antimissile AEGIS devant équiper des bâtiments des FMA. Dans cette affaire, 17 personnes avaient été suspendues, trois révoquées. En mars 2011, quand bien même, il n'y avait pas eu de divulgation à l'extérieur des FAD, la Cour suprême avait confirmé la condamnation de l'ancien capitaine à 2 ans et demi de travaux forcés assortie de 4 années de sursis (15). Enfin, il faut mentionner l'accord bilatéral nippo-américain, *General Security of Military Information Agreement* (GSOMIA) conclu le 10 août 2007, qui définit les modalités de la coopération entre les deux pays en matière de traitement, de conservation et de circulation de l'information et du renseignement militaires, et qui n'est pas étranger à la décision du Cabinet Koizumi d'introduire, en décembre 2003, un système de défense antimissile pour lequel la coopération avec Washington était indispensable ni, plus récemment, à l'épisode des fuites concernant le système AEGIS et au renforcement subséquent de la protection des secrets en août 2007.

(14) L. n° 166, 9 juin 1954 portant protection des secrets se rapportant aux accords de sécurité mutuelle (MSA) nippo-américains.

(15) Nihon keizai shinbun, 3 mars 2011.

II. — L'ÉCONOMIE DU RÉGIME JURIDIQUE DU SECRET DÉFENSE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

Ce fut là l'un des points d'achoppement majeurs du nouveau dispositif de la loi de 2013. Tout en reprenant la typologie des informations couvertes par le secret Défense et des raisons justifiant leur classification depuis 2001 (16), la répression des infractions préparatoires et connexes, elle élargit son champ d'application *ratione personae* au-delà des FAD et aggrave sensiblement l'échelle des peines : la violation du secret Défense par les agents responsables (art. 23), tout comme le délit d'obtention frauduleuse (art. 24) étant désormais passibles d'une peine de travaux forcés ne pouvant dépasser 10 ans *et* de 10 millions de yens d'amende. Loi « liberticide » pour les uns du fait du flou supposé des infractions et des personnes concernées. Indispensable pour consolider la relation de confiance avec les États-Unis et pallier les failles d'un régime lenifiant de protection de secrets d'État pour les autres, la loi de 2013 fit l'objet d'appréciations contradictoires (17). Il est vrai que le nouveau régime de protection des « secrets spécialement désignés » soulève un certain nombre d'interrogations se rapportant aux libertés publiques : « le droit de savoir » (A), la liberté de l'information (B), les libertés académiques (C) et le respect de la vie privée (D).

(16) « Tokutei himitsu no shitei oyobi sono kaijo narabini tekisei hyôka no jitchi ni kanshi tôitsutekina un'yô wo hakaru tame no kijun » (Critères visant à un fonctionnement homogène des principes concernant l'habilitation, la classification et la déclassification des secrets spécialement désignés) [ci-après « Kijun »], Cabinet, 14 oct. 2014, www.cas.go.jp/jp/tokuteihimitsu/pdf/h261014_siryô20.pdf, p. 4.

(17) Y compris sur le plan international : v. le rapport critique remis en juin 2017 au Conseil des droits de l'homme de l'ONU par David Kaye, rapporteur spécial pour la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression, *Asahi shinbun* 22 août 2017. S'agissant de la presse japonaise, le *Mainichi* et l'*Asahi* se sont prononcés résolument contre le projet de loi, ainsi qu'une bonne partie de la presse régionale. En revanche, le *Yomiuri* et le *Sankei*, classés à droite, s'y sont montrés favorables. Du côté des sondages, seuls ceux effectués par le groupe Sankei et le réseau de télévision FNN font état d'une approbation de principe, tout en estimant que les débats à la Diète ont été insuffisants. Les autres, ainsi que ceux effectués par l'Agence de presse Kyôdô sont majoritairement défavorables. Quant à la doctrine, elle est dans l'ensemble fort critique à l'égard de la loi : Yamauchi T., « Tokutei himitsu hogohô no hihanteki kentô » (Examen critique de la loi sur la protection des secrets spécialement désignés), *Dokkyô hôgaku* avr. 2014, n° 93, p. 1 à 43 ; dans le même sens, Tajima Y., et Shimizu T., *Himitsu hozenhô hihan* (Critique de la loi sur la préservation des secrets), 2013, Tôkyô, Nippon hyôronsha. À l'inverse, pour une promotion de la loi de 2013, Kôda Y., « Ima mo tokutei himitsu hogohô wo hihansuru masukomi he sonnani jieikan wo koroshitai no ka » (Aux médias qui persistent à critiquer la loi sur la protection des secrets spécialement désignés : souhaitez-vous vraiment la mort des soldats des FAD ?), *Seiron* mai 2015, n° 521, p. 184 à 191.

A. — *Le droit de savoir malmené ?*

Le « droit de savoir », *shiru kenri*, n'est pas un droit constitutionnel explicitement inscrit dans la Loi fondamentale, mais dérive néanmoins de l'article 21 de la Constitution japonaise sur la liberté d'expression dont la garantie s'étend aux libertés d'association, de réunion et de publication et qui prohibe toute forme de censure. Le droit de savoir est donc consubstantiel à la liberté d'expression. Il est reconnu par la jurisprudence japonaise, dans son principe, comme un élément fondamental de fonctionnement d'une société démocratique (18) et il est à double détente. Il garantit non seulement le droit pour tout un chacun de recueillir les informations nécessaires à la formation et à l'exercice d'une citoyenneté responsable, mais aussi celui de réclamer à l'Administration les informations, pièces et documents, nécessaires à l'exercice de ce droit. Le Japon s'est d'ailleurs doté, en mai 1999, d'une « loi sur l'ouverture des informations administratives » qui précise les conditions d'exercice « de la responsabilité du gouvernement japonais en matière d'information, conformément au principe de souveraineté populaire » (19). Il convient de noter cependant que l'exigence de transparence administrative souffre des exceptions. Certes, cette loi de 1999 ne s'oppose pas à ce que n'importe quelle personne, quelle que soit sa nationalité ou son statut, puisse obtenir communication de documents relatifs à la politique de défense et à la *Jieitai*. Le site du ministère de la Défense, *Bôeishô*, rappelle à ce propos que l'autorisation d'accès est la règle normale et le refus l'exception, mais la loi de 1999 instaure précisément une exception dans son article 5-3. Sont soustraites à communication, « les informations qui, par leur publicité, sont de nature à porter atteinte à la sécurité de la Nation, à protéger préjudice aux rapports de confiance avec d'autres États et organisations internationales ou à affecter défavorablement ses intérêts dans les négociations avec d'autres États et organisations internationales », et ce indépendamment de leur déclassification (20). La loi ménage cependant des voies de recours administratives auprès du ministre de la Défense, qui prend sa décision après avis d'une commission consultative spéciale, préalablement à une

(18) C. suprême, ass., 26 nov. 1969 : Keishû, vol. 23, n° 11, p. 1490 et s. ; C. suprême, ass., 8 mars 1989 : Minshû 8 mars 1989, vol. 43, n° 2, p. 89 et s.

(19) L. n° 42, 4 mai 1999, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001.

(20) C'est le cas par exemple du règlement concernant les activités du commandement de la sécurité de l'information du 23 mars 2005, dont un député communiste n'a pu obtenir la communication pour des raisons de sécurité nationale. Onodera Itsunori, ministre de la Défense, Chambre des représentants, Commission spéciale sur les affaires de sécurité, en réponse à une question orale de Kasai Akira, Parti communiste japonais, 14 nov. 2013, n° 13. Dans la même veine, le recueil détaillé, non classifié, des instructions aux FTA dépêchées en Irak comptait 377 pages, mais le quart d'entre elles avait été biffées de noir par le ministère lors de sa communication au journal *Asahi* ; *Asahi shinbun* 27 mars 2014.

action contentieuse. Plus précisément, le ministère évoque cinq critères faisant obstacle à leur publication et donc à communication :

– les informations susceptibles d'amoinrir les capacités de défense et de protection du Japon, c'est-à-dire celles se rapportant à l'organisation des FAD, de leur commandement, aux systèmes de collecte et de gestion de l'information et de communication, aux missions et activités des FAD, aux équipements, matériels, bases, aux plans de défense, dès lors qu'elles sont « susceptibles de nuire à l'efficacité des missions du ministère et des FAD » ;

– celles de nature à affecter les rapports de sécurité avec les alliés ;

– celles susceptibles de porter atteinte à l'efficacité de la coopération internationale en matière de sécurité et de maintien de la paix ;

– celles qui sont susceptibles d'affecter les principes fondamentaux de l'économie nationale en permettant à des États étrangers de menacer ou de faire obstacle à l'approvisionnement en matières premières, vital pour le développement de l'économie nationale ;

– toute autre information de nature à avoir des répercussions sur la sécurité nationale. Le ministère souligne par ailleurs que l'autorisation ou le refus d'accès « repose sur une appréciation hautement politique » des circonstances et des effets de la demande.

Cette appréciation autorise-t-elle les services de la Défense à tenir des listes annotées des demandeurs d'accès ? La presse a révélé, en mai 2002, qu'une centaine d'entre eux avait été ainsi ciblée, dont certains qualifiés d'« antimilitaristes » ou d'« opposants aux bases militaires ». Les tribunaux, saisis, avaient jugé que l'établissement d'une telle liste n'était pas en soi fautif, mais que sa diffusion au sein de l'Agence de Défense constituait une atteinte à la vie privée et engageait la responsabilité de l'État (21). Selon les statistiques officielles, en 2017, l'Administration japonaise aurait été saisie de 141 159 demandes d'accès, dont 20 601 pour les ministères (14,6 %). Le ministère de la Défense figure parmi les cinq administrations centrales les plus sollicitées avec 4 900 demandes, dont 2 000 concernant les travaux d'aménagement des bases militaires et de leurs environs. Toujours au cours de la même année, les administrations japonaises ont pris 128 591 décisions, soit 125 715 décisions d'autorisation d'accès, dont près des deux tiers sont des décisions d'accès partiel, et 2 876 décisions de refus (2,2 % de l'ensemble). Sur les 85 109 décisions de rejet total ou partiel, 96 % sont inspirées par des considérations de fond. Sur ce total, seules 1 336 (1,6 %) sont motivées par l'exception précitée de sécurité nationale. Dans le détail, le ministère de la

(21) Mainichi shinbun, 28 mai 2002. Ces révélations avaient entraîné des sanctions à l'encontre de vingt-neuf responsables de l'Agence de Défense, dont les chefs d'état-major des trois armes, et les protestations du barreau japonais, <https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/071023.pdf>. Pour la position des tribunaux, CA Tôkyô, 20 juin 2007.

Défense a pris 5 131 autorisations d'accès, dont 2 655 autorisations totales, et opposé 109 refus totaux, soit 2 394 décisions de rejet au fond, total ou partiel. Sur ce total, 872 sont motivées pour des raisons de sécurité nationale. L'administration de la Défense se distingue aussi par la longueur des voies de recours administratives : sur les 756 recours d'une durée supérieure à un an, 637 concernent le ministère de la Défense, et sur les 70 décisions ministérielles faisant suite aux recommandations des commissions de recours, 35, soit 50 %, interviennent dans un délai supérieur à 6 mois. En somme, s'agissant du ministère de la Défense, la majorité des décisions de rejet est motivée par des raisons hors sécurité nationale. Par rapport à la moyenne des autres administrations centrales, la proportion des autorisations totales y est plus élevée : elle représente 51,7 % du total, sans doute parce que les demandes présentées avaient peu d'enjeux en matière de sécurité nationale. En revanche, la proportion de décisions de rejet total ou partiel pour cause de sécurité nationale, avec 36,4 %, est plus importante que pour la moyenne des autres administrations, sans doute du fait du domaine particulier de compétence du ministère où le principe de confidentialité est plus contraignant. Et le *Bôeishô* est l'administration la plus réticente à examiner les décisions de recours contre les décisions de refus de communication dans des délais raisonnables (22).

Sur le long terme, la loi de 2013 n'a guère dissuadé les Japonais d'avoir recours aux mécanismes prévus par la loi de 1999 : les administrations avaient alors été saisies, cette année-là, de 103 454 requêtes dont 3 898 concernaient le ministère de la Défense. La crainte selon laquelle la loi de 2013 porterait atteinte au droit de savoir doit être par conséquent relativisée. En avril 2011, le Parti démocrate au pouvoir avait tenté de libéraliser la loi de 1999 dans le sens d'une reconnaissance explicite du droit de savoir, mais les aléas de la vie politique et la dissolution de la chambre basse en novembre 2012 en avaient décidé autrement. Pour autant, certaines affaires retentissantes ont révélé les failles du système : en décembre 2016, le ministère de la Défense avait opposé à un journaliste un refus de communication du journal de mission du détachement des FAD envoyé au Soudan du Sud, dans le cadre d'une opération de maintien de la paix de l'ONU, au motif qu'il avait été « détruit ». En réalité, une version numérique en avait été conservée. Le scandale avait fini par entraîner la démission de la ministre de la Défense Inada Tomomi, du vice-ministre administratif de la Défense Kuroe Tetsurô – le numéro deux de la Défense – et le départ anticipé à la retraite du chef d'état-major des FTA Okabe Toshiya (juillet-août 2017). De même, en avril 2018, le ministre de la Défense, contrairement à son prédécesseur qui en avait nié l'existence devant la Diète, dut admettre que son administration était en possession du journal de mission du détachement des FAD en Irak (2004-2006). Dans les deux cas, le ministère avait mis ces dysfonctionnements non sur le compte d'une volonté de dissimulation, mais d'une

(22) Cf. www.soumu.go.jp/main_content/000611404.pdf.

« erreur » dans la gestion de ces documents. Une explication guère convaincante au regard du contenu de ces documents qui, publiés, révélaient avec force détails que, contrairement au discours officiel selon lequel les FAD avaient été déployées dans des zones sécurisées, elles avaient été confrontées, sans dommages pour elles toutefois, à de réelles situations de combat. Ces deux affaires jetèrent en tout cas la suspicion sur la sincérité des informations communiquées par le ministère à la Diète et des décisions de refus de communication pour cause de destruction ou d'inexistence du document demandé. De plus, toutes les pièces et tous les tableaux détaillés relatifs aux opérations de classification, de déclassification, de destruction des secrets Défense, à leur nombre, ne sont pas accessibles. Plus préoccupant encore : les mémos tenus par le secrétariat général du Cabinet lors des rencontres avec les formations politiques au moment de l'élaboration de la loi de 2013 ne sont pas non plus disponibles, et la loi ne renferme aucune disposition permettant au citoyen, directement ou indirectement, de demander la levée du secret. Enfin, la jurisprudence a admis que la clause de sécurité nationale justifiait la non-communication des critères concrets des enquêtes de proximité concernant l'habilitation des fonctionnaires mis en place, comme on l'a vu, en août 2007, pour renforcer le contre-espionnage (23).

B. — *La liberté de l'information compromise ?*

La liberté d'expression recouvre également la liberté de l'information, *hōdō no jiyū*, à travers ses deux volets : le droit pour les médias et les grands organes de presse, quel que soit le vecteur utilisé, d'informer le public et celui de l'accès aux sources, *shuzai no jiyū*, qui doit permettre aux professionnels des médias d'accomplir leur mission en recueillant des informations auprès des personnes autorisées (24).

La loi contribuerait-elle à museler la presse ? Selon Reporters sans frontières, en matière de liberté de l'information, le Japon se situerait désormais, en 2016, au 72^e rang sur 180 pays et aurait à nouveau perdu 11 places par rapport à l'année précédente. Une mauvaise performance attribuée, selon certains médias, à l'entrée en vigueur de la loi de 2013 (25). Et bien qu'au cours des discussions parlementaires, et sur proposition notamment du *Kōmeitō*, l'article 22, alinéa 1 avait été modifié de la façon suivante : « l'application de la présente loi ne saurait faire l'objet d'une interprétation élargie. Elle ne doit pas conduire à une violation inappropriée des droits fondamentaux des citoyens. Elle doit faire preuve

(23) Mainichi shinbun 11 janv. 2016 ; sur la position des tribunaux, CA Osaka, 29 juin 2016 : Asahi shinbun daté du même jour.

(24) Sur la liaison explicite entre liberté de l'information, liberté d'expression et droit de savoir, C. suprême, ass., 26 nov. 1969 : Minshū, t. 23, n° 11, p. 1490 et s. ; Takatsuji Masami, directeur de la législation du Cabinet, Ch. des Conseillers, comm. du Cabinet 5 avr. 1972, n° 5.

(25) Asahi shinbun 20 avr. 2016.

de considération, *hairyo*, à l'égard de la liberté d'accès aux sources et de l'information qui contribuent au droit de savoir des citoyens ». L'alinéa 2 du même article, qui n'existait pas dans le texte original, dispose que « les actes d'enquête, *shuzai*, effectués par des professionnels de l'information et de la publication sont considérés comme légitimes dès lors qu'ils visent à servir exclusivement l'intérêt public, et qu'ils ne violent pas les lois existantes ou qu'ils n'utilisent pas des moyens particulièrement inappropriés ». Le gouvernement a d'ailleurs souhaité que les chartes déontologiques de la profession inscrivent l'obligation de non-divulgaration des secrets (26). Ces dispositions s'inspirent à la fois de l'article 13, alinéa 2 de la proposition de loi avortée de répression des activités d'espionnage de 1985 et de la jurisprudence de la Cour suprême. En apparence libérale, elles n'ont guère convaincu les contempteurs de la loi qui non seulement jugent ces garanties prescriptives trop vagues, mais suggèrent en creux les raisons pour lesquelles les actes dont il s'agit pourraient être considérés comme illégitimes. Par ailleurs, il est souligné que pourraient être répréhensibles les informations qui, bien que servant l'intérêt public, auraient été obtenues par des moyens « particulièrement inappropriés », c'est-à-dire par des procédés répréhensibles qui, sans tomber sous le coup de la loi pénale, contreviendraient « aux normes généralement reconnues par la société », *shakai tsūnen*, tels qu'à travers une liaison amoureuse. Enfin, la notion d'acte professionnel légitime serait contraire au secret des sources. Si un journaliste est suspecté d'avoir obtenu et publié des informations confidentielles couvertes par le secret Défense, il ne pourrait, selon certains, y échapper qu'en prouvant qu'il a agi dans l'intérêt public et sans avoir eu recours à des moyens inappropriés. Ce qui l'obligerait à révéler ses sources, car le droit pénal japonais ne reconnaît pas le principe journalistique de confidentialité, et l'exposerait aux perquisitions et saisies (27). En d'autres termes, la loi obligerait les journalistes soit à protéger leurs sources tout en endurant les sanctions, soit à les dévoiler en exposant gravement leur propre crédibilité. Mais la présomption d'irresponsabilité n'opère pas un renversement de la charge de la preuve : c'est au procureur et au ministère public de prouver qu'il y a eu infraction, non au journaliste d'exciper de sa bonne foi. En outre, contrairement aux lois de l'ancien régime impérial, la loi ne punit

(26) Mori Masako, ministre déléguée à la sécurité alimentaire et à la consommation, aux mesures contre la dénatalité, à l'égalité sociale et des sexes, au soutien à la garde d'enfants et à la vitalité féminine, en charge de la loi sur la protection des secrets spécialement désignés, Chambre des conseillers, Commission spéciale sur les questions de sécurité de l'État, 29 nov. 2013, n° 10.

(27) Kamiguchi Y., « Keiji tetsuzukihô kara miru kokka kimitsuhô no mondai ten » (Les problèmes de la loi sur les secrets d'État vus d'après le droit et la procédure criminels), *Hôritsu jihô* avr. 1987, vol. 59, n° 5, p. 44 ; Han Y., « Shiru kenri to kokka kimitsu. Tokutei himitsu hogohô wo daizai ni » (Le droit de savoir et les secrets d'État : la loi sur la protection des secrets spécialement désignés pour thème), *Masu komyunikeshyon kenkyû* 2014, n° 85, p. 138 à 139.

pas le seul fait d'avoir collecté ou d'avoir pris connaissance et publié un secret Défense, soit à la suite d'une information en provenance d'un lanceur d'alerte, soit du fait d'une négligence, d'un oubli ou d'une erreur de transmission. Sur amendement de la Chambre des représentants, elle ne réprime pas non plus à l'article 24 la seule acquisition ou obtention d'un secret, s'il n'y a pas d'une part intention de servir les intérêts d'une puissance étrangère ou de se procurer un gain personnel illicite, ou de porter préjudice à la vie et à l'intégrité physique des personnes ou à la sécurité nationale et d'autre part utilisation de moyens d'accès illégaux. Les deux conditions sont cumulatives et concernent aussi les organes de presse : ainsi l'obtention d'un secret à des buts d'information, même par des moyens illégaux, ne tomberait pas sous le coup de cet article (28). La loi n'empêche pas non plus les médias d'approcher, selon les usages habituels de la profession, l'entourage professionnel et familial, l'employeur, le supérieur hiérarchique d'un agent détenteur d'un secret (29). Pourtant, l'indétermination de la notion de « secrets spécialement désignés », tout comme celle d'« actes de nature à porter atteinte aux personnes chargées de la détention de secrets spécialement désignés » créerait, selon ses détracteurs, une situation d'insécurité pour les journalistes et les médias. Comment s'assurer par exemple qu'une enquête de terrain sur les nuisances sonores engendrées par le voisinage d'une base aérienne impliquant d'interroger les militaires sur les caractéristiques techniques des aéronefs en cause ne tombe pas sous le coup de l'incitation à la divulgation du secret Défense ? La loi ferait donc peser une épée de Damoclès sur les médias ; elle serait un instrument d'intimidation, d'encouragement à l'autocensure et, en définitive, porterait atteinte à la liberté de l'information et au rôle des médias en tant que « quatrième pouvoir ».

C. — *Les libertés académiques menacées ?*

Les libertés académiques, *gakumon no jiyū*, sont expressément garanties par l'article 23 de la Loi fondamentale. Elles impliquent, dans le contexte japonais, l'autonomie de création, d'organisation et de fonctionnement des établissements d'enseignement supérieur, la liberté des cours, de la recherche scientifique, des mécanismes de sélection et de promotion des enseignants sur la base de leurs seuls mérites. Ces libertés académiques ne sont d'ailleurs pas sans liens avec le « droit de savoir » précité : universitaires, chercheurs, mais aussi les professionnels des médias, doivent pouvoir se procurer, utiliser et diffuser les informations détenues par les administrations, centrales ou locales, qui ne sont

(28) « Tokutei himitsu no hogo ni kansuru hōritsu. Chikujō kaisetsu [ci-après *Kaisetsu*] » (Loi sur la protection des secrets spécialement désignés. Commentaire article par article), Secrétariat général du Cabinet, 9 déc. 2014, www.cas.go.jp/jp/tokuteihimitsu/pdf/bessi_kaisetsu.pdf, p. 134.

(29) Mori Masako, Chambre des représentants, Commission spéciale sur les questions de sécurité, 12 nov. 2013, n° 11.

pas toutes dans le domaine public, pour mener à bien leurs propres recherches et investigations dont dépend leur carrière. Les inquiétudes concernent surtout les historiens, les politologues spécialistes des relations internationales et des questions de sécurité, voire les sociologues. Certes, les administrations et les centres de recherche ne sont pas des « institutions administratives » au sens de la loi et leurs activités bénéficient de la présomption de légitimité de l'article 10, ce qui ne signifie pas pour autant que les chercheurs et enseignants travaillant dans les domaines qui recoupent ceux du secret Défense ne puissent en être affectés. Ce risque est d'autant plus élevé pour les Écoles dépendant directement du ministère de la Défense, ou pour les recherches et études sous contrat confiées par le ministère à des institutions extérieures, où les tensions entre les exigences de secret et de publication sont les plus fortes (30).

Mais, plus généralement, les inquiétudes des scientifiques se rapportent principalement au système de classification : l'article 4 de la loi de 2013 prévoit que la durée de classification ne doit pas dépasser 5 ans, mais que le ministre de la Défense, à l'instar des autres chefs de départements ministériels, peut la prolonger jusqu'à 30 ans, dans les conditions prévues par une ordonnance du Cabinet, et que sur autorisation explicite de ce dernier – condition introduite par amendement lors de la discussion parlementaire pour éviter l'arbitraire des chefs de départements ministériels – en vue d'assurer la sécurité de l'État et de la Nation, cette prolongation peut dépasser 30 ans, voire 60 ans et plus dans certains cas, concernant :

- les informations relatives aux armements et équipements militaires ;
- les informations susceptibles d'affecter :
 - la position de négociation du Japon avec des États étrangers ou des organisations internationales,
 - les capacités et les moyens de collecte de l'information ainsi que les personnels ressources affectés à ces capacités,
 - les systèmes de cryptographie ;
- les informations pour lesquelles les États étrangers et les organisations internationales exigent une classification supérieure à 60 ans ;
- les informations importantes se rapportant aux domaines ci-dessus indiqués, dans les conditions là aussi précisées par une ordonnance du Cabinet.

Mais outre les modalités de classification, les scientifiques s'inquiètent de conditions de constitution et de conservation des archives publiques. Il faut attendre en effet juin 2009 pour qu'une loi sur le contrôle des archives publiques voie le jour, mais en 2012, sur les quelque 2 537 963 dossiers

(30) Procès-verbal de la réunion du 28 octobre 2016 du Conseil scientifique du Japon, www.scj.go.jp/ja/member/iinkai/anzenhosyo/pdf23/anzenhosyo-siryos-7.pdf. Sur l'impact de la loi concernant la recherche et le développement en matière de défense, Maeda S., « Gunjiteki anzenhoshô kenkyû no kenkyû seika to gyôsei jôhō » (La publication des résultats de la recherche en matière de sécurité militaire et l'information administrative), *Mie daigaku hôkei ronsô* mars 2019, vol. 36, n° 2, p. 25 à 41.

ayant atteint la date limite de conservation, seuls 12 653, soit 0,5 % de l'ensemble, avaient été versés aux archives nationales du Cabinet, *Naikaku kôbunshokan* (31). À peu près à la même époque, aucune des quelque 30 000 pièces déclassifiées du ministère de la Défense depuis l'introduction du secret Défense en 2001 n'avait été transférée aux archives nationales du Cabinet (32).

Pour tenter de remédier à cette situation, la loi de 2013 précise désormais que les pièces relatives aux secrets spécialement désignés, et dont la durée de classification est supérieure à 30 ans, sont automatiquement versées aux archives du Cabinet à l'expiration de ce délai.

Pour les pièces dont le délai de classification est inférieur à 30 ans, trois options s'offrent :

- celles qui n'ont pas obtenu l'autorisation du Cabinet de prolongation de ce délai sont versées aux archives ;
- celles qui présentent un « caractère historique » également ;
- les autres peuvent être détruites sur autorisation du Premier ministre et avis de l'inspecteur général responsable des archives publiques.

Pour les pièces dont le délai de conservation est expiré, mais qui sont encore classifiées, seules celles qui ont une valeur historique pourront bénéficier d'une prolongation de leur délai de conservation et rejoindre par la suite les archives du Cabinet à l'issue de leur déclassification, les autres pourront être détruites sur autorisation du Premier ministre.

Enfin, les pièces dont la durée de conservation est inférieure à un an peuvent être détruites librement par les chefs des départements ministériels. Toutefois, à l'origine, les secrets Défense ne relevaient pas de la loi de 2009, conformément à l'article 3 de la loi, mais des dispositions particulières prises par le ministère de la Défense. Cependant, selon l'interprétation gouvernementale, en tant que futurs « secrets spécialement désignés », ils relèveraient désormais de la loi sur le contrôle des archives publiques (33). Jusqu'à cette date, leur destruction n'avait pas à être autorisée par le Premier ministre. Et cette pratique était couramment pratiquée : entre 2006 et 2012 par exemple, le ministère a procédé à 74 300 classifications secret Défense, mais aussi à 42 100 destructions entre 2007 et 2011, selon des critères peu explicites (34). Si les secrets Défense relèvent désormais de la loi de 2009, cela signifie qu'ils sont soumis à la règle commune posée à l'article 8, alinéa 2, selon laquelle l'autorisation du Premier ministre est requise pour la destruction des secrets Défense en tant que pièces administratives à l'issue de l'expiration de leur délai de conservation et de classification. Il s'agit

(31) Cf. www.soumu.go.jp/main_content/000507793.pdf.

(32) *Mainichi shinbun* 14 oct. 2013.

(33) Onodera Itsunori, ministre de la Défense, Chambre des conseillers, Commission spéciale sur la sécurité de l'État, 2 déc. 2013, n° 11.

(34) *Nihon keizai shinbun*, 26 nov. 2013.

par-là prévenir la destruction intempestive par le ministère de la Défense, par négligence ou à caractère frauduleux, des documents dont la durée de classification est inférieure à 30 ans. Cet encadrement ne lève cependant pas toutes les interrogations de la communauté scientifique, notamment sur l'appréciation du « caractère historique » des documents dont il s'agit (35). Les pratiques de destruction de documents officiels n'ont pas cessé, mais changé d'objet : ainsi, entre 2015 et 2018, la base des Forces maritimes d'autodéfense de Yokosuka a détruit, de sa propre initiative, et sans en référer à quiconque, plus d'une centaine de copies de documents officiels devant être conservés plus d'un an (36). Pour les documents dont le délai de conservation est inférieur à un an, les spécialistes s'inquiètent de la marge de manœuvre trop grande laissée aux administrations pour leur destruction en dépit de nouvelles directives gouvernementales émises en décembre 2017, mais jugées trop laxistes (37). Et le système actuel offre la possibilité de placer dans cette catégorie des informations sensibles susceptibles d'être plus aisément détruites. Si les historiens en particulier s'inquiètent du risque de destruction des documents administratifs, ce n'est pas seulement parce qu'ils déplorent la faiblesse de la culture archivistique des Japonais, mais aussi parce que dans le passé, entre le 15 août 1945, date de la « fin de la guerre » et l'arrivée des Alliés sur le sol japonais, le gouvernement en général, et les forces armées en particulier, avaient fait disparaître une bonne partie des archives militaires du pays et que la période transitoire entre la publication de la loi de 1999 sur l'accès à la documentation administrative et son entrée en vigueur s'était soldée par une destruction massive de pièces (38). Or, certains de ces documents, comme les journaux précités de mission de la *Jieitai*, les procès-verbaux des enquêtes disciplinaires à l'encontre des militaires, ont un intérêt politique, historique, voire juridique dans le cadre des actions en justice dans lesquelles les FAD

(35) Le 25 octobre 2013, le ministère de la Défense a pris une instruction pour que la période de transition entre la promulgation de la loi et son application ne soit pas l'occasion d'une destruction massive des secrets Défense. Onodera Itsunori, ministre de la Défense, Chambre des représentants, Commission spéciale sur la sécurité de l'État, 30 oct. 2013, n° 3.

(36) Tōkyō shinbun 8 juin 2019.

(37) Au cours du seul exercice 2016, les administrations centrales ont procédé, sans contrôle, à 445 000 destructions de documents relevant des secrets spécialement désignés dont la durée de conservation était inférieure à un an. Une dérive qui a conduit la Chambre des représentants à prendre un « avis » pour que la durée de conservation de ces pièces soit supérieure à un an et qu'elles soient assujetties aux contrôles prévus par la loi. Asahi shinbun 1^{er} avr. 2018.

(38) Pour la seule Agence nationale de police, par exemple, 110 630 pièces avaient été détruites en 1999, soit le double par rapport à 1998, et 200 000 en 2000. La même opération de « nettoyage » devait se répéter avant l'entrée en vigueur en 2011 de la loi sur le contrôle des archives publiques. <https://clearing-house.org/?p=2129> ; également : <https://gendai.ismedia.jp/articles/-/55042?page=2>. Ces éléments confirment que les destructions périodiques d'archives relèvent de pratiques administratives routinières quel que soit le gouvernement au pouvoir.

sont parties prenantes (39). Enfin, l'externalisation des opérations de destruction n'est pas non plus exempte de dangers : ainsi le ministère de la Défense s'est-il inquiété, au début décembre 2019, des agissements de l'un de ses contractants, la société Broadlink, une firme spécialisée dans la destruction des disques durs, dont l'un des employés avait vendu aux enchères sur la Toile des supports de la préfecture de Kanagawa comportant des informations personnelles sur les contribuables du département... (40).

D. — *Le respect de la vie privée écorné ?*

Le respect de l'intimité de la vie privée, *puraibashi no kenri*, est un droit constitutionnel par dérivation découlant de l'article 13 de la Loi fondamentale selon lequel « le droit à la vie, à la poursuite du bonheur, aux libertés » doit « jouir de la plus grande considération, *hairyo*, en matière de législation, pourvu qu'il ne porte pas atteinte au bien-être public ». Il concerne les dispositions du chapitre 5 de la loi de 2013 et ses articles 15 à 17 qui se rapportent à l'organisation du régime d'habilitation, *tekisei hyōka*, aux secrets spécialement désignés. Le ministre de la Défense, ou son représentant, procède, avec le consentement écrit des intéressés – ce qui n'était pas le cas précédemment –, à des vérifications concernant les candidats au secret Défense portant sur leurs liens éventuels avec des activités subversives et terroristes, leur casier judiciaire et leurs antécédents disciplinaires, leur expérience dans le traitement et la manipulation de l'information et de leurs supports, leur addiction aux drogues et aux médicaments, leurs antécédents psychiatriques, leur rapport à l'alcool, leur réputation et leur situation financière. Pour mener à bien cette enquête, le ministère de la Défense est autorisé à interroger les collègues, la hiérarchie et l'entourage de la personne pressentie, à demander à l'intéressé la production de documents, à prendre contact avec les administrations et tout organisme public – y compris les services spécialisés de police – ou privé. En cas de refus de consentement, le gouvernement estime qu'une mesure de mutation dans l'intérêt du service pourrait être prise, ce qui jette un doute sur la nature volontaire de ce consentement. Les résultats de cette enquête sont communiqués aux fonctionnaires pressentis, ainsi qu'aux employeurs pour les salariés du privé, et peuvent être contestés devant le ministre de la Défense. Mais, outre le fait que ce recours hiérarchique est purement interne, la décision sur l'habilitation n'est pas considérée comme une mesure administrative faisant grief, *shobun*, et ne peut donc

(39) Sebata H., « *Rekishigaku kara tokutei himitsu hogohō wo kangaeru. Shikōgo no genjō to kadai* » (Réflexions sur la loi sur la protection des secrets spécialement désignés du point de vue de la science historique : la situation actuelle après l'application de la loi), *Rekishigaku kenkyū* juin 2016, n° 945, p. 22 à 27.

(40) *Nihon keizai shinbun* 6 déc. 2019.

être contestée en justice (41). En revanche, s'il s'avère que les investigations préalables à l'habilitation ont conduit à une violation de l'intimité de la vie privée, celle-ci peut faire l'objet d'une action en dommages et intérêts contre l'État. La justice pourrait être également saisie si l'agent subit dans son travail des discriminations injustifiées au regard de l'article 14, alinéa 3 pour avoir exercé son droit de recours hiérarchique. La loi précise également que ces informations ne peuvent être utilisées par l'Administration et l'employeur à d'autres fins que l'habilitation. Surtout, l'enquête sur l'implication dans des activités subversives et terroristes ne concerne pas seulement l'intéressé, mais aussi sa famille : le conjoint, marié ou de fait, ses parents, ses enfants, ses frères et sœurs, les parents du conjoint et leurs enfants, ainsi que l'identité, la date de naissance, la nationalité, le lieu de résidence des personnes vivant sous le même toit. Le gouvernement justifie ces mesures par la nécessité de vérifier les conditions d'aptitude professionnelle et psychologique à l'habilitation au secret Défense afin de prévenir au minimum les risques de fuite que la loi entend combattre et de s'assurer que les pressions et le comportement de l'entourage ne constituent pas un obstacle à l'accomplissement normal du service. Il ne précise pas toutefois les conséquences d'un refus éventuel de coopération de la famille sur la procédure d'habilitation. Enfin, l'habilitation est renouvelée tous les 5 ans.

En bref, pour les opposants, la loi ne fait que mettre en place un vaste système inquisitorial qui conduirait l'Administration, sous prétexte d'habilitation au secret spécialement désigné, à vérifier les agissements, les comportements et les opinions politiques et religieuses non seulement des candidats mais aussi, à travers leur entourage, de larges segments de la population. Elle institutionnaliserait un mécanisme de violation de la vie privée qui n'offrirait, de surcroît, aucune garantie que les informations ainsi réunies ne soient pas utilisées à d'autres fins, en dehors d'une simple référence, incantatoire, à l'obligation de non-détournement. Le gouvernement a cependant tenu à préciser que cette enquête devait s'inscrire dans le cadre du principe d'égalité et de non-discrimination inscrit à l'article 14 de la Loi fondamentale et qu'elle ne devait pas conduire à fichier les engagements citoyens, politiques et syndicaux des postulants (42). On peut également estimer que l'habilitation n'est pas un droit, mais une contrainte de service public, et qu'il est légitime de s'assurer que les personnes habilitées offrent des garanties de sécurité. L'argument selon lequel c'est l'ensemble de la population japonaise qui serait prise dans les rets de ces procédures de vérification ne tient pas, pas plus que celui qui délégitime la portée des vérifications exigées au motif que certaines d'entre elles sont étrangères aux cas de fuites observées dans le passé : ainsi ce n'est pas parce qu'il n'y a pas eu de précédent de violation du secret Défense à la suite de désordres

(41) Kaisetsu, préc., p. 102 à 103.

(42) Kijun, préc., p. 16.

psychologiques que le contrôle des antécédents psychiatriques doit être exclu. Il n'est donc pas anormal que soient passées en revue l'ensemble des vulnérabilités auxquelles tout candidat à l'habilitation peut être exposé, même à son corps défendant (43).

III. — LES ALÉAS DU CONTRÔLE SUR LE SECRET DÉFENSE

Le législateur a attribué au pouvoir exécutif, en l'espèce au ministre de la Défense, des pouvoirs étendus dans les opérations de classification secret Défense, mais n'a pas inclus de dispositions prévoyant explicitement l'interdiction de procéder à des classifications illégales et inconstitutionnelles. Néanmoins, afin d'éviter une extension intempestive du secret Défense préjudiciable aux libertés fondamentales des citoyens, trois types de contrôle sont envisagés, mais dont l'efficacité est contestée et les interactions difficiles : le contrôle bureaucratique par des organes administratifs *ad hoc* (A), le contrôle politique par des instances dédiées à la Diète (B), le contrôle par les tribunaux (C).

A. — *Un contrôle bureaucratique piloté par l'administration du Cabinet*

Par « contrôle bureaucratique », on entend les mécanismes administratifs mis en place par le Cabinet pour encadrer le fonctionnement du régime des secrets spécialement désignés. Trois instances ont été créées à cet effet : la commission de surveillance de la sécurité du Cabinet, *Naikaku hozen kanshi iinkai*, l'inspecteur général de contrôle des archives publiques, *dokuritsu kôbunsho kanrikan*, et la cellule d'observation et de surveillance de la sécurité de l'information, *jôhō hozen kansatsushitsu*. Sur amendement de la Diète, l'article 18, alinéa 4 de la loi dispose que l'ensemble de ce dispositif est néanmoins placé sous le contrôle du Premier ministre et de son pouvoir direct de prescription.

La commission est présidée par le secrétaire général du Cabinet. Elle est composée essentiellement de hauts fonctionnaires de l'administration du Cabinet et des administrations centrales, dont le vice-ministre administratif de la Défense, en application d'une décision du Cabinet du 14 octobre 2014 relative aux « critères homogènes de fonctionnement relatifs aux décisions de classification, de déclassification et d'habilitation », afin de veiller

(43) Kaisetsu, préc., p. 88 et s. Si les grandes organisations représentatives de la profession médicale telles que l'Association japonaise des médecins, *Nihon ishikai*, ne se sont pas prononcées sur la loi, certains praticiens se sont néanmoins inquiétés de ses conséquences jugées néfastes sur la relation de confiance entre médecins et patients. Yoshinaka T., « Tokutei himitsu hogohô to iryôkai no kadai », La loi sur la protection des secrets spécialement désignés : les questions posées au corps médical, in Murai T., et Tajima Y., « Tokutei himitsu hogohô to saki ni aru mono » (La loi sur les secrets spécialement désignés et au-delà), Bessatsu hōgaku seminâ mai 2014, n° 229, p. 140 à 145.

à l'impartialité, au caractère approprié, et à l'efficacité de ces opérations. C'est elle qui établit le rapport annuel du Cabinet à la Diète intégrant les suggestions en provenance de l'inspecteur général ainsi que des commissions particulières des deux chambres de la Diète, les rapports des chefs des administrations centrales et les avis du conseil consultatif sur la sécurité des informations, *jôhō hozen shimon kaigi*, composée de personnalités extérieures (avocats, universitaires, milieux d'affaires, médias) dont la fonction est de faire des recommandations au Premier ministre, soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire de la commission précitée, sur les conditions de fonctionnement et d'application de la loi, d'examiner à cet effet le projet de rapport annuel transmis à la Diète sur l'état des classifications, mais sans avoir accès au contenu même des secrets et sans pouvoir de vérification sur les décisions de classification. En vertu de l'article 102-17 de la loi sur la Diète la commission de surveillance peut également être saisie des refus de communication opposés aux commissions parlementaires et aux chambres et dispose d'un pouvoir de recommandation auprès des chefs d'administrations centrales impliquant la production d'un rapport ou de pièces. La commission a tenu sept réunions entre janvier 2015 et mai 2019. L'inspecteur général de contrôle des archives publiques, né sur le modèle de l'*Information Security Oversight Office* des États-Unis, examine si les décisions de classification, de déclassification, de prolongation de classification, de versement aux archives du Cabinet ou de destruction de documents prises par les administrations centrales autorisées à confectionner des secrets d'État, dont le ministère de la Défense, sont appropriées ou non, sur la base d'un rapport annuel produit par lui. Il peut procéder à des vérifications sur place, demander la production de documents, ou des explications complémentaires, formuler des observations auprès du ministère, lui demander un rapport annuel sur le régime de conservation des secrets. Cependant, le ministère n'est pas tenu de déférer à la demande de production de documents pour des motifs de sécurité nationale (44). Quant à la cellule d'observation, créée en vertu de l'article 9 des dispositions additionnelles de la loi de 2013, elle est présidée par l'inspecteur précité et ses missions sont identiques. Ses vingt membres sont tous des hauts fonctionnaires de la classe des *shingikan* ; ils proviennent des administrations centrales et la règle dite de « *no return* » qui, aux États-Unis, interdit aux agents ayant siégé à l'Office de rejoindre leur administration d'origine, ne s'applique pas.

Quatre reproches sont faits à ces organes :

- ils manquent d'indépendance : créés au sein des structures du Cabinet, ils sont peuplés, à l'exception du conseil consultatif, de hauts fonctionnaires issus majoritairement des services de police, du renseignement et de la défense ;

(44) Kijun, préc., p. 31 à 32.

– leurs avis, suggestions et recommandations n’ont pas de force obligatoire ;

– faute de personnel, le contrôle est limité : en 2015, sur les 230 121 pièces classifiées, les services de l’inspection n’ont eu accès qu’à 160 d’entre elles et l’année précédente sur les 382 décisions de classification en vigueur à cette date, 91 seulement avaient fait l’objet de vérifications. Non seulement seule une partie minime des « secrets spécialement désignés » fait l’objet d’un contrôle, mais la sélection et la production des pièces reste soumise au bon vouloir des administrations centrales (45) ;

– il n’existe pas au Japon d’organisme comparable à l’*Interagency Security Classification Appeals Panel* (ISCAP) statuant aux États-Unis sur les refus de déclassification. En juin 2018, l’inspecteur général a néanmoins obtenu du ministère de la Défense que l’estampille « secret spécialement désigné » soit biffée de 17 documents et en mars de la même année, il a fait savoir à la commission de surveillance précitée qu’il souhaitait que les « matières couvertes par les secrets spécialement désignés soient réduites au minimum nécessaire, pour une durée elle-même minimale » (46).

Suite à l’entrée en vigueur le 1^{er} avril 2006 de la loi sur la protection des lanceurs d’alerte, le ministère de la Défense a installé des guichets spécialisés permettant à ses agents de dénoncer en interne les illégalités commises dans leur propre administration. Ce type de guichet existe également à l’intérieur de l’inspection générale précitée. Il serait donc possible, en théorie du moins, à un fonctionnaire du ministère en charge d’un secret de faire part de décisions de classifications illicites, ou de pressions illégales exercées par exemple sur des organes de presse, mais aussi de fuites de secrets Défense, pour diligenter une enquête. Toutefois, l’agent n’est pas autorisé à transmettre le secret proprement dit, mais uniquement un résumé et sa cote et, selon l’Administration, la saisine de l’inspecteur général ne serait possible que dans trois cas : si l’agent fait état de discriminations subies du fait de son signalement, en cas de risque de dissimulation, de destruction et de falsification de pièces, de menaces graves pesant sur la sécurité et l’intégrité physiques des personnes (47). Et les lanceurs d’alerte qui s’affranchiraient de ces guichets internes pourraient être poursuivis pour divulgation illégale. Pour surmonter éventuellement les réticences en interne, il a été question de créer un tel guichet au sein du bureau des nouvelles « commissions de surveillance de l’information », *jôhō kanshi shinsakai*, de la Diète, mais ces discussions n’ont pas encore abouti (48).

(45) Confédération japonaise des associations du barreau, Rapport 16 déc. 2016, https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2016/opinion_161216_2.pdf.

(46) Nihon keizai shinbun 18 mai 2018.

(47) Kijun, préc., p. 32 à 33.

(48) Mainichi shinbun 16 mai 2016.

B. — *Un contrôle politique par des instances dédiées de la Diète peu contraignant*

Le contrôle exercé par la Diète en matière de secret Défense n'est pas, par essence, très différent de celui qu'elle exerce plus généralement sur la politique de défense dont la conduite relève principalement du pouvoir exécutif. Outre le fait que la Loi fondamentale, dans son article 41, fait de la Diète l'« organe de l'État le plus élevé » et « le seul organe législatif de l'État », elle dispose, à l'article 62, d'un « pouvoir d'investigation en matière d'État » qui lui permet, conformément à l'article 104 de la loi sur la Diète, d'exiger des administrations la production de documents, de créer des commissions d'enquête, de convoquer des témoins pour audition. Si l'effectivité de ce pouvoir a donné lieu à de multiples discussions dans le cadre d'un système de parti dominant, l'existence des « secrets spécialement désignés » pose néanmoins une série d'interrogations sur la compatibilité de ce pouvoir avec le secret Défense. En vertu de l'article 10 de la loi de 2013, le ministre de la Défense, en sa qualité de chef de département ministériel, a l'obligation – et non plus la faculté, comme initialement prévu – de fournir des informations secret Défense aux chambres (et aux commissions parlementaires) si elles le souhaitent, mais sous deux conditions :

- les chambres, ou les commissions, se réunissent à huis clos (49) ;
- la communication n'est possible qu'en « l'absence d'empêchement grave pour la sécurité nationale ».

Mais pour éviter l'arbitraire, l'article 102-15, alinéa 4 prévoit qu'en cas de refus de communication par le ministère, les deux commissions parlementaires de surveillance de l'information peuvent demander, dans un délai de 10 jours, confirmation de ce refus par un communiqué du Cabinet. En revanche, les parlementaires sont également tenus à l'obligation de non-divulgaration dans le cadre de la loi de 2013 et les contrevenants, en vertu de l'article 22, alinéa 2, s'exposent à une peine qui ne peut excéder 5 ans de travaux forcés. Cette sanction pénale, que même des parlementaires du PLD ont eu du mal à entériner, ne concerne que la violation du huis clos auprès d'instances extérieures à la Diète, telles que les partis politiques et l'entourage des parlementaires, et notamment leurs assistants. Cependant, ils n'encourent aucune responsabilité pénale du fait de l'immunité parlementaire garantie par l'article 51 de la Constitution, qui couvre les déclarations, discours et votes intervenus dans l'enceinte de la Diète, s'ils font état de ces secrets dans les séances publiques des commissions ou en séance plénière de la chambre. Il en va de même pour la divulgation extérieure de secrets

(49) L'article 57, alinéa 2 de la Loi fondamentale requiert pour cela l'approbation des deux tiers des présents. En d'autres termes, la tenue d'une réunion à huis clos d'une chambre ou d'une commission permanente de la Diète dépend de la majorité écrasante dont jouissent, pour l'instant du moins, le PLD et son allié *Kōmeitō*.

Défense dont ils auraient été informés par d'autres canaux que les séances à huis clos. En juin 2014, à la demande de la majorité et de l'opposition, et faisant suite à une mission parlementaire transpartisane à l'étranger, la loi sur la Diète fut amendée pour créer dans chacune des deux chambres, à titre permanent, les commissions précitées de surveillance de l'information, avec pour objectif de ménager l'autonomie administrative de la Diète et ne pas abandonner à l'exécutif l'édiction des modalités du contrôle parlementaire sur les secrets spécialement désignés (50). Ces deux commissions de huit membres chacune, dont les membres sont soumis à serment et les délibérations secrètes, examinent, conformément à l'article 19 de la loi de 2013, le rapport annuel sur l'état des décisions d'habilitation, de classification ou de déclassification des secrets spécialement désignés produits par le gouvernement à destination de la Diète. Elles peuvent être également saisies par la chambre ou les autres commissions ; elles émettent des recommandations à l'intention du ministre et peuvent exiger de lui un rapport sur les suites données à ces recommandations ; elles produisent enfin un rapport annuel au président de la chambre concernée. Ces dispositions sont-elles de nature à asseoir le contrôle du parlement sur le secret Défense ? Beaucoup en doutent : on a relevé ainsi que ces commissions parlementaires n'avaient commencé à se réunir qu'à la fin mars 2015, soit 3 mois après l'entrée en vigueur de la loi, qu'elles étaient dominées par la majorité. Mais cette critique devait être alors formulée pour les autres commissions parlementaires ordinaires ou spéciales et, à plus long terme, le renouvellement régulier de ces commissions devrait permettre d'associer et de sensibiliser un plus grand nombre de parlementaires de tous bords aux questions de renseignement, voire de créer de véritables spécialistes de la question. D'autant que ce pouvoir de « recommandation » était privé de force obligatoire et il n'empêche nullement le ministre d'opposer une fin de non-recevoir à la Diète s'il estime que la sécurité nationale est gravement en jeu. Dans ce cas, il ne resterait à la Diète qu'à mettre en cause la responsabilité du gouvernement, ou du ministre, ce qui est difficilement envisageable en système de Cabinet parlementaire. On souligne également que si la Diète doit approuver le recours à la force armée dans le cadre de l'autodéfense collective depuis 2015, il lui sera difficile de le faire en toute connaissance de cause si un tel recours est fondé sur des informations secret Défense soumises au veto du ministre. Les premiers rapports parlementaires ont été rendus publics en mars 2016. Ils sont prudents : ils n'émettent pas des « recommandations », mais des « avis », concernant principalement le caractère défectueux et par trop homogène du régime de référencement des secrets et la Diète n'a demandé la communication que de quatre secrets.

(50) Pour la Chambre des représentants, résolution du 13 juin 2014. www.shugiin.go.jp/internet/itdb_annai.nsf/html/statics/shiryō/jyōhoukanshishinsakaikitei.htm.

C. — *Un contrôle juridictionnel incertain*

Si les tribunaux japonais reconnaissent la légitimité du secret Défense « correspondant à un intérêt public majeur se rapportant à la sécurité du pays », ils ont été longtemps divisés sur la question de savoir si les secrets d'État avaient une nature formelle ou matérielle. En d'autres termes fallait-il considérer qu'il y avait secret d'État si, et seulement si, la décision de classification avait été prise par l'autorité compétente dans le cadre des procédures en vigueur ou si, par nature, les informations avaient vocation à ne pas être divulguées ou diffusées, *hikôchisei*, et étaient dignes d'être protégées, *yôhogosei*. Dans une affaire concernant le secret diplomatique – mais qui pouvait, *mutatis mutandis* s'appliquer au secret Défense – la Cour suprême s'était finalement prononcée en faveur d'une conception matérielle du secret. Mais si la doctrine s'était félicitée de cette jurisprudence qui avait le mérite d'être plus favorable au droit de savoir, de prévenir les décisions de classification motivées par de simples considérations d'opportunité politique, voire constitutives de détournement de pouvoir, mais aussi de pallier l'abstention fautive de classification, elle a constaté que les tribunaux n'ont guère précisé l'étendue de ces deux critères. La conception matérielle, qui est également celle qui prévaut aux États-Unis, et qui empêche que le juge ne puisse se voir opposer la théorie des actes de gouvernement ou son absence d'habilitation, laisse donc une marge d'appréciation aux pouvoirs publics d'autant plus qu'il sera difficile au magistrat de substituer sa propre appréciation à celle de l'Administration (51).

Il n'en est pas moins vrai que la nature particulière du secret Défense pose au pouvoir judiciaire japonais des problèmes spécifiques liés au principe constitutionnel, posé à l'article 82 de la Loi fondamentale, de la publicité des débats : au cas où un agent serait poursuivi pour violation du secret Défense, comment concilier le maintien de l'exigence de confidentialité, non seulement avec le principe constitutionnel de publicité susnommé, mais aussi avec l'office du juge et du procureur responsable des poursuites ? L'article 10, alinéa 1-2 de la loi prévoit bien une exception au profit du juge et des responsables de l'action publique, mais dans les limites déjà prescrites à la communication des pièces. Avec le risque que si le parquet estime que ces dernières ne permettent pas la caractérisation de l'infraction, il rende une décision de non-lieu à poursuivre. Cet article ne règle en rien cependant la question de savoir si cette communication peut intervenir en audience publique, ni la portée même de cette communication. Selon l'interprétation gouvernementale, la communication au juge pourrait intervenir dans le cadre d'un examen

(51) C. suprême, sect., 31 mai 1978 : Keishû, vol. 32, n° 3, p. 457 et s. Sur l'appréciation de la doctrine, Satô K. et Matsui S., « Gaikô kimitsu to shiru kenri. Gaimushô himitsu morei jiken kettei ni yosete » (Le secret diplomatique et le droit de savoir. À propos de la décision relative à la divulgation des secrets détenus par le ministère des Affaires étrangères), Hanrei jihô 1978, n° 896, p. 118 et s.

in camera hors prétoire. Cependant, le juge n'aurait pas accès à la teneur même du secret, mais aux seuls éléments de procédure ayant conduit à la classification et lui permettant d'induire le contenu du secret dont il s'agit. Le juge pourrait également se voir opposer l'article 103 du Code de procédure pénale qui autorise le cas échéant les procureurs à ne pas donner suite à une demande d'ouverture des preuves pour des raisons de secret. Pour les pénalistes, ces dispositions sont insuffisantes à assurer le respect des droits de la défense et du *due process of law* garanti par l'article 31 de la Constitution : la loi ne prévoit aucune communication même partielle à l'égard de la personne inculpée et de son conseil sauf – hypothèse improbable – si le juge ou le procureur demande la levée du secret Défense à cet effet ; il est cependant difficile de croire que ce type de procès puisse se dispenser de l'examen du contenu même du secret ; à supposer même que le ministère de la Défense excipe de l'exception de sécurité nationale pour s'opposer à cette ouverture, le juge japonais ne pourra-t-il qu'en prendre acte ? Le barreau souligne ainsi que l'action pénale risque d'aboutir à une condamnation sans que le secret dont il s'agit soit soumis à un examen contradictoire. Et qu'advierait-il d'un avocat qui aurait obtenu de son client des informations couvertes par le secret et dont il révélerait la teneur en audience publique ? Enfin, elle accentue le hiatus entre la conception « administrative » du secret qui continue à prévaloir dans les milieux gouvernementaux et la conception matérielle soutenue par la haute juridiction (52).

Les premières décisions de justice n'ont pas tardé à tomber et elles ont été toutes, jusqu'à présent, défavorables aux demandeurs, mais pour des raisons procédurales : le 25 février 2016, le tribunal de district de Shizuoka, s'appuyant sur une jurisprudence constante, a rejeté la requête d'un avocat du barreau local en annulation de la loi pour inconstitutionnalité, assortie d'une demande de dommages et intérêts, au motif que le demandeur ne pouvait arguer de la violation d'un droit personnel et concret. Cette requête ne pouvait qu'être rejetée car, en matière constitutionnelle, il n'existe qu'un contentieux de l'exception et non de l'action. Elle a d'ailleurs été confirmée, le 22 mars 2017, par la Cour suprême pour le même motif (53). Même décision, auparavant, à l'encontre d'un journaliste *free lance* et de 42 autres plaignants par le tribunal de district de Tôkyô le 18 novembre 2015, au motif que la référence abstraite aux restrictions à la liberté d'expression et d'information que ferait

(52) Saitô T., « Keiji tetsuzuki ni okeru tokutei himitsu no toriatsukai » (La manipulation des secrets spécialement désignés dans la procédure pénale), *Hôritsu jihô* juill. 2014, vol. 86, n° 8, p. 72 à 80 ; Adachi K., « Kokka kimitsu hogohô to keijihô » (La loi sur la protection des secrets d'État et le droit criminel), *Keiji bengo* 2014, n° 79, p. 130 à 135 ; Toyosaki N., « Tokutei himitsu hogohô no keiji tetsuzukijô no mondaiten » (Les problèmes posés par la loi sur la protection des secrets spécialement désignés du point de vue de la procédure pénale), *Keihô zasshi* févr. 2017, vol. 56, n° 1, p. 111 à 133.

(53) *Sankei nyûsu* 25 mars 2017.

peser la loi ne saurait, à elle seule, fonder un intérêt à agir. On peut s'étonner de l'attitude de ces demandeurs qui n'avaient aucune chance d'obtenir satisfaction, sauf à se servir des tribunaux comme caisse de résonance à leurs griefs contre la loi. En revanche, il n'y a eu, plus de 5 ans après l'entrée en vigueur de la loi, ni poursuite, ni donc de condamnation, pour violation de la loi de 2013 (54). Effet dissuasif ? Efficacité d'une politique préventive de sensibilisation et de formation des agents à la sécurité de l'information ? Preuve d'une inutilité qui n'en purge pas les effets nocifs potentiels ? Le débat reste ouvert.

*
**

Sans surprise, le directeur du Renseignement national américain, James R. Clapper, se félicita en janvier 2014, devant le Sénat, de l'adoption de la nouvelle loi. Concrètement, en 2017, les pouvoirs publics avaient procédé à 39 décisions de classification, ce qui portait à 517 le nombre de décisions de classification en vigueur à cette date – dont 511 pour une durée de 5 ans – contre 443 en 2015, soit une augmentation de 14,1 % sur 3 ans. Sur ce total, 320 concernaient les questions de défense, soit 61,8 % de l'ensemble : les services de la défense (ministère plus Agence pour les équipements de défense) se taillent la part du lion en matière de secrets d'État. L'augmentation concerne également le nombre de pièces classifiées détenues par les administrations centrales : 383 733 en 2017 contre 272 020 en 2015, soit une hausse de 29,1 % sur la période. Les pièces détenues par le seul ministère de la Défense étaient au nombre de 119 876 en 2017 contre 72 325 en 2015, soit une hausse de 39,6 % en 3 ans. La majorité d'entre elles concerne les systèmes de cryptographie, les équipements militaires et les satellites d'observation. Quant au nombre d'agents habilités à traiter les secrets d'État, il est passé de 96 200 en 2015, dont 93 968 fonctionnaires, à 124 515 en 2017, dont 121 501 fonctionnaires. Parmi les administrations centrales, le ministère de la Défense occupe la première place, avec 113 986 personnes habilitées, dont 113 280 fonctionnaires (55). Par rapport aux standards internationaux le Japon, malgré la montée en puissance récente du secret Défense, reste très en retrait : en France par exemple on compte 400 000 personnes ayant accès

(54) En février-mars 2016, des indiscretions en provenance du ministre de la Défense, Nakatani Gen, et son conseiller politique, Fujiwara Satoshi, concernant la défense antimissile et la coopération avec Washington avaient provoqué le sarcasme des médias. *Nihon keizai shinbun* 20 avr. 2016 ; *Nikkan gendai* 4 mars 2016.

(55) Cf. www.cas.go.jp/jp/tokuteihimitsu/pdf/h30_0518_houkoku.pdf. Pour mémoire, le ministère de la Défense est l'administration centrale disposant le plus de dossiers de documents (4 582 651 en 2017) avant l'Agence des impôts nationaux : rapport de février 2019 du bureau de gestion des documents administratifs du secrétariat général de l'Office du Cabinet, www8.cao.go.jp/chosei/koubun/houkoku/2017/pdf/2017_houkoku1.pdf.

au secret Défense, et plus de 5 millions de documents sont classifiés, dont 586 914 informations ou supports au titre du secret Défense (2017) (56).

Avant les réformes de 2001 et de 2013, le régime de la protection de secret Défense était largement calqué sur le droit commun de l'obligation de confidentialité du statut général de la fonction publique : une qualification qui ne tenait pas compte de la spécificité du secret Défense, dans un contexte institutionnel et politique peu propice à cette prise en considération. L'alourdissement des peines avec l'introduction nominative du secret Défense à partir de 2001 restait cependant relatif : il était plus sévère lorsque le délit de divulgation concernait la relation de sécurité nippo-américaine, engendrant une distorsion difficilement justifiable en matière répressive selon le contexte, domestique ou bilatéral, des fuites illégales. En ce sens, la loi de 2013 en alignant les atteintes au secret Défense non seulement sur les peines encourues dans le cadre de la relation nippo-américaine, mais aussi sur celles réprimant le vol et la violation des secrets d'entreprise, n'est pas dépourvue de cohérence (57). On peut le déplorer, mais ces peines sont comparables à celles observées en France, et si elles sont supérieures à celles encourues en Allemagne et en Grande-Bretagne, elles sont inférieures à celles prévues aux États-Unis où, par exemple, l'intelligence avec une puissance étrangère demeure passible de la peine capitale, pour ne rien dire de la Chine et de la Russie. Au total, la vision selon laquelle, avec la loi de 2013, le Japon s'engagerait sur la voie réactionnaire d'un État dissimulateur et répressif est tout à fait exagérée, même si elle soulève des questions légitimes liées à son contenu, au passé de l'archipel, à la politique de défense du gouvernement Abe. Au-delà de la loi, on peut se demander si l'introduction de la notion même de secret Défense ne participe pas d'un mouvement de banalisation et de normalisation des Forces d'autodéfense qui suscite encore des réticences dans une partie de l'opinion et chez de nombreux constitutionnalistes.

Éric SEIZELET

*Professeur émérite à l'Université de Paris
Membre de l'Institut français de recherche
sur l'Asie de l'Est (IFRAE)*

(56) Cf. Rapport sur le secret de la Défense nationale en France, janv. 2018, Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), www.sgdsn.gouv.fr/uploads/2018/01/rapport-sgdsn-secret-defense-2018.pdf.

(57) Okada Hiroshi, ministre adjoint auprès de l'Office du Cabinet, Ch. des Conseillers, comm. du Cabinet, 6 nov. 2013, n° 2.