

Les archives saisies par le droit

In: Genèses, 1, 1990. pp. 131-143.

Citer ce document / Cite this document :

Beaud Olivier. Les archives saisies par le droit. In: Genèses, 1, 1990. pp. 131-143.

doi : 10.3406/genes.1990.1018

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/genes_1155-3219_1990_num_1_1_1018

Les archives saisies par le droit*

Olivier Beaud

creative
commons
BY: NC ND
Persée

* Nous tenons à remercier Madame Bosman, archiviste en mission au ministère des Affaires sociales, pour l'entretien qu'elle nous a accordé.

1. Nos recherches dans deux revues d'histoire aussi connues que *les Annales* et la *Revue historique* ont été vaines en ce qui concerne la présentation de la loi. Pour une présentation de celle-ci, le lecteur voudra bien se reporter à deux excellentes études juridiques, dont le présent article tire une partie de sa documentation : Jean Laveissière, « Le statut des archives en France », *Revue administrative*, 1980, p. 253-267 et André de Laubadère dans sa « Chronique de législation », *Actualité juridique de droit administratif*, 1979, p. 29-32.

2. Pour une synthèse juridique et sociologique, cf. CURAPP, *la Communication administration-administrés*, PUF, 1983.

3. Sur l'organisation de la Direction des archives, cf. le décret n° 79-1037 du 3 décembre 1979.

4. Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, modifiée par les lois n° 86-29 du 9 janvier 1986 et n° 86-972 du 19 août 1986, et d. n° 88-849 du 28 juillet 1988 relatif au contrôle scientifique et technique de l'État sur les archives des collectivités territoriales.

L'objet de cette courte étude ne vise pas seulement à présenter aux « profanes » le droit en vigueur (qui n'est pas nécessairement bien connu des historiens)¹, mais également à apporter, grâce au prisme juridique, un autre éclairage que l'éclairage traditionnel – historien ou archivistique – sur les archives. Même si comme nous le verrons, le droit est largement influencé par l'évolution du sens de la notion d'archives, il conserve néanmoins son autonomie lorsqu'il traite du régime juridique de ces documents appelés « archives ».

L'exposé de la question d'un point de vue juridique est devenu plus aisé depuis l'édiction de la loi du 3 janvier 1979 « sur les archives » qui est aujourd'hui le pilier du droit des archives. Brièvement, l'origine de cette loi se trouve dans le phénomène plus général d'ouverture de l'administration aux administrés (transparence administrative)². Située chronologiquement entre la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés », la loi du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs et la loi du 9 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, la loi sur les archives, votée à l'unanimité, participe incontestablement du même esprit.

Elle ne circonscrit pas entièrement la matière puisque, d'une part, elle ne régit pas l'organisation des structures administratives centrales³ et, d'autre part, elle a été complétée par d'importantes dispositions législatives et réglementaires relatives à la décentralisation, qui attribuent aux entités décentralisées la propriété et la gestion de leurs archives (communales, départementales et régionales), sous réserve d'un contrôle technique assuré par l'État⁴.

Ce texte est néanmoins essentiel, car il systématise pour la première fois une matière régie par des textes disparates. Il définit aussi de manière exhaustive, et c'est nouveau, le régime juridique des archives

privées ; par là même, traitant à la fois des archives publiques et des archives privées, il donne une vision générale du régime juridique des archives, bien que l'unité de la notion d'archives soit, au regard de la loi, difficile à cerner. La loi montre surtout la validité, du point de vue juridique, de la séparation du régime juridique suivant leurs propriétaires (publics ou privés) alors même que pour l'historien, il s'agit, dans les deux cas, de matériaux identiques de recherches.

Unité et diversité de la notion d'archives

Sur la définition de la notion d'archives, l'innovation de la loi consiste à identifier les archives à des documents, rompant ainsi avec la prénotion qu'on peut en avoir ; la difficulté de cette définition apparaît cependant évidente lorsqu'on étudie plus en détail la législation qui fait ressortir une pluralité de documents-archives, aux statuts juridiques distincts.

Les archives comme documents

La nouvelle définition législative semble *a priori* extensive puisque sont considérées comme archives « l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, par tout service ou organisme public ou privé, dans l'exercice de leur activité » (art. 1, al. 1). Une telle définition s'écarte des notions habituelles et marque une triple extension.

Définition originale parce qu'elle rompt avec la notion du sens commun selon laquelle les archives sont, d'abord et avant tout, de vieux écrits, conformément à l'origine étymologique du mot. Elle ne correspond pas non plus à l'ancienne acception *juridique* du terme d'archives qui conçoit les archives comme des archives publiques, au sens de *documents authentiques* décisifs en matière de preuves⁵. Elle se distingue, enfin, de la signification traditionnelle attribuée par les



5. Le juriste Pothier écrivait au XVIII^e siècle : « On appelle archives publiques un dépôt de titres établis par autorité de justice ». « *Archivum*, dit Dumoulin, est quod publicae potestas habentis erigitur. » *Traité des obligations*, vol. 2, p. 246, (éd. de 1821).

6. Définition donnée indirectement par Yves Pérotin dans son article « Les archivistes et le mépris », *Gazette des archives*, n° 68, 1970, p. 10.

7. Sur cette dernière confusion, cf. les remarques de Michel Duchein, « Tri, sélection, échantillonnage », *Gazette des archives*, n° 120, 1983, p. 45, n. 1.

8. *J.O. Doc. parlementaires, Assemblée nationale*, n° 684, 1979, (rapport Bolo), p. 3.

9. *Ibid.*

10. Comme le fait remarquer le directeur des archives de France, Jean Favier, l'augmentation de la « demande » d'archives résulte de l'augmentation de ces étudiants qui constituent les trois quarts des étudiants fréquentant les archives. *Archives nationales, État général des fonds*, vol. I, Avant-propos, éd. des Archives nationales, Paris, 1978, p. 9.

11. Pierre Gode, « Loi sur les archives, Chronique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1979, p. 449.

12. Un parlementaire déclara lors des débats : « Nous produisons les archives du futur. »

13. Cf. la définition juridique : « Sont considérées comme archives courantes les documents qui sont d'utilisation habituelle pour l'activité des services, établissements et organismes qui les ont produits ou reçus ». Art. 12 du d. n° 79-1037.

professionnels – les archivistes – pour qui les documents d'archives sont tels « en vertu de leur accumulation consciente par une personne physique ou morale en fonction de son activité⁶ ».

Or, cette triple définition, usuelle, juridique et professionnelle, cède devant la nouvelle définition qui *assimile les archives aux documents*. Bref, il faut cesser d'identifier les archives aux archives administratives ou aux « archives historiques »⁷. Cette nouvelle définition est censée épouser les nouvelles conditions sociales issues de plusieurs transformations, explicitement mentionnées par le rapporteur du projet de loi : développement de la *paperasse*, modification des supports d'archives⁸, « la nouvelle orientation de la recherche historique et le développement du commerce international des archives⁹ ». Elle correspond par ailleurs au formidable accroissement quantitatif des recherches en histoire contemporaine¹⁰. Étant donné le caractère vague de cette définition, on comprend l'exclamation d'un juriste¹¹, inquiet d'une telle extension : « Quelle place donnée à la boulimie des chercheurs ! » Voyons maintenant dans le détail en quoi consiste cet élargissement de la notion d'archives.

La première extension porte sur la matérialité des documents. Les archives cessent de se confondre avec la forme écrite. En dissociant la notion de sa « forme » et de son « support matériel », le législateur prenait en compte toutes les techniques modernes susceptibles de fixer la mémoire : photos, films, bandes magnétiques, enregistrements des mémoires d'ordinateurs. Seconde extension : il n'existe pas de limites quant au propriétaire de ces documents, peu importe que ce soit l'État, une autre collectivité publique, ou des personnes privées (sociétés commerciales ou individus). La dernière extension découle de l'absence de critère relatif au temps. On pourrait pourtant croire que les archives sont

des documents affectés à un service public spécial, le service des archives, qui est destiné à les *conserver*, dans un premier temps, et à les *communiquer* dans un second temps. Déposés aux mains d'un personnel spécialisé, ces documents, qu'ils appartiennent à une personne publique ou à une personne privée, pourront être traités suivant les « règles de l'art » et échapperont ainsi aux éventuelles destructions. On serait donc tenté d'identifier les archives aux *archives « conservées »* par les Archives nationales. Ce serait cependant inexact, car la loi prend seulement en considération la « production » de documents par des organismes « dans l'exercice de leur activité » et « quelle que soit la date » de ces documents. Cette imbrication du présent et du passé a été parfaitement perçue par les auteurs de la loi¹².

Toutefois, si la notion d'archives identifiée à celle de documents acquiert une unité, l'analyse plus approfondie des textes juridiques révèle une diversité des archives ainsi définies remettant en cause cette homogénéité apparente.

L'hétérogénéité matérielle des archives :

de la pratique professionnelle au droit

Si l'on délaisse provisoirement les archives privées et l'on raisonne sur les archives publiques, la question se pose alors de savoir comment l'on passe de la simple archive produite par l'administration à l'archive conservée (par les services adéquats des Archives). Ici, la pratique professionnelle, « entérinée » par les textes juridiques, distingue trois types d'archives en fonction de l'usage qui en est fait par l'administration.

A leur stade d'utilisation active par l'administration, les archives, dites « vivantes » par les praticiens, sont qualifiées officiellement d'« *archives courantes*¹³ » ; leur conservation incombe aux services administratifs « producteurs », les Archives de



14. Qui se manifeste notamment, pour le cas des administrations centrales, par des « tournées d'inspection » dans les bureaux.

15. « Sont considérées comme archives intermédiaires les documents qui : a) ont cessé d'être considérés comme des archives courantes ; b) ne peuvent encore, en raison de leur intérêt administratif, faire l'objet de tri ou d'élimination conformément à l'article 16 ci-dessous » Art. 13, d. précité.

16. Art. 13, d. précité.

17. Michel Melot, « Des archives considérées comme une substance hallucinogène », *Traverses* : « L'archive », n° 36, 1986, p. 15.

18. Cf. *supra*.

19. Blandine Barret-Kriegel, *les Historiens et la monarchie*, vol. IV, *la République incertaine*, PUF, Paris, 1989, p. 69.

20. Art. 16, d. 79-1037 : « Le tri des documents incombe à la Direction des archives ».

21. Michel Melot, « Des archives considérées... », *op. cit.*, p. 15.

22. Michel Duchein, « Tri, sélection, échantillonnage », *Gazette des archives*, n° 120, 1983, p. 41.

23. *Ibid.* p. 42.

24. Jacques André, « De la preuve à l'histoire », *Traverses*, *op. cit.*, p. 27.

25. Sur les différentes techniques utilisées par les archivistes, cf. l'article précité de Michel Duchein.

26. Respectivement art. 15 et 16 du d. précité.

France n'exerçant qu'un contrôle¹⁴. La seconde étape, médiane, est celle des « archives intermédiaires » (archives dites « tièdes ») dont la définition purement négative¹⁵ indique qu'il s'agit de documents qui, en raison de leur intérêt administratif, ne peuvent pas faire l'objet d'une sélection irrévocable. Elles sont conservées soit par les Archives de France, après un « versement » faisant l'objet d'un bordereau spécial, dans des dépôts spéciaux dits de « préarchivage » ou dans d'autres dépôts d'archivage, soit encore par les services d'administration active¹⁶. Enfin, les documents-archives acquièrent le statut d'« archives définitives » (« archives mortes » pour l'administration) lorsqu'ils ont « subi les tris et éliminations » prévues par la loi. A la différence des deux autres types de documents, ils sont, d'une part, « à conserver sans limitation de durée », et d'autre part, placés sous la direction et le contrôle exclusifs des Archives de France.

On comprend aisément que le problème essentiel est celui de la sélection des archives définitives ; comme l'explique un archiviste : « La question n'est pas dans la quantité exponentielle des documents, mais plutôt sur le principe d'en conserver finalement certains. » Le paradoxe de la définition légale provient de ce qu'elle serait « si vaste qu'elle s'autodétruit et laisse au hasard le peu qu'elle attrape¹⁷ ». Face aux incertitudes de l'archiviste, le droit oppose de maigres certitudes ; il n'hésite pas à définir des critères de sélection visant à départager les archives, à conserver des autres. Les archives publiques doivent faire « l'objet d'un tri pour séparer les documents à conserver et les documents dépourvus d'intérêt administratif et historique, destinés à l'élimination » (art. 4, al. 1). Par ailleurs, l'intérêt public vise à répondre aux « besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes [...] » et à satisfaire les nécessités de « la documentation historique de la

recherche » (art. 1, al. 2). Ainsi, première leçon, l'intérêt historique n'est pas le critère exclusif de la conservation, car s'y ajoute l'intérêt administratif ; on peut donc opposer des archives administratives et des archives historiques.

Les archives administratives ont un rôle d'authentification et d'aide à la décision. Elles contribuent à une meilleure gestion de l'administration dont elles constituent la mémoire. Ensuite, marquées du sceau de l'État et constituant en quelque sorte sa mémoire juridique, elles garantissent aussi bien les droits des individus (preuves en matière judiciaire ou d'état-civil) que les droits de l'État en tant qu'elles constituent le dépôt des actes officiels. Elles correspondent donc à l'ancienne notion d'archives¹⁸.

Les archives auraient donc une double nature suivant leur finalité : non pas seulement « historiques », mais aussi administratives. On retrouve ici la leçon de Jacob Nicolas Moreau, le père de l'archivistique moderne, pour qui, note M^{me} Barret-Kriegel :

« Les sources n'étaient pas seulement, même si elles l'étaient aussi, un instrument d'analyse pour les savants, des moyens d'investigation de la recherche ou la base de la documentation historique, elles étaient également des titres de droit ou des règles administratives toujours utiles, un auxiliaire indispensable à la bonne marche de l'administration et l'État, en vertu même de la conception, selon laquelle il fallait toujours revenir à l'histoire pour fonder la règle, fût-elle règle de droit¹⁹. »

Évidemment, ce sont les problèmes posés par les archives « historiques » qui retiennent davantage l'attention, et au premier chef, celui de leur sélection. Ici les difficultés paraissent encore plus grandes, car comment peut-on aujourd'hui déterminer *a priori* ce qui présente un « intérêt historique » ? Les archivistes travaillant sur l'histoire contemporaine et à qui incombe la lourde tâche d'effectuer cette sélection²⁰

avouent eux-mêmes pratiquer désormais un « métier à haut risque ». D'un côté, ils sont menacés du danger de l'exhaustivité au nom de la satisfaction d'un mythique « historien futur ». Dans ce cas, « on entre dans l'hallucination de la conservation *absolue* de l'Histoire protégée, de la reconduction du Temps²¹ ». De même, on peut refuser de détruire, dès lors qu'on sait qu'en raison des modifications des objets historiques suivant le temps, il n'y a pas de « destructions innocentes²² ». D'un autre côté, les contraintes budgétaires et spatiales font qu'un tel objectif est impossible à atteindre. L'ajustement entre l'idéal et le possible s'opère par le biais du tri : « *force est de sélectionner*²³ ». De conservateur de documents, l'archiviste devient, contre son gré, le « destructeur qui juge du partage entre l'inutile et l'utile, entre les documents trop répétitifs et ceux pourvus du minimum d'informations nécessaires à l'historien des données statistiques²⁴ ».

Les textes juridiques ne font qu'enregistrer cette nécessité. Plutôt que d'énumérer d'incertains critères de sélection, leurs auteurs ont préféré s'en remettre au tact des archivistes²⁵, et organiser les rapports entre les producteurs et les conservateurs d'archives. Pour les archives publiques, la règle est la concertation entre les deux services, que ce soit pour la définition initiale des documents, ou même pour leur élimination. Le service des Archives dresse la liste des documents à éliminer, il peut s'opposer victorieusement à l'élimination projetée par les services administratifs²⁶. Naturellement, en pratique, les choses ne sont pas toujours aussi aisées ; même si l'installation de missions des Archives nationales dans les ministères a permis d'effectuer un contrôle plus effectif, il est évidemment impossible de vérifier si les services producteurs ne se livrent pas quelquefois à des destructions illégales.



27. Jean Laveissière, « Le statut... », *op. cit.*, p. 256. (En référence à R.-H. Bautier, *Manuel d'archivistique*, p. 28.)

28. En détaillant le régime de la communication aux historiens et en incluant les archives privées (à l'intérêt exclusivement et nécessairement administratif) dans son contenu (*cf.* art. 111 de la loi).

29. P. Gode, « Loi sur... », *op. cit.*, p. 449.

30. En premier lieu, pour les personnes privées qui gèrent des services publics (exemple des caisses de Sécurité sociale) et en second lieu, pour les « minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels » elles aussi qualifiées d'archives publiques.

31. Nous renvoyons ici aux développements suivants : pour la thèse d'un domaine public mobilier par « affectation » à un service public, Laveissière, « Le statut... », *op. cit.*, p. 256, et pour l'idée d'un domaine public mobilier par nature, G. Wolkowitsch, *Archives, Bibliothèques, Musées. Le statut des collections accessibles au public*, Économica, 1986, p. 63.

32. *Cf.* pour un arrêt de principe, *C. Cass.*, 17 juin 1896 Jean Bonnin *c/ villes de Mâcon et de Lyon*, D.P. 1897 I. 257).

33. Cour d'appel Paris, 11 décembre 1865, *Dalloz*, 1865.2.221.

34. *Cf.* par exemple l'arrêté du 13 Nivôse an X qui dispose qu'après le décès d'un officier d'un certain rang « les scellés seront apposés sur les papiers, cartes plans et mémoires militaires autres que ceux dont le décédé est l'auteur ».

35. *Cf.* ici les remarques de A. de Laubadère dans sa chronique de législation, *Actualité juridique de droit administratif*, 1979, p. 30.

Il ressort des développements précédents deux idées essentielles : d'une part, si la fonction de la conservation des archives est à la fois « utilitaire et probatoire » – *administrative* dirions-nous – et « scientifique et culturelle²⁷ » – *historienne* –, la loi privilégie incontestablement cette dernière²⁸. D'autre part, l'unité de la notion moderne d'archives est apparue artificielle, tant on a spontanément tendance, y compris le législateur, à confondre les archives et les archives publiques définitives, mais elle s'avère vraiment intenable lorsqu'on se place du point de vue juridique, car à une seule notion correspondent – véritable hérésie juridique – deux régimes juridiques distincts suivant leurs propriétaires (archives publiques/privées).

Le régime juridique des archives publiques : de la protection renforcée à l'accès libéré

La distinction entre les « archives publiques » et les archives privées forme « la colonne dorsale du nouveau régime²⁹ ». Encore faut-il préciser que l'équation ici posée entre « archives publiques » et « personnes publiques » simplifie une réalité plus complexe, puisque le législateur admet une double exception à cette correspondance³⁰. La spécificité des archives publiques, du point de vue juridique, découle de leur appartenance au domaine public, qui commande logiquement leur accès facile pour le public.

L'appartenance des archives au domaine public

Quand les archives sont dites « publiques », elles relèvent d'une catégorie particulière de biens, appartenant à ce que les juristes appellent le domaine public, et plus précisément au domaine public mobilier. Plutôt que d'entrer dans la discussion complexe relative à la justification de l'appartenance au domaine public mo-

bilier des archives publiques³¹, il vaut mieux exposer *l'idée* qui a présidé à cette construction doctrinale et ensuite, le régime juridique qui s'attache à cette qualification. A l'origine, on a cru bon de distinguer au sein des biens de l'État entre ceux qui appartenaient au domaine public et ceux qui relevaient de son domaine privé. Les premiers font l'objet d'une *protection renforcée* dans la mesure où l'on estime qu'en raison de leur utilité commune, ils ne peuvent être soumis au régime de droit commun (droit privé). Pour la raison opposée, leur moindre utilité, les biens du domaine privé de l'État obéissent à un régime juridique qui, bien que non identique, se rapproche davantage de celui de la propriété privée. Étant à la fois distincte de la notion de domaine privé étatique et de la notion des biens au sens du droit commun (droit civil), la notion de domaine public est fonctionnelle : par cette double démarcation, elle autonomise un ensemble de dispositions juridiques (un « régime juridique » pour les juristes) susceptibles de conférer une protection maximale à ces biens qu'elle recouvre. La classification d'un bien dans un tel domaine est donc un *enjeu majeur* pour l'État, de la même manière qu'était capitale la question de savoir si tel ou tel bien du Roi entrait dans le domaine de la Couronne (domaine public étatique).

En tant qu'élément constitutif du domaine public mobilier, les archives publiques sont protégées par des règles spéciales et sont accessibles aux usagers.

Comme les autres biens du domaine public, les archives publiques sont insusceptibles d'appropriation privée et sont pénalement protégées. Selon la loi, « les archives publiques, quel qu'en soit le possesseur, sont *imprescriptibles* » (art. 3). Autrement dit, contrairement à la règle classique de droit civil selon laquelle la possession prolongée d'un bien fait acquérir sa propriété (la prescription), on ne

peut de cette façon acquérir des archives publiques. Même si ces dernières sont « possédées » fortuitement par un particulier, celui-ci ne pourra jamais s'estimer en être le propriétaire, même s'il se comporte comme tel. On peut illustrer cette règle à partir des litiges intervenus fréquemment lors du décès de certains fonctionnaires. Soit un haut fonctionnaire qui décède et dont l'inventaire des biens révèle l'existence de « papiers publics ». Dans certaines affaires très significatives, l'État a réclamé la propriété de ces biens en invoquant le caractère « public » de ces archives et donc leur imprescriptibilité³². Il détient ainsi un « droit de reprise » pour ces papiers qui auraient normalement dû être versés aux archives et qui ont été conservés par des fonctionnaires. A l'occasion de ces affaires, le juge judiciaire a d'ailleurs été amené à indiquer :

« Tous les documents qui, par leur nature et par leur destination, sont venus aux mains du fonctionnaire pour en user et les garder au profit du service dont il est chargé, n'ont pas cessé d'être la propriété de l'État qui les a constamment possédés par son mandataire³³. »

Plusieurs textes spéciaux prévoient des procédés, tels qu'apposition de scellés et saisie de documents, permettant à l'État de « revendiquer » (au sens juridique du terme) la propriété de papiers publics détenus par des fonctionnaires en exercice³⁴.

A l'imprescriptibilité des archives s'ajoute son corollaire : leur *inaliénabilité*. Autrement dit son détenteur n'a pas le droit de les aliéner, c'est-à-dire au sens juridique de les vendre, donner ou encore de les détruire. S'il outrepassé cette interdiction, l'État pourra exercer une action en nullité contre l'acte de vente ou de donation, et ainsi récupérer son bien. Bien que la règle d'inaliénabilité des archives publiques ne soit pas explicitement mentionnée dans la loi, elle découle aussi bien de la règle de l'imprescriptibilité que des solutions jurisprudentielles antérieures³⁵.



36. Englobant les autres personnes publiques telles que les départements, communes ou établissements et entreprises publics.

37. Cf. ici l'art. 28 de la loi de 1979, et la nouvelle loi du 15 juillet 1980, nouvel art. 257-1 Code pénal (pour plus de précisions juridiques, cf. G. Wolkowitsch, « Archives... », *op. cit.*, p. 209 et suiv.). Les mœurs résistent ici au droit en raison ; par exemple, les hauts fonctionnaires et les gouvernants ont tendance encore à s'attribuer la propriété des archives publiques, conformément à une conception patrimoniale des offices publics. Cf. pour un historique intéressant l'étude de Jean Laveissière, « Le pouvoir, ses archives et ses secrets », *Chronique, Dalloz*, p. 63 et suiv.

38. La loi du 10 juillet 1940 qui accordait les pleins pouvoirs à Pétain établissait donc la borne au-delà de laquelle il était interdit aux historiens d'enquêter.

39. C'est le cas par exemple pour le Conseil d'État. Cf. ici pour l'état du droit antérieur à 1979, A. Chauleur, *Bibliothèques et archives*, INRP, 1978, p. 144 et suiv.

40. Selon l'article 2 de cette loi : « Sous réserve des dispositions de l'article 6, les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande, qu'ils émanent des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public. »

41. Prévue à l'article 18, al. 2 du d. 79-1037 précité.

Ainsi, les archives publiques partagent avec le domaine public immobilier la caractéristique de ne pouvoir échapper à leur propriétaire. Les biens sont indissociablement associés à l'institution étatique au sens large³⁶. Par conséquent, ceux qui gèrent ces biens n'en sont que des administrateurs provisoires dont la fonction principale est de les conserver. De la même façon que l'État a pu acquérir des moyens d'existence autonomes en disposant d'un domaine immobilier susceptible d'extension, mais soustrait à des diminutions, il peut étendre son patrimoine culturel sans risquer de le voir disparaître par des aliénations hasardeuses.

La double règle de l'imprescriptibilité et de l'inaliénabilité assure ainsi aux archives publiques une pérennité remarquable en les protégeant, soit contre leur disparition, soit contre leur aliénation à des propriétaires autres que l'État : particuliers ou encore États étrangers. Il existe, notons-le, un second type de protection, cette fois pénale, dirigée contre la personne détentrice ou utilisatrice des archives publiques³⁷.

La libéralisation de l'accès aux archives

Ici encore, l'utilisation de la notion du domaine public permet de présenter de façon cohérente le régime juridique de l'accès aux archives qui a été réglementé par la loi du 3 janvier 1979. Caractérisée traditionnellement comme étant à la fois libre, égale et gratuite, l'utilisation du domaine public revêt les mêmes traits pour les archives publiques. L'actuelle législation est beaucoup plus libérale en ce qu'elle admet un droit à communication pour « toute personne qui en fera la demande » (art. 6), c'est-à-dire pour tout administré, ou encore pour l'utilisateur du service public des archives. Comment la loi organise-t-elle ce droit à la communication ? Il faut ici distinguer selon le statut de l'utilisateur : administré ou administration.

L'accès aux archives pour les tiers (administrés)

Depuis le décret du 7 Messidor An VII, toutes les dispositions juridiques (de simples règlements et non des lois) ont eu pour effet de substituer au régime de la liberté d'accès le régime du secret administratif. Autrement dit, le secret devint le principe, la liberté, l'exception. En vertu d'un décret du 14 mai 1887 qui disposa que la communication des documents aurait lieu « conformément aux règlements établis par les ministres », il fut pris une série anarchique de règlements et un arrêté du 16 mai 1887 prescrivant la *règle des « cinquante ans »* devenue le délai normal (de droit commun pour les juristes) de communication, c'est-à-dire l'impossibilité de communiquer les documents ayant moins de cinquante ans de date sans l'autorisation des administrations d'origine.

Le processus de libéralisation s'effectua en plusieurs étapes. Sous la pression des historiens, un décret de 1962 permit, uniquement pour les Archives nationales, la communication de documents antérieurs à 1920, tandis que le décret du 19 novembre 1970 accentuait le phénomène d'ouverture en admettant la liberté de communication au public des documents antérieurs au 10 juillet 1940³⁸.

Cependant, ce mouvement d'ouverture des archives au public était limité par des restrictions de deux ordres. D'une part, les administrations avaient la faculté d'émettre des *réserves de communication* lorsqu'elles effectuaient des versements tandis que d'autres, disposant d'un service spécial d'archives, se réfugiaient derrière cette compétence spéciale, pour édicter des dispositions dérogeant au droit commun³⁹. D'autre part, et surtout, une limite importante résultait de l'interdiction provisoire de communication de documents confidentiels relatifs à des hommes publics ou encore dont la divulgation pouvait porter atteinte à l'honneur d'individus ou de familles.

On comprend qu'au regard de cette réglementation touffue et complexe, plus encline à conserver le secret qu'à favoriser l'accès, la loi de 1979 a apporté un changement décisif en proclamant l'existence d'un *droit à communication*. Elle était d'ailleurs rendue nécessaire par la loi du 17 juillet 1978 qui fixait le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs. Pour mettre en harmonie sa loi sur les archives avec cette loi antérieure, le législateur a dû distinguer le régime de communication selon qu'on visait de simples « documents » (loi 1978) ou les archives (loi de 1979). Les « documents » « *demeurent* communicables dans les conditions fixées par cette loi » (de 1979, art. 6, al. 2), c'est-à-dire qu'ils sont, sauf exception, librement communicables sans condition de délai⁴⁰, tandis que « les autres documents d'archives publiques pourront être librement consultés à l'expiration » des délais légaux (art. 6, al. 3).

En effet, d'un côté, il aurait été illogique qu'un document « non archivé » fût accessible au public et que, archivé, il ne le fût plus ; ensuite, il aurait été dangereux que l'administration utilisât la faculté de versement aux archives afin d'échapper à son obligation de communiquer les documents au public. D'un autre côté, cette distinction entre types de documents semble contraire à la pratique archivistique traditionnelle en France de « respect des fonds » ; elle conduit déjà à des conflits d'interprétation sur le type de législation applicable (loi de 1978 ou loi de 1979) car les administrations ne respectent pas l'obligation⁴¹ qui leur est faite de présenter, lors du versement d'archives, un bordereau descriptif signalant les documents librement communicables aux termes de la loi du 17 juillet 1978. Il en résulte d'ailleurs une divergence d'interprétation entre la Direction des archives qui défend le droit à la « mémoire » et la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) qui entend protéger le « droit à

l'oubli » qualifié par elle comme « un des fondements de la loi du 6 janvier 1979⁴² ».

Pour en revenir au droit positif, les Archives ont l'obligation de communiquer les documents datant de plus de *trente ans* (art. 6 *in fine*). Imitant en cela plusieurs législations étrangères, la législation française a donc considérablement restreint le délai de non-communicabilité. Ce délai est allongé à *soixante ans* pour deux grands types de documents dont la communication est donc rendue plus difficile (art. 7) : ceux mettant en cause la vie privée des individus, que ce soit pour des renseignements d'ordre médical, judiciaire ou professionnel (carrière des fonctionnaires) et ceux contenant des « informations intéressant la sûreté de l'État et la défense nationale⁴³ ». Il peut être de cent cinquante, de cent vingt et de cent ans pour d'autres documents contenant des renseignements d'ordre privé⁴⁴.

Enfin, il n'est pas inutile de noter l'existence d'une procédure dérogatoire ; l'administration peut « autoriser la consultation des documents d'archives publiques avant l'expiration des délais » (art. 8) légaux, qu'il s'agisse du délai de droit commun de trente ans ou des délais spéciaux ci-dessus cités⁴⁵. La procédure est la suivante : après avoir demandé l'accord de l'autorité administrative propriétaire des archives, la Direction des archives statue sur la demande⁴⁶. Lorsque le délai de non-communicabilité est de soixante ans, la dérogation de consultation n'est possible que si les documents ont déjà atteint trente années d'âge. D'une façon générale, le service des archives appuie la requête en se fondant sur le sérieux du demandeur et l'intérêt de la recherche. Le bilan de l'application de la loi semble favorable aux chercheurs ; en dépit de son caractère apparemment arbitraire, renforcé par l'absence regrettable de droit d'appel contre des décisions de refus, la dérogation légale – a-t-on noté – « constitue le seul moyen d'ouverture qui n'entraîne pas une crainte excessive



42. CNIL, *Délibération n° 88-52 du 10 mai 1988 portant adoption d'une recommandation sur la compatibilité entre les lois n° 78-17 du 3 janvier 1979*.

43. La liste limitative prévue par l'article 7 de la loi est établie par l'article premier du décret n° 79-1038 du 3 décembre 1979.

44. Cf. article 7, 1 à 4 *in Annexe*.

45. Il n'y a en revanche pas de dérogation possible pour les minutes de notaires et pour les renseignements individuels ayant trait aux faits d'ordre privés collectés dans le cadre des enquêtes statistiques des services publics.

46. Article 2 du décret 79-1038.

47. Jean Favier « La communication des archives contemporaines en France », *Gazette des archives*, n° 130-131, 1985, p. 183 et suiv.

48. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, Paris, A. Colin, éd. 1974, p. 71.

49. Par opposition au régime antérieur : le d. du 2 janvier 1889 prévoyait que cette remise de pièces s'opérait « pour un temps déterminé » à l'expiration duquel les documents seraient réclamés.

dans les services générateurs d'archives. On sait qu'une telle crainte conduit souvent à des destructions d'archives⁴⁷ ». Bref, elle institue un compromis utile, sinon idéal, entre le droit à la communication et le secret administratif, en préservant surtout l'existence des archives.

Cette libéralisation du régime de communication des archives est incontestablement un progrès si l'on admet avec Marc Bloch que « notre civilisation aura accompli un immense progrès le jour où la dissimulation érigée en méthode d'action et presque bourgeoise vertu cédera la place au goût du renseignement⁴⁸ ». Mais, on ne saurait oublier que le droit d'accès est subordonné au dépôt des archives ; or, ici, il faut le mentionner malheureusement, des difficultés naissent de la répugnance administrative à verser les documents aux Archives.

L'accès aux archives pour l'administration

On a vu plus haut que la finalité historiquement première de la conservation des archives était de permettre la réutilisation de ces documents par l'administration d'origine. Il en résulte un *droit de consultation administrative* qui n'est pourtant pas prévu explicitement par la loi, car celle-ci perçoit les archives moins comme la « mémoire de l'administration » que comme la mémoire de la société offerte à la curiosité des chercheurs. L'association entre l'administration des archives (« dépositaire ») et l'administration « déposante » apparaît seulement dans le texte réglementaire portant sur la « coopération entre les administrations pour la collecte, la conservation et la communication des archives publiques ». Selon son article 19, la Direction des archives de France « communique aux services, établissements et organismes qui lui ont versé les documents, les répertoires et inventaires qu'elle en dresse ». En outre, les administrations s'engagent à verser des documents

aux archives à condition de pouvoir les consulter *quand elles le veulent*. Tant qu'ils ne sont pas communicables en vertu de la loi d'accès aux documents administratifs ou de la loi sur les archives, ces documents archivés « restent à la disposition exclusive » (art. 20) des services producteurs qui sont et demeurent leurs propriétaires, tandis que les Archives n'en sont que les « dépositaires ». Il est donc logique que les règles restreignant l'accès aux archives ne s'appliquent pas aux administrations qui ont versé ces documents, mais seulement aux tiers, y compris aux autres administrations. Plus caractéristique encore de l'esprit de cette réglementation est le fait que quand l'administration se voit remettre des pièces, elle n'est pas tenue par un délai de consultation contrairement au régime antérieur⁴⁹.

Pour résumer l'esprit du droit de ces archives publiques, on peut dire que ces dernières bénéficient d'une protection juridique spéciale exprimant l'idée du monopole de la puissance publique, mais que la libéralisation de leur accès prouve que ce monopole de conservation est, désormais, davantage destiné à la communication – c'est-à-dire destiné à faciliter la recherche historique et donc la protection du patrimoine naturel culturel – qu'à l'utilisation administrative.

La notion d'archives privées ou la difficile conciliation entre les exigences de l'intérêt général et les droits privés

Les historiens ont été de plus en plus attirés par les papiers privés, plus adéquats pour réaliser une histoire « totale » ou encore une « histoire d'en bas ». Plutôt que de s'appesantir sur ce fait connu qu'est l'importance des archives privées, on doit souligner les difficultés juridiques propres aux archives privées. La difficulté ici en cause provient de

l'opposition apparemment irréductible entre les intérêts des propriétaires et ceux des tiers, les chercheurs.

« Les premiers ont naturellement tendance à vouloir conserver la libre disposition et le plein usage de leurs archives, et ceci à toutes fins disponibles, par exemple, de les conserver, ou, au contraire, de les détruire [...] [les seconds] doivent pouvoir accéder aux signes de ce qui fut. La qualité de leur œuvre dépend de la bonne conservation des documents et de la facilité d'y accéder⁵⁰. »

On conçoit alors immédiatement la difficulté de la tâche du législateur qui devait concilier les nécessités d'intérêt public, c'est-à-dire la conservation du patrimoine culturel national, et les droits des personnes privées, et notamment le droit subjectif par excellence, le droit de propriété⁵¹. Le projet de loi contient à la fois des dispositions conférant aux pouvoirs publics un droit de contrôle sur les archives privées et d'autres garantissant les droits des propriétaires.

Trois dispositions illustrent clairement les prérogatives de puissance publique, ces pouvoirs qui pour les juristes, spécifient les facultés de l'État, dérogatoires au droit commun. Commençons par la plus caractéristique : la procédure de *classement* qui est empruntée à la législation sur les monuments historiques, véritable législation matricielle. Le classement d'archives privées est pris en forme solennelle (décret après avis du Conseil d'État), soit en accord avec le propriétaire, soit, et c'est la prérogative de puissance publique dans toute sa splendeur, en l'absence de son consentement (classement *d'office*⁵²). Toutefois, la pratique administrative révèle que le classement résulte presque toujours d'un accord entre la Direction des archives et le propriétaire.

Le classement a pour effet juridique d'affecter les archives concernées d'une « *servitude mobilière* ». Le propriétaire ne peut plus les détruire, les modifier ni les altérer ;



50. P. Gode, « Loi sur... », *op. cit.*, p. 448.

51. Le rapporteur du projet de loi déclara expressément que le texte de loi réduisait « à presque rien les sujétions, qui au nom de l'intérêt général de la recherche, seront imposées au propriétaire », rapport Miroudot, *J.O. Doc. parlementaires, Sénat*, 1977-1978, p. 8.

52. D. n° 79-1040 du 3 décembre 1979, art. 3 *in fine*.

53. « Les effets du classement suivent les archives en quelques mains qu'elles passent. » (art. 14, al. 2).

54. J. Laveissière, « Le statut... », *op. cit.*, p. 259.

55. En l'absence de solution proposée par la loi, le droit en vigueur établi par le juge judiciaire dispose que la publication d'archives privées, sans l'autorisation du propriétaire (l'un de ses descendants) porte atteinte au droit « moral » et au droit d'exploitation de ces papiers. Cour d'appel Paris, 25 avril 1966.

les archives privées classées deviennent *imprescriptibles*, et le classement continue à valoir même si la propriété des archives change de mains⁵³.

La même restriction au droit de propriété découle de l'existence de prérogatives spéciales de l'administration qui peuvent entraver la circulation du bien-archive. La loi autorise, en premier lieu, la puissance publique à user de son droit de *préemption* en cas de ventes publiques d'archives privées (classées ou non). La loi marque un renforcement de cette ancienne prérogative en permettant à l'État d'agir à la demande et pour le compte des collectivités locales, et en imposant aux officiers ministériels (notaires, commissaires-priseurs...) une obligation d'aviser l'administration des archives.

Enfin, la loi intensifie *le contrôle de l'exportation* des archives privées. Cette politique « protectionniste » est plus rigoureuse pour les archives classées que pour les archives non classées. Le propriétaire des premières est contraint de demander une *autorisation* administrative préalable pour les exporter, tandis que l'administration peut soit user d'un droit de rétention du bien, soit d'un droit de « reproduction préalable de tout ou partie des archives classées proposées à l'expropriation » (art. 21). Cette seconde faculté n'est pas prévue pour les archives privées non classées, qui, si elles « présentent un intérêt public » doivent être soumises, elles aussi, à une autorisation préalable d'exportation (art. 24).

Il reste à se demander si cet arsenal juridique est suffisant, car, comme on l'a observé, la spécificité des archives privées, comparées aux monuments et aux œuvres d'art, réside dans la facilité à les dissimuler et à les négocier, si bien que l'efficacité du dispositif « dépend en grande partie de la compréhension des intéressés⁵⁴ ». Par souci

de réalisme, on a inscrit dans la loi plusieurs garanties pour les propriétaires.

Cette volonté conciliatrice s'exprime d'abord dans la règle selon laquelle le dépôt d'archives privées dans les services publics n'implique pas de transfert de propriété (art. 10). Conformément au droit commun des contrats, le dépôt d'archives privées est toujours révocable, et le propriétaire peut en reprendre la disposition quand il le veut. Il garantit une bonne conservation et une bonne exploitation archivistique.

De même, il résulte de cette conservation du droit de propriété deux conséquences décisives inconnues du régime juridique des archives publiques. D'une part, il n'y a pas, et il ne peut y avoir de *droit* à communication d'archives privées pour les tiers. Le propriétaire doit donner son autorisation à consulter (art. 22, al. 2 et 3). D'autre part, une fois autorisé à consulter des archives privées, le chercheur n'a pas davantage de droit à divulguer, par le biais de la publication, le contenu des informations qu'il a pu tirer de sa lecture. Cette fois, c'est le droit de la propriété intellectuelle et littéraire qui permet à un propriétaire de s'opposer victorieusement à la volonté de publication du chercheur⁵⁵.

En résumé, la présence massive de prérogatives de puissance publique qui symbolise l'action unilatérale de l'État est doublement équilibrée par la sauvegarde de certains droits du propriétaire et par la pratique administrative qui privilégie la solution négociée par rapport à la solution autoritaire.