

L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ?

Christophe Tukov, Premier conseiller au tribunal administratif de Nice, ancien magistrat judiciaire, chargé de conférences de méthode en institutions politiques au campus Sciences Po de Menton, chercheur associé au CERDP de Nice, E.A. n° 1201

L'essentiel







Quelle expression est plus ancrée dans l'histoire juridique française que « l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle » ? Ce principe structurant de notre architecture juridictionnelle est pourtant remis en question, avec une acuité toute particulière, depuis l'instauration de l'état d'urgence, en novembre 2015, à tel point que les plus hauts magistrats judiciaires ont exprimé publiquement leurs craintes. Cette évolution n'est pourtant pas dictée par le contexte d'exception actuel mais trouve son origine, d'une part, dans le développement des procédures d'urgence devant le juge administratif, d'autre part, dans la restriction progressivement apportée à la notion de liberté individuelle par le Conseil constitutionnel. Le « bloc de compétence » attribué à l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle conserve-t-il un sens ?

L'état d'urgence instauré au mois de novembre 2015 a mis en évidence une évolution de l'architecture juridictionnelle française dont les manifestations sont apparues quelques mois plus tôt. Bien que conférant au juge administratif un rôle central dans le dispositif de contrôle juridictionnel des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, a principalement donné une exposition médiatique aux membres de l'autorité judiciaire, ainsi qu'à certains avocats (JCP 2015, n° 52, p. 2439), s'interrogeant sur les motifs d'une telle mise à l'écart et s'alarmant d'une régression de la protection judiciaire des libertés.

Nous avons, en particulier, analysé avec attention la position de Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, développée à l'occasion de différents discours prononcés récemment. L'intervention du plus haut magistrat judiciaire du siège, prononcée lors de son audition par la commission des lois du Sénat, à l'occasion de l'étude du projet de loi constitutionnelle insérant, dans la Constitution française, un article 36-1 relatif à l'état d'urgence, a posé les bases d'une revendication tendant à l'uniformisation de la compétence juridictionnelle en matière de protection des libertés, au profit de l'autorité judiciaire (www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/projet_loi_33755.html).

Le contexte semble ainsi propice pour s'interroger, avec du recul, sur la place effective et symbolique occupée par l'autorité judiciaire quant à sa fonction de « gardienne de la liberté individuelle », dévolue par l'article 66 la Constitution de 1958.

Si le juge judiciaire est longtemps apparu comme le juge « naturel » de la protection « des » libertés (mais, principalement de la garantie de la sûreté, de *l'Habeas Corpus*), ce statut a connu une évolution rapide et sensible dans les années 1999-2000, qui ont vu, d'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel recentrer le rôle de l'autorité judiciaire vers la protection de « la » liberté individuelle dans son acception étroite ; d'autre part, l'émergence de la procédure de référé-liberté conférant à la juridiction administrative, notamment aux juges des référés des tribunaux administratifs (TA) et du Conseil d'Etat, une compétence étendue en matière de sauvegarde des libertés fondamentales, au nombre desquelles figure « la » liberté individuelle.

La loi du 20 novembre 2015, ainsi que le projet de loi constitutionnelle déposé le 23 novembre 2015, n'ont eu pour objet et pour effet, en réalité, que de consacrer le dualisme juridictionnel préexistant en cette matière très sensible. Dans ses trois décisions concernant l'assignation à résidence (Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC  AJDA 2015. 2463  ; RFDA 2016. 123, note A. Roblot-Troizier ), les perquisitions administratives (Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC  et la fermeture des lieux de réunion / interdiction de réunion (Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC  AJDA 2016. 340 ), le Conseil constitutionnel a précisé l'architecture juridictionnelle française en matière de protection de « la » liberté individuelle, consacrant un véritable *Rule of Law* « à la française ».

I - Le rôle historique de l'autorité judiciaire

Il est communément admis, et Bertrand Louvel le rappelle régulièrement dans ses interventions (par exemple, www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/rentree_2016_33389.html), que le juge judiciaire est le garant « naturel » de « la » liberté individuelle, voire « des » libertés individuelles. En effet, notre architecture juridique, jusqu'à la toute fin du siècle dernier, plaçait l'autorité judiciaire (juges du siège et membres du parquet) au coeur de la défense « des » libertés individuelles. Cette conception ne procède, en réalité, que de la conjonction historique de différents facteurs juridiques et politiques qui expliquent le choix « par défaut » de conférer à l'autorité judiciaire la charge de garantir les libertés.

A. La thèse quasi « négative » de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle

De tradition légicentriste, la France montre historiquement une défiance claire vis-à-vis des « juges », qui a inspiré la séparation des pouvoirs telle

qu'elle a été pensée et instaurée depuis la Révolution de 1789. « Dieu nous garde de l'équité des Parlements » s'adressait aux magistrats, membres de la noblesse, et défenseurs de leurs privilèges sous l'Ancien Régime. Les révolutionnaires rappelleront par la loi des 16 et 24 août 1790 que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». La règle fut rappelée dans le décret du 16 fructidor an III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

Ces textes sont connus, ils constituent l'un des deux côtés du balancier figurant l'indépendance de la justice. Hier, les pouvoirs exécutif et législatif devaient être indépendants de la justice. Aujourd'hui, sous l'impulsion notamment de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, telle qu'interprétée et appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la justice doit être indépendante des pouvoirs exécutif et législatif. C'est en tous cas l'approche commune, qui prévalait en particulier dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution de 1958.

Cependant, les textes normatifs du début de la Révolution concernent, certes, les juges et tribunaux dans leur ensemble mais s'appliquent, de fait, aux magistrats de l'ordre judiciaire, ou à tout le moins dont le domaine de compétence correspond à l'ordre judiciaire. Il n'existe pas encore à ce moment-là de juge administratif et l'action de l'administration n'est pas l'objet de contrôle juridictionnel *stricto sensu*. Ainsi, tout un pan de notre justice actuelle n'existait pas encore.

Certes, l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII prévoyait la création du Conseil d'Etat, en charge de la préparation des textes du gouvernement et du règlement des litiges « s'élevant en matière administrative », en se bornant toutefois à proposer une solution au chef de l'Etat qui, dans un système de justice retenue, prend la décision.

Ce n'est qu'avec la loi du 24 mai 1872, qui consacre le passage à un système de « justice déléguée », que le Conseil d'Etat devient un « vrai » juge, évolution poursuivie par l'arrêt *Cadot* du Conseil d'Etat du 13 décembre 1889, consacrant la disparition du système du « ministre-juge » qui avait continué d'exister en parallèle.

Enfin, simple question terminologique mais non des moindres, le juge administratif devient un « magistrat » à part entière depuis la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 (CJA, art. L. 231-1), la version antérieure employant l'expression « exerçant les fonctions de... ». Le changement est donc très récent, même si en fait et en droit, le juge administratif bénéficiait depuis de nombreuses années, au fil des décisions rendues par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, des garanties statutaires, et notamment d'indépendance et d'inamovibilité, offertes aux magistrats judiciaires, et répondait aux critères de la définition du « magistrat » dégagés par la CEDH (23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*, AJDA 2011. 889, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2011. 338, obs. S. Lavric, note J. Pradel ; *ibid.* 2010. 2761, édito. F. Rome ; *ibid.* 2011. 26, point de vue F. Fourment ; *ibid.* 277, note J.-F. Renucci ; RFDA 2011. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre ; RSC 2011. 208, obs. D. Roets ; Cons. const. 22 juill. 1980, n° 80-119 DC). D'ailleurs, l'équivalence des protections bénéficiait aussi au justiciable qui s'est vu reconnaître, très tôt, les garanties liées au droit à un procès équitable, par exemple.

Et, bien avant que se développent les garanties statutaires des magistrats administratifs ainsi que les garanties procédurales des justiciables de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat a, dans de nombreux arrêts qu'il est inutile de rappeler, consacré toute une série de protections des libertés publiques, annulant pour excès de pouvoir des décisions prises par l'exécutif en matière de police administrative et, portant une atteinte disproportionnée à telle ou telle liberté, par rapport aux objectifs poursuivis par la mesure annulée.

Ainsi la suspicion, au mieux de bienveillance des juges administratifs envers l'administration, au pire de collusion, encore évoquée ici et là, relève plus de l'habitude et de l'impression, voire de l'ignorance, que de la rigueur de l'analyse des décisions rendues. Il est acquis depuis longtemps que le juge administratif est un protecteur effectif des libertés publiques, il en est devenu un garant efficace depuis les réformes instaurant le référé-suspension, puis le référé-liberté.

Mais à l'échelle de notre histoire juridique, cette évolution est récente. Succédant aux conseils de préfecture (à la « juridictionnalité limitée »), les TA sont créés en 1953, c'est-à-dire un an seulement après l'arrêt du Tribunal des conflits *Dame de la Murette* réaffirmant le principe édicté par l'article 112 du code d'instruction criminelle tel que modifié par l'article 2 de la loi du 7 février 1933, selon lequel « à la vérité, il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à cette liberté, celles-ci ayant, par elles-mêmes, le caractère d'une voie de fait » (T. confl. 27 mars 1952, n° 01339, Lebon 626).

En 1958, les tribunaux administratifs ont cinq ans. Les membres du corps des TA ne sont pas encore qualifiés de « magistrats ». C'est pourquoi, probablement, le pouvoir constituant a choisi d'employer à l'article 66 de notre loi fondamentale le terme d'autorité « judiciaire », beaucoup plus enraciné dans notre histoire juridique. La Constitution serait-elle rédigée aujourd'hui qu'elle ferait encore référence à l'autorité « judiciaire » ? Rien n'est moins sûr. Il apparaît en effet opportun de réunir, au moins sur la question de la protection des libertés, les trois ordres de juridiction administrative, judiciaire et constitutionnelle, pour consacrer le rôle de « l'autorité juridictionnelle ».

C'est donc en quelque sorte « par défaut » que l'autorité judiciaire s'est vu auréolée d'une fonction « naturelle », quasi sacrée, de gardienne des libertés, fonction procédant de la conception française de la séparation des pouvoirs et du caractère longtemps confidentiel de la « juridictionnalité » du Conseil d'Etat, puis des juridictions inférieures de création relativement récente, à l'échelle de notre histoire juridique.

B. Variations autour de la notion de liberté individuelle

« La » liberté individuelle recouvre historiquement la notion d'*Habeas Corpus*, c'est-à-dire la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires mentionnée dans la *Magna Carta* de 1215, puis dans l'*Habeas Corpus* de 1679. La loi du 7 février 1933, dite « loi sur les garanties de la liberté individuelle », modifie ou abroge certains articles du code d'instruction criminelle de 1808 et du code pénal de 1804, tous relatifs à la liberté

et à la détention, à l'exception de deux articles concernant les perquisitions et saisies (ce qui fait directement écho à la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016 validant les perquisitions administratives tout en invalidant les dispositions relatives aux saisies, non pas pour violation de la liberté individuelle, mais pour atteinte disproportionnée à la vie privée, dès lors que la saisie n'est pas autorisée par un « juge » dont il n'est d'ailleurs pas précisé, à dessein peut-être, s'il doit être judiciaire ou administratif).








Ainsi, dès 1933 (sous le premier gouvernement Daladier, en pleine période d'instabilité ministérielle, et par ailleurs, une semaine après la nomination d'Adolf Hitler en qualité de chancelier en Allemagne), le législateur de la III^e République a expressément confiné « la » liberté individuelle à la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires, ainsi que pour certains aspects techniques, aux perquisitions et saisies. C'est au visa de cette loi, ainsi naturellement que de celles des 16 et 24 août 1790 et 16 fructidor an III, que l'arrêt *Dame de la Murette* a été rendu par le Tribunal des conflits en 1952.




La rédaction de l'article 66 de la Constitution de 1958 semble suivre cette voie. A sa simple lecture, « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de "la" liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » (« la » mis en évidence par nos soins), l'autorité judiciaire n'est gardienne que de la liberté individuelle se résumant à l'*Habeas Corpus*. Certes, ainsi que le relève Bertrand Louvel, l'étude des travaux préparatoires, et notamment de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui expose le principe que « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère » (loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution), montre qu'une conception extensive de la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection « des » libertés essentielles était envisagée. Ce que confirmerait, selon le premier président de la Cour de cassation, le discours de présentation du projet de Constitution prononcé par le général de Gaulle le 3 septembre 1958, qui affirmait que « l'autorité judiciaire (est) assurée d'indépendance et (peut) ainsi rester la garante des libertés de chacun » (discours de présentation de la nouvelle Constitution par le général de Gaulle le 4 septembre 1958, place de la République, <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00020/discours-place-de-la-republique.html>).

C'est faire fi du choix rédactionnel précis opéré par le constituant. Comme le terme de « pouvoir » judiciaire a été judicieusement abandonné, en cours de débats, au profit du terme « autorité », « la » liberté « individuelle » a supplanté « les » libertés « essentielles ». Ce n'est pas un choix sémantique anodin : c'est un choix positif.

De surcroît, limiter l'absolue nécessité de l'indépendance des magistrats à la protection des libertés, c'est aussi faire fi de l'essence même de la fonction de juger, qui exige en elle-même l'indépendance vis-à-vis des parties, personnes privées ou publiques, et procède directement de la séparation des pouvoirs, élément constitutif d'une démocratie. Plus encore, c'est considérer que l'objet même d'une décision juridictionnelle se bornerait à la protection des droits fondamentaux, alors qu'elle a pour fonction plus générale de « trancher un litige », au sens large, entre plusieurs parties, en sopesant les arguments et les intérêts contradictoires dans le respect des normes.

Enfin, le critère de l'indépendance des membres de l'autorité judiciaire s'applique fort bien aux magistrats administratifs qui bénéficient, peu ou prou, de garanties équivalentes, notamment en termes d'inamovibilité et de carrière. En conséquence, le motif principal pour lequel l'autorité judiciaire devrait être la gardienne exclusive « des » libertés doit être recherché ailleurs que dans l'indépendance des magistrats.

Il est vrai, pour autant, que le Conseil constitutionnel a progressivement opéré une extension de la notion de « liberté individuelle » en y incorporant l'intimité de la vie privée (12 janv. 1977, n° 76-75 DC), l'inviolabilité du domicile (29 déc. 1983, n° 83-164 DC), la liberté d'aller et venir et la liberté du mariage (13 août 1993, n° 93-325 DC, D. 1994. 111 , obs. D. Maillard Desgrées du Loû  ; Dr. soc. 1994. 69, étude J.-J. Dupeyroux et X. Prétot  ; RFDA 1993. 871, note B. Genevois  ; Rev. crit. DIP 1993. 597  ; *ibid.* 1994. 1, étude D. Turpin ). Mais cette extension s'est achevée à la fin des années 1990 avec la décision du Conseil constitutionnel n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, recentrant la notion de liberté individuelle sur l'*Habeas Corpus*, emboîtant probablement le pas à un arrêt plus ancien rendu par le Conseil d'Etat (8 avr. 1987, n° 55895, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ Peltier*, Lebon  128).

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel depuis moins d'un an, relatives à la loi sur le renseignement (23 juill. 2015, n^{os} 2015-713 DC et 2015-714 DC, AJDA 2015. 1513 ) ainsi qu'à la loi prorogant l'état d'urgence, semblent avoir clairement et expressément figé le débat (v., par ex., W. Mastor, La loi sur le renseignement du 25 juillet 2015, « La France, Etat de surveillance ? », AJDA 2015. 2018 ) quant aux contours de « la » liberté individuelle « dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire » (Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, prec. ).

Rappelons enfin que l'article 432-4 du code pénal limite aux actes d'arrestation, de détention ou de rétention arbitraires commis par les fonctionnaires publics, les atteintes à la liberté individuelle pour lesquelles, aux termes de l'article 136 du code de procédure pénale, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents.

Cependant, le principe même de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire pour la protection de la liberté individuelle doit être nuancé, que ce soit dans le contexte particulier de l'état d'urgence et, plus généralement, par le développement de la « juridictionnalité » du juge administratif grâce, notamment, aux procédures d'urgence et plus particulièrement à la procédure de référé-liberté.

II - La juridiction administrative comme garante des libertés fondamentales

La décision rendue par le Conseil constitutionnel en 1998, recentrant la notion de liberté individuelle sur son acception « naturelle » de protection contre l'arrestation et la détention arbitraires, a précédé de peu la loi du 30 juin 2000, n° 2000-597, conférant au juge administratif des référés compétence pour ordonner, en urgence, toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale (dont la liberté individuelle) à laquelle l'administration aurait porté, dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (CJA, art. L. 521-2). L'irruption du référé-liberté au sein de la procédure administrative, et plus globalement au sein de notre architecture procédurale, a provoqué un

impact majeur sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, dont les effets s'accroissent là encore depuis peu. En parallèle, le contenu de la notion de liberté individuelle demeurant sous la protection de l'autorité judiciaire ne cesse de se restreindre.

A. Le juge administratif, juge naturel des mesures de police administrative étendues

C'est à l'occasion de la mise en place de l'état d'urgence que le rôle accru (oserions-nous dire « l'existence » ?) du juge administratif a été constaté, notamment par le grand public mais aussi par les praticiens du droit, y compris parmi les magistrats judiciaires. Et pourtant, la situation actuelle n'est que le produit d'une évolution qui a débuté avec la loi instaurant la procédure de référé-liberté administratif.

En premier lieu, pour en revenir à la voie de fait évoquée notamment par l'arrêt du Tribunal des conflits *Dame de la Murette* - qui constituait déjà une entorse à la théorie de la voie de fait en situation de circonstances exceptionnelles, dans le prolongement de la jurisprudence *Heyriès* (CE 28 juin 1918, n° 63412, Lebon 651) - un infléchissement d'importance a été opéré par le même Tribunal des conflits dans son arrêt *Bergoend* (T. confl. 17 juin 2013, n° 3911, *Bergoend c/ ERDF Annecy Léman*, Lebon ; AJDA 2013. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 1844, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJDI 2014. 124, étude S. Gilbert ; RFDA 2013. 1041, note P. Delvolvé), en limitant l'application de cette théorie (et donc la compétence du juge judiciaire) à l'atteinte à la liberté individuelle. Peu avant, un arrêt du Conseil d'Etat avait consacré la compétence donnée au juge administratif, dans le cadre de la procédure de référé-liberté, pour enjoindre à l'administration de faire cesser une voie de fait (CE 23 janv. 2013, n° 365262, *Commune de Chirongui*, Lebon ; AJDA 2013. 788, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RFDA 2013. 299, note P. Delvolvé), qui préfigure l'architecture de contrôle juridictionnel parallèle de l'atteinte à une liberté individuelle par un acte manifestement insusceptible d'être rattaché à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative, opéré par les deux ordres de juridiction (T. confl. 6 mai 2002, n° 3287, *M. et M^{me} Binet c/ Electricité de France*, Lebon 544 ; AJDA 2002. 1229, note P. Sablière).

En deuxième lieu, l'articulation des compétences des deux ordres de juridiction en matière de rétention administrative des étrangers en situation irrégulière et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, mesure par définition attentatoire à la liberté individuelle, a de même connu une évolution très récente aboutissant à une réelle compétence parallèle conférée aux juges judiciaire et administratif pour mettre fin à une rétention administrative qui ne se justifie plus (toutefois, l'art. 33 de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016, modifiant l'art. L. 512-1 du CESEDA y a mis fin, v. *infra*). Il était classiquement admis que le juge administratif était compétent pour statuer, par le biais d'une procédure spéciale dans un délai de 72h (CESEDA, art. L. 512-1 III), sur la légalité de la mesure d'éloignement et du placement éventuel en rétention administrative, puis que le juge judiciaire (le juge des libertés et de la détention, JLD) était compétent pour la prolongation de cette rétention administrative. Cependant, en suite d'un conflit « négatif » de compétence relatif à une demande de cessation d'une mesure de rétention en cours de validité, le Tribunal des conflits a estimé « qu'il appartient au juge judiciaire de mettre fin, à tout moment, à la rétention administrative, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient ; qu'il résulte de ce qui précède que le juge judiciaire est seul compétent pour mettre fin à la rétention lorsqu'elle ne se justifie plus pour quelque motif que ce soit » (T. confl. 9 févr. 2015, n° 3986, Lebon ; AJDA 2015. 309).

En suite de quoi, le Conseil d'Etat a, au contraire, considéré que les étrangers placés en rétention administrative ou soumis à une assignation à résidence pouvaient désormais contester tant ces mesures de contrainte que les mesures d'éloignement ou de refus de séjour qui en constituent le fondement, par la voie du référé-liberté, dans l'hypothèse de changements de circonstances de droit ou de fait intervenus après l'expiration du délai de compétence exclusive du « juge des 72 heures », soit, par définition, à l'intérieur du délai de compétence réputée exclusive du juge judiciaire (CE 11 juin 2015, n° 390704, *Ministre de l'intérieur*, Lebon ; AJDA 2015. 2042, note L. Fermaud). En l'espèce, l'intéressé a été placé en rétention administrative le 9 avril 2015, le juge (administratif) des 72 heures a rejeté sa requête par jugement du 13 avril 2015, le JLD a autorisé une première fois la prolongation de la rétention administrative le 14 avril 2015 pour une durée de vingt jours, puis une deuxième fois le 4 mai 2015 pour une même durée. L'élément nouveau (un avis du médecin de l'agence régionale de santé) est intervenu le 4 mai 2015, mais le JLD a de nouveau rejeté une demande de mise en liberté par ordonnance du 15 mai 2015. L'intéressé a alors saisi le juge des référés du TA de Versailles, dans le cadre d'une procédure de référé-liberté, qui a suspendu, par une ordonnance du 18 mai 2015, l'exécution de l'arrêté préfectoral du 9 avril 2015, ordonnance confirmée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juin 2015.

Le Conseil d'Etat a donc estimé qu'il appartenait aussi au juge administratif, dans le cadre d'une procédure de référé, de mettre fin à une mesure de rétention administrative, lorsqu'un changement dans les circonstances de fait ou de droit, survenu postérieurement à l'expiration de la compétence du juge des 72 heures, caractériserait une atteinte grave et manifestement illégale que l'exécution de l'arrêté porterait à la liberté personnelle de l'intéressé (et même si, en l'espèce, l'intéressé n'était plus placé en rétention administrative à la date où le Conseil d'Etat a statué, la décision annulée portant sur l'éloignement et non plus sur la rétention).

Il a, ce faisant, en prenant semble-t-il le contre-pied manifeste de la position adoptée par le Tribunal des conflits trois mois auparavant, consacré une compétence non plus complémentaire, ni concurrente, mais bien parallèle, des deux ordres de juridiction pour connaître, à tout moment, de la légalité d'une mesure de rétention administrative et, le cas échéant, pour y mettre fin. Notons que le Conseil d'Etat, dans une ordonnance du 15 avril 2016, n° 398550, a pris acte de l'intervention de la loi du 7 mars 2016, et jugé, conformément à l'arrêt du Tribunal des conflits du 9 février 2015, que le JLD est seul compétent pour mettre fin à une mesure de placement en rétention, dès lors qu'elle a fait l'objet, avec son autorisation, d'une prolongation.

Enfin, la loi du 13 novembre 2014 renforçant la lutte contre le terrorisme, a instauré à l'article L. 224-1 du code de la sécurité intérieure la mesure d'interdiction de sortie du territoire, en confiant le contrôle juridictionnel au juge administratif (v., par ex., TA Paris, 7 juill. 2015, n° 1508479).

Le législateur de l'état d'urgence n'a, dès lors, rien révolutionné, bien au contraire. S'inscrivant dans la tradition juridique française de séparation des pouvoirs et de dualisme juridictionnel, respectant la distinction bien établie entre police administrative et judiciaire, entre prévention et répression, se conformant, par ailleurs, à la théorie du privilège du préalable systématisée par Hauriou dans sa note du 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure* (impliquant un contrôle *a posteriori* et non un contrôle *a priori* qui s'analyserait en une autorisation juridictionnelle donnée à l'administration alors qu'elle détient le pouvoir d'agir d'office), il a placé le juge administratif au centre du système de contrôle juridictionnel des mesures de police

prises dans le cadre de l'état d'urgence. La loi précise ainsi que « à l'exception des peines prévues à l'article 13, les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V ». Le législateur a ainsi entendu, sinon confié, du moins conservé, aux magistrats de l'ordre administratif le contrôle juridictionnel, *a posteriori*, de la majeure partie des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, dans le respect de la procédure administrative de droit commun. En particulier, pour harmoniser l'ensemble, la commission administrative chargée de donner un avis sur la contestation d'une personne assignée à résidence est supprimée et remplacée par le recours de droit commun devant la juridiction administrative.

Au sein de l'arsenal procédural dont dispose le justiciable devant la juridiction administrative, le référé-liberté occupe bien évidemment une place centrale.

Entre la déclaration de l'état d'urgence, le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016, date de la fin de la première prorogation de l'état d'urgence, les TA ont rendu 140 décisions relatives à des mesures prises au titre de l'état d'urgence : 116 ordonnances de référé et 24 décisions au fond. Sur ces 140 décisions, 121 concernaient les assignations à résidence.

Sur les 106 mesures qu'ils ont examinées (non exclusivement les assignations à résidence), les juges des référés (TA et Conseil d'Etat) ont constaté un non-lieu dans 20 % des cas, suspendu totalement ou partiellement 15 % des décisions attaquées, et rejeté 65 % des requêtes (communiqué de presse du Conseil d'Etat, 25 févr. 2016).

Après quelques tâtonnements, les juges des référés ont rempli pleinement leur office, quant à la portée probante des notes blanches, à la caractérisation du « comportement constituant une menace pour la sécurité et l'ordre public », en procédant à un plein contrôle de ces mesures et ne se limitant par conséquent pas à l'erreur manifeste (par ex., CE 23 déc. 2015, n° 395229 [📄](#) ; CE, ord., 18 janv. 2016, n° 396066 [📄](#) ; CE, ord., 29 janv. 2016, n° 396280 [📄](#)) dans le respect des standards procéduraux, comme le principe du contradictoire, ou encore l'effectivité du recours puisque, très rapidement, le Conseil d'Etat a posé le principe de présomption d'urgence pour statuer sur une demande de suspension, en référé-liberté, d'une mesure d'assignation à résidence (par ex., CE, sect., 11 déc. 2015, n° 394989 [📄](#), AJDA 2015. 2404 [📄](#) ; RFDA 2016. 105, concl. X. Domino [📄](#), annulant TA Cergy Pontoise, ord., 28 nov. 2015, n° 1510344 qui retenait en commettant une « erreur de droit », et aux termes d'une motivation très ramassée, le défaut d'urgence).

Progressivement, les tribunaux et le Conseil d'Etat ont sollicité, dans le cadre de l'instruction des dossiers à eux soumis, des productions complémentaires de pièces, notamment de la part de l'administration à qui il était demandé d'étayer ses allégations. Le juge n'hésite pas à tirer toutes les conséquences de la carence de l'autorité administrative dans la communication des pièces sollicitées par lui et, plus généralement, dans l'administration de la preuve.

Le juge administratif s'est donc vu octroyer, par le biais de la procédure de référé-liberté, un rôle accru dans le contrôle juridictionnel des mesures attentatoires non seulement aux libertés fondamentales en général, ce qui était déjà le cas depuis le début du XX^e siècle pour les libertés publiques, mais plus particulièrement à la liberté individuelle, à travers la compétence acquise en matière de voie de fait, de placement en rétention administrative, et d'assignation à résidence. Si dans les deux premiers domaines, la compétence était exercée parallèlement avec le juge judiciaire (les deux ordres étant compétents, avec cette nouvelle clarification opérée par la loi du 7 mars 2016 précitée), pour ce qui est de l'assignation à résidence, le juge judiciaire n'a plus qu'une compétence résiduelle qu'il va exercer dans le cadre de la répression de l'infraction pénale constituée par la violation de l'obligation d'assignation à résidence.

Cela étant, il convient de ne pas tirer de conséquences hâtives et trop générales, dans la mesure où l'état d'urgence est, par essence, provisoire et qu'une fois l'état d'urgence levé, notre architecture juridictionnelle reprendra sa forme initiale, probablement retouchée par la future loi contre le terrorisme.

B. L'autorité judiciaire, gardienne naturelle d'une liberté individuelle très réduite

La liberté individuelle est donc réduite, dans le dernier état de la jurisprudence constitutionnelle, à la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires, faisant partie de la liberté plus large d'aller et de venir. C'est ainsi qu'une perquisition « n'affecte pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, ces perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire » (Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC [📄](#), AJDA 2016. 340 [📄](#)).

Mais l'état d'urgence a provoqué une scission de compétence au sein même de la liberté individuelle ainsi recentrée, ne conservant qu'une partie, certes la plus sensible et symbolique, au profit de l'autorité judiciaire : la mesure privative de liberté.

C'est ainsi, en premier lieu, que le législateur a procédé au remplacement du juge du siège par l'autorité administrative pour ordonner, notamment, les assignations à résidence et en superviser l'exécution.

L'assignation à résidence (art. 6 de la loi du 3 avr. 1955 modifiée) peut être assortie par le ministre de l'intérieur d'une astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation, déterminé également par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures. Elle peut être complétée par diverses mesures comme :

- l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, selon une fréquence qu'il détermine dans la limite de trois présentations par jour ;
- la remise à ces services de son passeport ou de tout document justificatif de son identité ;

- l'interdiction faite par le ministre de l'intérieur de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

Ces mesures sont familières pour l'ancien juge d'instruction que se trouve être l'auteur de ces lignes, habitué à ordonner et contrôler le respect des mesures de contrôle judiciaire.

L'article 137 du code de procédure pénale, en sa rédaction issue de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, énonce que « toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique ».

Parmi ces obligations énumérées à l'article 138, en sa rédaction issue de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, figurent notamment :

« 1° Ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ;

2° Ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat ;

3° Ne pas se rendre en certains lieux ou ne se rendre que dans les lieux déterminés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ; [...]

5° Se présenter périodiquement aux services, associations habilitées ou autorités désignés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qui sont tenus d'observer la plus stricte discrétion sur les faits reprochés à la personne mise en examen ; [...]

7° Remettre soit au greffe, soit à un service de police ou à une brigade de gendarmerie tous documents justificatifs de l'identité, et notamment le passeport, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité ; [...]

9° S'abstenir de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit ».

L'assignation à résidence, le cas échéant assortie d'une astreinte à domicile, correspond ainsi dans ses finalités et ses modalités d'application au contrôle judiciaire qui peut être ordonné soit par le juge d'instruction soit par le juge des libertés et de la détention, à l'égard d'un mis en examen, soit par le tribunal correctionnel lors d'un jugement avant dire droit, à l'égard d'un prévenu.

Les deux différences notables sont que le contrôle judiciaire est ordonné par un juge du siège, après réquisitions du parquet, dans le cadre d'une procédure pénale tendant à la poursuite et à la répression d'une infraction déjà commise, quand l'assignation à résidence est prononcée par l'autorité administrative à titre préventif, à l'égard d'un individu « dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ».

Peut-on considérer pour autant que ces différences sont sensibles et emportent des conséquences négatives vis-à-vis du justiciable dans le cadre de l'état d'urgence ? ; rien n'est moins sûr.

Une question de principe mérite cependant d'être abordée, celle du placement sous surveillance électronique mobile (plus communément appelé « bracelet électronique ») d'une personne assignée à résidence, autorisé par la loi du 20 novembre 2015 à l'égard de personnes ayant déjà été condamnées à une peine privative de liberté pour un crime ou délit qualifié d'acte de terrorisme, peine exécutée depuis moins de huit ans.

Le placement sous surveillance électronique est, juridiquement et judiciairement, une alternative à l'incarcération (C. pr. pén., art. 142-12 en sa rédaction issue de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009). Il peut être décidé par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention (C. pr. pén., art. 145 en sa rédaction issue de la loi n° 2015-993 du 17 août 2015), avant le procès, par la juridiction de jugement (C. pr. pén., art. R. 142-12 en sa rédaction issue de la loi n° 2009-1436) ou par la juridiction d'application des peines postérieurement au jugement, avec l'accord de l'intéressé, comme c'est d'ailleurs le cas pour le placement « administratif » sous bracelet. Mais, en tant que mesure alternative à l'incarcération, impliquant que l'intéressé soit « juridiquement » incarcéré, avec un numéro d'écrou au sein d'un établissement pénitentiaire, et que la durée de ce placement sous surveillance électronique soit, au même titre que la détention provisoire, déduite de la durée totale d'exécution de la peine d'emprisonnement, elle revêt nécessairement le caractère d'une mesure privative de liberté et non seulement restrictive de liberté.

Cette mesure ressort par voie de conséquence, selon nous, de la compétence naturelle du juge judiciaire puisqu'elle équivaut, juridiquement, à une « détention », certes hors les murs d'un établissement pénitentiaire (le non-respect d'un placement sous surveillance électronique est d'ailleurs assimilé à l'infraction pénale « d'évasion », prévue et réprimée par l'art. 434-27 du code pénal). Toutefois, dans sa décision du 23 décembre 2015, le Conseil constitutionnel a, semble-t-il, validé, tout du moins implicitement, la constitutionnalité de ce dispositif, même si la question ne lui était pas précisément soumise.

En deuxième lieu, nous avons rappelé que le choix de la juridiction administrative a été fait par le législateur pour statuer sur les recours contre la plupart des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence.

C'est ainsi que, notamment, le juge administratif est compétent pour statuer, en recours pour excès de pouvoir, mais aussi en référé-suspension, voire en référé-liberté (à l'exception des perquisitions administratives qui ne peuvent utilement faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir, voire d'un contentieux en responsabilité), sur la légalité ou l'exécution des décisions ordonnant une assignation à résidence, la fermeture

provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion, l'interdiction des réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre...

Le contrôle de la légalité de la fermeture de débits de boissons, de lieux de réunion, ou l'interdiction de certaines réunions, ressortent traditionnellement, dans des circonstances normales, de la compétence de la juridiction administrative.

En revanche, s'agissant des mesures d'assignation à résidence, qui peuvent être étoffées de diverses obligations particulières, elles s'apparentent à des mesures de contrôle judiciaire pour lesquelles les recours ressortent de la compétence du juge judiciaire et, notamment, de la juridiction d'instruction, soit le juge d'instruction en première instance ou la chambre de l'instruction en appel.

Ainsi, sur la totalité de l'arsenal de mesures mises à la disposition de l'autorité administrative par l'état d'urgence, seule la compétence pour statuer sur les recours à l'égard des assignations à résidence, dévolue au juge administratif, serait susceptible d'être considérée comme dérogatoire à la répartition des compétences entre les ordres administratif et judiciaire procédant de notre tradition juridique.

Cette modification de la répartition des compétences concernant les recours contre les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence est, ainsi, bien moins importante que la modification de la répartition des compétences concernant l'autorité pouvant édicter de telles mesures.

La logique suivie par le législateur est ainsi de préserver l'Etat de droit, et plus encore le *Rule of Law*, en mettant l'accent sur l'existence d'un recours juridictionnel, de quelque nature qu'il soit, plutôt que sur l'édiction même de telle ou telle mesure attentatoire aux libertés.

La constitutionnalisation de l'état d'urgence suscite en elle-même de sérieuses craintes quant à la défense des libertés et à la « pérennisation » d'un état d'exception, qui ne sont pas l'objet de notre propos. En revanche, cette modification de la Constitution serait propice à une réflexion d'ensemble sur le statut et le rôle du « juge », ainsi d'ailleurs que le souhaite Bertrand Louvel.

Le procureur général près la Cour de cassation, Jean-Claude Marin, évoque, dans son discours prononcé lors de l'audience solennelle de la Cour de janvier 2016 (https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/marin_procureur_7116/rentree_2016_33392.html), son souhait de constitutionnaliser l'unicité du corps judiciaire, en vue de garantir la protection du statut de magistrat pour les membres du parquet, à la réputation d'être « aux ordres », « le bras armé » du pouvoir exécutif. Se sentant, au même titre que le juge (du siège) judiciaire, écarté du dispositif de contrôle juridictionnel de l'état d'urgence, le parquet peut y trouver deux raisons contradictoires : soit son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, susceptible de limiter l'action de celui-ci, soit sa « servilité » vis-à-vis d'un pouvoir politique dont il dépend hiérarchiquement, tout du moins aux yeux de l'opinion publique, voire de la CEDH (29 mars 2010, n° 3394/03 [📄](#), *Medvedyev c/ France*, AJDA 2010. 648 [📄](#) ; D. 2010. 1386, obs. S. Lavric [📄](#), note J.-F. Renucci [📄](#) ; *ibid.* 952, entretien P. Spinosi [📄](#) ; *ibid.* 970, point de vue D. Rebut [📄](#) ; *ibid.* 1390, note P. Hennion-Jacquet [📄](#) ; RFDA 2011. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre [📄](#) ; RSC 2010. 685, obs. J.-P. Marguénaud [📄](#)), susceptible de donner l'apparence de l'absence de garde-fou à l'action administrative.

Cette question mérite en effet d'être réglée, les membres du parquet étant, à l'évidence, des magistrats exerçant avec indépendance leur office de gardien des libertés individuelles (devrions-nous préciser désormais, de « la » liberté individuelle ?) mais elle ne constitue pas, selon nous, la principale question à trancher et ne l'était d'ailleurs pas totalement dans le projet de loi constitutionnelle, déposé le 23 décembre 2015. Au-delà de l'unicité du corps judiciaire se pose en effet la question de l'unicité de l'autorité juridictionnelle et la consécration subséquente, dans la Constitution, de l'égalité contribution des magistrats des ordres judiciaire, administratif, et constitutionnel, chacun dans leurs domaines respectifs et selon les procédures qui leur sont propres, à la garantie « des » libertés.

Le projet de loi constitutionnelle prévoyait que « les mesures prises sur le fondement du nouvel article 36-1 de la Constitution seront placées sous le contrôle du juge administratif sauf à relever du domaine réservé au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution. Ainsi, le législateur pourra prévoir des mesures restrictives de liberté (escorte jusqu'au lieu d'assignation à résidence, retenue au début de la perquisition...) ou des mesures conciliant l'article 36-1 avec la liberté d'aller et venir (assignation à résidence...). Ces mesures non privatives de liberté, qui ont pour objet de prévenir les atteintes à la sécurité et à l'ordre publics, n'ont pas à être placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Elles seront placées sous le plein contrôle du juge administratif ».

L'articulation expressément décrite entre la compétence des magistrats de l'ordre judiciaire et celle des magistrats administratifs (enfin reconnus par la Constitution), dont la pierre angulaire est l'articulation entre mesures restrictives/privatives de liberté, constitue une étape supplémentaire dans la délimitation du cœur de la liberté individuelle dont la protection est, encore, conférée à l'autorité judiciaire. C'est pourquoi, par exemple, la loi du 20 novembre 2015 a prévu une durée maximale de douze heures pour l'astreinte à domicile ordonnée à l'appui d'une mesure d'assignation à résidence, une durée supérieure s'analysant en une mesure privative, et non plus restrictive, de liberté, ressortant de la compétence du juge judiciaire.

Au contraire de Bertrand Louvel qui prône la reconnaissance d'un bloc de compétence dans le domaine de la protection « des » libertés en faveur de l'autorité judiciaire (pour des motifs, que nous ne partageons pas, tirés notamment de la cohérence avec notre histoire juridique et de la simplification pour le justiciable), nous estimons que l'important est que le justiciable bénéficie d'un contrôle juridictionnel des mesures de police susceptibles de porter atteinte à ses libertés, y compris et, surtout, en période d'état d'urgence. C'est l'existence, en tous domaines, d'une procédure impliquant l'accès effectif à un juge, indépendant et impartial, quel que soit l'ordre de juridiction auquel il appartient, en charge non seulement de l'équilibre entre les intérêts fondamentaux de la Nation et des droits fondamentaux de la personne, mais encore, pour y parvenir pleinement, du respect du droit à un procès équitable, qui garantit la prééminence du droit.

Cette architecture juridictionnelle réalise la synthèse entre les spécificités de l'histoire juridico-politique française et les exigences des juridictions

supra-nationales (CJUE, CEDH) d'inspiration plus anglo-saxonne, traduisant une sorte de *Rule of Law* « à la française ».

L'objet de notre propos n'est pas de remettre en cause le dualisme juridictionnel (ce dont se défend B. Louvel, tout en s'interrogeant sur la permanence de ce système dualiste) qui semble fonctionner et constitue l'ADN de notre architecture juridictionnelle, mais il a une incidence indirecte sur le critère de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Le critère de la gestion publique semble avoir pris le pas, en effet, sur le critère de « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » qui, au regard, d'une part, de la restriction progressive de la notion de liberté individuelle, d'autre part, de l'extension progressive de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des atteintes qui lui sont portées par l'administration et ce, en dehors même du contexte particulier de l'état d'urgence, apparaît aujourd'hui relever davantage d'un mythe politique artificiellement entretenu que d'une réalité juridique efficiente.

En instituant très récemment un bloc de compétence en faveur du juge judiciaire et, plus précisément du JLD, pour connaître de la régularité d'une mesure de rétention administrative prononcée à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière, sauf cas particuliers (v., par ex., B. Joly, Transfert de compétence au juge judiciaire en matière de rétention, JCP 2016, n° 13, p. 606), le législateur s'est borné à tirer toutes les conséquences de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel en matière d'assignation à résidence, en appliquant notamment la distinction entre mesure « restrictive » de liberté, correspondant à une rétention de douze heures ou moins, dont le contrôle juridictionnel peut être confié au juge administratif, et mesure « privative » de liberté pour une rétention de plus de douze heures, ressortant de la compétence du juge judiciaire.

Nous sommes, par conséquent, en état d'un bloc de compétence conféré strictement à l'autorité judiciaire pour connaître du contrôle de toute mesure « privative » de liberté, au sens dégagé par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire d'une durée supérieure à douze heures qui, seule, porterait atteinte à la liberté individuelle.

L'actuel débat parlementaire sur le projet de loi de lutte contre le terrorisme, prévoyant notamment la possibilité d'une rétention administrative de quatre heures dont le titulaire du contrôle *a posteriori* n'est pas encore définitivement fixé, sera l'occasion de clarifier davantage les liens existant entre l'autorité judiciaire et la liberté individuelle et permettra peut-être de répondre à une interrogation là encore provocatrice : au fond, aujourd'hui, qu'a de plus l'autorité judiciaire, par rapport à la juridiction administrative, qui justifierait qu'elle demeure considérée comme « la gardienne de la liberté individuelle » ?

Mots clés :

DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GENERAUX * Droits et libertés fondamentaux * Droit au respect de la vie privée * Liberté d'aller et venir

CONTENTIEUX * Compétence * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction * Protection de la liberté individuelle