

Quel juge, pour quelle liberté ?

La crise sanitaire liée au virus du Covid est particulièrement marquante par les mesures d'urgence qu'elle appelle. En effet, le confinement généralisé de la population, le port du masque obligatoire font partis des mesures les plus contraignantes et attentatoires aux libertés que l'État français a pu prendre. Ces dernières, bien que pouvant se justifier au regard de l'urgence et de l'état de crise engendré par la circulation du virus, appellent une réflexion sur la protection et l'effectivité des droits et libertés.

Dans les démocraties dites libérales, il existe une exigence forte de protection juridictionnelle des droits et libertés¹. La mise en place de juges, plus particulièrement d'un juge constitutionnel, est considérée comme étant la condition *sine qua non* permettant de qualifier un régime politique de démocratie libérale². Cette exigence de protection est d'autant plus importante lorsqu'il est question de la liberté individuelle. En France, la liberté individuelle a été consacrée dans l'objectif de « réaffirmer la légitimité libérale de la France et l'indépendance de la magistrature judiciaire pour protéger les droits et libertés de la personne »³. Elle est alors pensée comme un concept large incluant un panel de libertés. Cependant, selon une acception stricte⁴, il est possible de définir la liberté individuelle comme la protection contre toute détention arbitraire⁵ ; mission confiée en France à l'autorité judiciaire au regard de sa garantie constitutionnelle d'indépendance⁶. Les deux définitions de la liberté individuelle seront prises en compte ici afin de pouvoir embrasser la totalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

¹ La caractéristique libérale des démocraties s'inscrit dans le courant du constitutionnalisme. Ce dernier souhaite « que les pouvoirs publics soient essentiellement limités afin que soient garanties les principales libertés de l'individu ». Voir : Philippe RAYNAUD, Constitutionnalisme, in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Presses Universitaires de France, 2003, p. 266-271.

² L'exigence de protection des droits et libertés, telle que voulue par le constitutionnalisme, conduit à la mise en place « d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire « indépendante ». Voir : *Ibid.*

³ Thierry RENOUX, L'autorité judiciaire, in Didier MAUS, Louis FAVOREU et Jean-Luc PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992, p. 667-711.

⁴ Acception conforme à la notion d'*Habeas corpus*.

⁵ C'est le droit à la sûreté. Voir : Thierry RENOUX, Commentaire de l'article 66 de la constitution du 4 octobre 1958, in Thierry RENOUX, Michel DE VILLIERS et Xavier MAGNON (dir.), *Code constitutionnel*, 9^e ed., Paris, Lexis Nexis, 2019, p. 1285-1354.

⁶ Article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. ».

De façon générale, la mission juridictionnelle de protection des droits et libertés en France est confiée à trois juges : le juge judiciaire, le juge administratif et le juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel, par un contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori*, s'assure que les lois respectent les droits et libertés que la Constitution garantit. Quant aux juges judiciaire et administratif, ils se partagent le contentieux des libertés lié aux actes d'application de la loi.

C'est l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit la protection spécifique de la liberté individuelle en France : « 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. ». Cet article a été pensé comme un *Habeas corpus* à la française par son défenseur, Marcel Waline. La volonté était donc d'introduire dans le droit constitutionnel français une clause d'origine britannique. Dans les États anglo-saxons, l'*Habeas corpus* correspond à une norme coutumière ayant pour but l'interdiction de la détention arbitraire. Il pose donc une garantie procédurale consistant au droit d'être présenté devant un juge en cas de peine privative de liberté. En Angleterre, dès 1215, pour limiter et combattre l'arbitraire de Jean sans Terre, la Grande Charte prévoit une procédure permettant à un détenu d'obtenir l'examen de sa situation par un juge. Cela n'empêcha pas l'existence de détentions contraires à l'*Habeas corpus* notamment sous le règne des *Stuarts*. C'est pourquoi a été promulgué le 27 mai 1679 l'*Habeas Corpus Act*. Le droit d'*Habeas corpus* y est reconnu de façon pragmatique et technique, assurant ainsi son effectivité.

Cependant, la consécration de la protection de la liberté individuelle n'a jamais signifié l'indérogeabilité de celle-ci. Dans l'histoire britannique, il existe de nombreux exemples de suspension de l'*Habeas corpus*⁷. Cette dernière a même fait l'objet de théorisations permettant sa justification. Un des premiers auteurs traitant de cette idée de suspension de l'*Habeas corpus* est Montesquieu dans son célèbre ouvrage *L'Esprit des lois*. Il prend acte de la pratique de suspension du droit d'*Habeas corpus* et considère que celle-ci est possible dès lors qu'elle est appliquée sur « un temps court et limité »⁸. Le bénéfice d'une telle pratique réside dans la prospection d'une liberté mieux protégée. Par la suite, Blackstone, membre éminent de la doctrine britannique au XVIII^e siècle, prouve que la pratique de suspension du droit d'*Habeas corpus* est « devenue une institution d'exception reconnue dans la loi constitutionnelle anglaise »⁹. Les deux théoriciens considèrent que la compatibilité entre la suspension du droit d'*Habeas corpus* et la liberté individuelle réside dans la

⁷ Notamment : Première suspension en mars 1689 ; 1794 à 1801 ; 1817.

⁸ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chapitre 6, « La constitution d'Angleterre ».

⁹ Bernard MANIN, Le paradigme de l'exception – Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme, sur *La vie des idées* [en ligne], publié le 15 décembre 2015, [consulté le 5 octobre 2020]. laviedesidees.fr ; William BLACKSTONE, *Commentaires of the Laws of England*, Chicago, University of Chicago, 1977, vol.1, ch. 1, p. 132.

limitation temporelle de cette suspension. Dicey, quant à lui, considère que la mise à l'écart de la garantie procédurale de la liberté individuelle se justifie par la possibilité, une fois la suspension levée, de mettre en cause la responsabilité des pouvoirs publics. Ainsi, il estime que la compatibilité entre suspension de l'*Habeas corpus* et liberté individuelle est possible, mais cela jusqu'à un certain niveau de dérogation.

Le parallèle doit donc être fait entre la suspension de l'*Habeas corpus* et état d'urgence. En effet, au regard des théories, la non-application de la garantie procédurale prévue par l'*Habeas corpus* est possible si cela se justifie par des conditions d'urgence et des situations de crise. Cependant, ces théories de suspension datent notamment du XVIII^e et XIX^e siècle. Il apparaît aujourd'hui difficile de suspendre totalement la garantie procédurale permettant de lutter contre l'arbitraire, même de façon temporaire. En effet, une suspension totale de la garantie conduirait à questionner l'État en tant qu'État de droit. Toutefois, en situation de crise ou d'urgence, il est admis qu'une atteinte plus importante aux droits et libertés soit portée afin de permettre le maintien de l'ordre public.

Dans le cadre juridictionnel spécifique à la France, plus qu'une clause d'*Habeas corpus*, l'article 66 de la Constitution est interprété par une partie de la doctrine¹⁰ comme étant l'article permettant la distribution du contentieux des libertés entre le juge judiciaire et le juge administratif. Cette répartition des compétences est dépendante de l'interprétation faite par le juge constitutionnel du contenu des catégories liberté individuelle/liberté personnelle ; le juge administratif étant compétent en matière de liberté personnelle et le juge judiciaire pour la liberté individuelle. Cependant, le contenu des catégories est relatif en ce qu'il peut être modifié par un changement d'interprétation du Conseil constitutionnel¹¹. Il existe donc une relativité dans ce que représente la liberté individuelle et la liberté personnelle.

La mise en place d'un nouvel état d'urgence en mars 2020 a de nouveau fait émerger des questionnements sur la répartition du contentieux des libertés entre les deux ordres de juridiction. En effet, en période d'application de l'état d'urgence sécuritaire, le Vice-Président du Conseil d'État, Jean-Marc SAUVÉ et le premier président de la Cour de cassation, Bertrand LOUVEL, ont débattu

¹⁰ Une partie de la doctrine a pu considérer que l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne correspondait pas à une clause de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction pour le contentieux des libertés. En effet, ces derniers considèrent que l'article 66 de la Constitution s'attèle simplement à consacrer une garantie spécifique à une liberté, qu'est la liberté individuelle, pour répondre à un objectif libéral. La répartition du contentieux des libertés se trouve finalement dans l'interprétation faite de l'article 66 par le Conseil constitutionnel.

¹¹ Cons. Const., 484 DC, 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, consid. 94.

quant à la mission respective des deux ordres de juridiction en matière de contentieux des libertés. Le premier attestait que le juge administratif était en mesure d'assurer de façon effective la protection des libertés. Le second, quant à lui, considérait que petit à petit la juridiction judiciaire perdait le contentieux des libertés qui lui étaient réservées du fait d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel favorable au juge administratif.

Plus qu'une perte de compétence, l'inquiétude réside dans les restrictions toujours plus importantes et régulières apportées aux libertés. Celle-ci peut naître de l'apparente corrélation entre une exigence sécuritaire toujours plus prégnante dans les politiques publiques et l'augmentation des compétences de la juridiction administrative en matière de contentieux des libertés. Bien que cette corrélation puisse s'expliquer par des raisons juridiques¹² et politiques, la concordance temporelle entre les jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et l'exigence accrue de maintien de l'ordre public questionne¹³.

Ce qui a pu être présenté comme une « guerre des juges »¹⁴ doit être un prétexte pour mener une étude et une réflexion sur la façon dont le contentieux des libertés se répartit entre les deux ordres de juridiction. Finalement, cela revient à se demander : quel juge, pour quelle liberté ? Les périodes d'états d'urgence dérogent-elles à la répartition du contentieux des libertés entre les ordres de juridiction qui prévaut en temps normal ?

La répartition du contentieux des libertés entre les deux ordres de juridiction dépend de l'interprétation faite par le Conseil constitutionnel de la notion de liberté individuelle et en creux, de celle de liberté personnelle. L'interprétation du Conseil constitutionnel a évolué au cours de la V^e République, passant d'une conception extensive de la liberté individuelle à une conception étroite, octroyant ainsi une compétence de plus en plus importante au juge administratif (I). Cet état de fait se confirme en période d'état d'urgence. À l'analyse du contentieux, qu'il s'agisse de l'état d'urgence sécuritaire ou sanitaire, il existe une prééminence du juge administratif en matière de contentieux des libertés. Cependant, le juge judiciaire conserve une réserve de compétences et a pu se voir octroyer

¹² Le Conseil constitutionnel admet petit à petit une conception restrictive de la liberté individuelle. Cette dernière est en accord avec la notion originelle de liberté individuelle, entendue comme le droit à la sûreté. L'accroissement de la compétence de la juridiction administrative n'est alors qu'une conséquence de la nouvelle délimitation notionnelle.

¹³ Isabelle BOUCOBZA, Quel juge pour l'état d'urgence ?, in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 75-103.

¹⁴ ASSOCIATION DES ÉTUDIANTS DE DROIT PUBLIC (dir.), *La guerre des juges aura-t-elle lieu ?*, *Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales* [en ligne], Revue générale du droit on line, 2016, n°23372, [consulté le 1^{er} octobre 2020]. www.revuegeneraledudroit.eu

de nouvelles compétences notamment dans le cadre du régime de sortie de l'état d'urgence sécuritaire (II).

I- L'interprétation de la répartition des compétences en contentieux des libertés par le Conseil constitutionnel : la prééminence progressive du juge administratif

L'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne prévoit pas en tant que telle la répartition du contentieux des libertés entre les deux ordres de juridiction. C'est le Conseil constitutionnel, par sa jurisprudence, qui fait de cet article une clause de répartition du contentieux des libertés par une interprétation dissociative de celui-ci.

La nouvelle configuration de la répartition du contentieux des libertés s'est faite progressivement par le passage d'une conception extensive de la liberté individuelle, donnant ainsi une compétence large au juge judiciaire (A), à une conception étroite, mettant cette fois-ci en avant le juge administratif (B).

A) Une conception initialement extensive de la liberté individuelle : la compétence large du juge judiciaire

Au regard de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, l'autorité judiciaire est élevée au rang de gardienne de la liberté individuelle. La dévolution constitutionnelle de cette mission à l'autorité judiciaire est justifiée par l'indépendance de cette dernière ; indépendance proclamée et garantie par l'article 64 de la Constitution. C'est grâce à cette dernière que l'autorité judiciaire est réputée être la mieux à même pour protéger la liberté individuelle. Ce lien entre protection de la liberté individuelle et indépendance de l'autorité judiciaire est notamment décelable dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui dispose en son point quatre 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. »¹⁵.

Cette justification relative au choix du juge judiciaire est couplée à la volonté du constituant de 1958 et à son attachement aux idées libérales. Une des analyses téléologiques¹⁶ possibles nous enseigne que la mise en place de l'article 66 s'est justifiée par la volonté de protéger les droits et

¹⁵ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution et prévoyant un référendum.

¹⁶ En lien avec la volonté historique du législateur.

libertés des individus. C'est donc dans une acception très large qu'est pensée la protection de la liberté individuelle en France. Il existe donc dès l'origine une confusion importante entre la liberté individuelle et liberté personnelle.

Cette confusion s'est poursuivie, dans un premier temps, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel par une conception extensive de la liberté individuelle couvrant ainsi presque totalement le périmètre de la liberté personnelle. Le Conseil constitutionnel s'est attelé à définir les contours de la notion de liberté individuelle. Cette entreprise définitionnelle l'a conduit, dans un premier temps, à définir la liberté individuelle au-delà du droit à la sûreté ; donnant ainsi un champ d'application large à l'article 66 de la Constitution.

Une des premières décisions est celle consacrant la protection de la liberté individuelle comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁷. Les jurisprudences qui ont suivi n'ont fait que confirmer cette acception large de la liberté individuelle. La décision relative aux lois bioéthiques de 1994 affirme que la protection de la liberté individuelle générale se fait sur la base de l'article 66 de la Constitution, mais aussi sur celle de l'article 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁸. Les décisions suivantes vont dans le même sens¹⁹.

La conception extensive de la liberté individuelle a eu pour conséquence un champ d'application large de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Or, plus le champ d'application de l'article 66 est large plus la compétence du juge judiciaire est importante. Ainsi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel jusqu'au début des années 2000 a permis au juge judiciaire de se positionner en un véritable gardien des libertés. Il était donc le juge principal du contentieux des libertés.

Par la suite, le juge constitutionnel a redéfini progressivement le périmètre de la catégorie liberté individuelle. Cette redéfinition permet de répondre favorablement à certaines critiques faites à l'égard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, une partie de la doctrine considère que le champ d'application de l'article 66 de la Constitution doit se limiter au droit de la sûreté.

¹⁷ Cons. const., 12 janv. 1977, 94-352 DC, *Fouille des véhicules*.

¹⁸ Cons. const., 27 juill. 1994, 343-344 DC, *Lois bioéthiques*.

¹⁹ Voir notamment : Cons. const., 18 janv. 1995, 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* ; Cons. const., 29 déc. 1983, 83-164 DC, *Perquisitions fiscales*.

B) Une conception progressivement étroite de la liberté individuelle : la compétence accrue du juge administratif

Petit à petit, le Conseil constitutionnel revient sur sa conception extensive en rattachant certaines libertés à la catégorie liberté personnelle, c'est-à-dire aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette évolution a été progressive sans que ne soit jamais réellement démentie la conception extensive de la liberté individuelle. Le détachement de certaines libertés de l'article 66 de la Constitution conduit à ce qu'une atteinte à ces dernières ne soit pas analysée comme une remise en cause de la liberté individuelle. L'enjeu est celui de la non-application de la garantie procédurale prévue par l'article 66.

L'infléchissement jurisprudentiel a débuté en 1999 sur le terrain du droit à la protection de la vie privée²⁰. Celui-ci s'est poursuivi pour le respect de la liberté du mariage, le secret des correspondances et la liberté d'aller et venir²¹. Aujourd'hui, la distribution du contentieux des libertés passe par la qualification de l'atteinte à la liberté, à savoir si elle est constitutive d'une privation ou d'une restriction. Le juge judiciaire intervient quand une privation de liberté est constatée. Cependant, à l'analyse de la jurisprudence, ce critère de répartition du contentieux des libertés entre les deux ordres de juridiction se fait de façon beaucoup plus subtile « en fonction de l'intensité de l'atteinte [...] dans son étendue ou sa durée »²².

La modification du périmètre de la catégorie liberté individuelle a pu être interprétée comme une avancée bénéfique et novatrice. Un des points problématiques ne résidait pas tant dans le champ d'application large de l'article 66 mais dans la corrélation inhérente au texte constitutionnel entre la compétence du juge judiciaire et la protection de la liberté individuelle. En effet, la compétence du juge judiciaire n'était pas exclusive en matière de liberté individuelle ; le juge administratif pouvant intervenir dans le cadre de contentieux où étaient en cause le droit au respect de la vie privée, le droit au mariage ou encore la liberté d'aller et venir. Ainsi, la modification progressive de la jurisprudence a permis de renverser cette logique, le juge judiciaire intervenant pour la protection de la liberté individuelle strictement entendue et le juge administratif pour les libertés personnelles. En notant que rien ne fait obstacle à ce que le juge judiciaire intervienne dans le cadre de contentieux mettant en

²⁰ Cons. const., 23 juill. 1999, 99-416 DC, *Couverture maladie universelle*.

²¹ Voir notamment : La mise en place de mécanismes de renseignement ne porte pas atteinte à la liberté individuelle : Cons. const., 23 juill. 2015, 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement* ; l'assignation administrative à résidence ne porte pas atteinte à la liberté individuelle s'il l'astreinte à domicile ne dépasse pas 12 h : Cons. const., 22 déc. 2015, 2015-527 QPC, *M. Cédric D.* ; la rétention de passeports par la gendarmerie ou les autorités de police ne constitue pas une atteinte à la liberté individuelle : Cons.const, 22 av. 1997, 389 DC, *Certificats d'hébergement*.

²² Thierry RENOUX, Commentaire de l'article 66 de la constitution du 4 octobre 1958, *op.cit.*, p. 1291.

cause à l'origine une liberté personnelle si l'atteinte à cette dernière était d'une telle intensité qu'elle peut être qualifiée de privation de liberté.

Il faut aussi noter que la modification de la jurisprudence du Conseil a été rendue possible au regard d'un contexte juridictionnel favorable. En effet, la juridiction administrative s'est dotée à partir de 1980 d'instruments et de pouvoirs lui permettant de s'affirmer comme protectrice des droits et libertés²³.

Le Conseil constitutionnel propose donc une interprétation dissociative en ce que toute liberté peut soit être « rattachée à la Déclaration de 1789, sans impliquer une quelconque compétence juridictionnelle, soit à l'article 66 de la Constitution, impliquant cette fois-ci la compétence de l'autorité judiciaire, à titre préventif ou contentieux. »²⁴. Ainsi, la qualification d'une liberté d'individuelle ou de personnelle emporte des conséquences importantes du point de vue juridictionnel. En fait, dès lors qu'une liberté est qualifiée autrement que de liberté individuelle, l'autorité judiciaire n'est plus le juge naturel de la protection de cette liberté. La conception étroite de la liberté individuelle permet donc au juge administratif de prendre une place importante dans le contentieux des libertés. Dans les temps troublés d'état d'urgence où les libertés sont d'autant plus limitées, la prééminence du juge administratif se confirme.

II- Les états d'urgence : la confirmation de la prééminence du juge administratif dans le contentieux des libertés.

Les états d'urgence sont une période où les exigences liées au maintien de l'ordre public sont renforcées. Cela conduit à une restriction plus importante des droits et libertés. Ces périodes spécifiques, où l'équilibre entre maintien de l'ordre public et protection des libertés est modifié, sont propices à une analyse de la répartition du contentieux des libertés.

Le constat est celui de la confirmation de la prééminence du juge administratif dans le contentieux des libertés. Le juge administratif, appuyé dans son rôle de protecteur des libertés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, se pose en véritable juge de l'état d'urgence (A). Ainsi,

²³ Il est ici fait référence à la possibilité de prononcer des astreintes (loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public), des injonctions (loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative). De plus, la juridiction administrative s'est dotée de nouveaux recours et notamment du référé-liberté (loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives).

²⁴ Thierry RENOUX, Commentaire de l'article 66 de la constitution du 4 octobre 1958, *op.cit.*, p. 1291.

l'intervention du juge judiciaire paraît alors secondaire. Malgré cela, le juge judiciaire montre sa volonté de se positionner encore en tant que gardien des droits et libertés (B).

A) Un contentieux des libertés grandement absorbé par le juge administratif en période d'état d'urgence

Antérieurement aux états d'urgence sécuritaire et sanitaire, la jurisprudence du Conseil constitutionnel avait déjà connu des évolutions amenant vers une conception de plus en plus étroite de la liberté individuelle ; octroyant une place plus importante au juge administratif dans le contentieux des libertés. Les états d'urgence, et plus particulièrement l'état d'urgence terroriste, n'ont fait que confirmer le resserrement du champ d'application de l'article 66 de la Constitution. Ainsi, la prééminence du juge administratif dans le contentieux des libertés en période d'urgence ne surprend pas.

En réponse aux attentats survenus à Paris, l'état d'urgence, comme prévu par la loi du 3 avril 1955, a été déclaré le 14 novembre 2015. Après de nombreuses promulgations justifiées par la survenance de nouveaux attentats, l'état d'urgence prit définitivement fin le 1er novembre 2017. La loi du 20 novembre 2015²⁵ a modifié assez largement la loi de 1955, notamment en supprimant l'article 7. Ce dernier, dans sa version initiale, prévoyait que les personnes faisant l'objet de mesures d'interdiction de séjour ou d'assignation à résidence pouvaient saisir une commission consultative pour demander le retrait des mesures. Cet article a été supprimé pour être remplacé par un nouvel article 14-1²⁶ prévoyant la compétence large de la juridiction administrative. La mise en avant du juge administratif dans la loi de prorogation de l'état d'urgence a eu pour effet de faire ressurgir « une guerre des juges »²⁷. Au-delà même des dispositions législatives, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle montre un affaiblissement du juge judiciaire causé par un resserrement de sa compétence autour de la privation de liberté. Sans être exhaustif, trois décisions du Conseil constitutionnel prises pendant l'état d'urgence sont symptomatiques du recul de la compétence de la juridiction judiciaire en matière de protection des libertés.

²⁵ 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.

²⁶ Article 14-1 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence : « A 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. »

²⁷ Gweltaz ÉVEILLARD, La genèse : pourquoi parler de guerre des juges ?, in ASSOCIATION DES ÉTUDIANTS DE DROIT PUBLIC (dir.), *La guerre des juges aura-t-elle lieu ?*, *Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales* [en ligne], Revue générale du droit on line, 2016, n°23372. [consulté le 1^{er} octobre 2020]. www.revuegeneraledudroit.eu

La première concerne le contentieux des assignations à résidence²⁸. Le Conseil constitutionnel considère que rien n'interdit au législateur de confier au juge administratif le contentieux des assignations à résidence. En effet, si celle-ci ne dépasse pas 12 h par jour, le juge constitutionnel estime que l'on est en présence d'une restriction des libertés. Ainsi, la garantie procédurale de l'article 66 de la constitution ne s'applique pas dans ces cas-là. Le juge constitutionnel, dans une décision QPC du 16 mars 2017, est venu confirmer la place centrale du juge administratif dans le contentieux des assignations à résidence. « La seule prolongation dans le temps d'une mesure d'assignation à résidence ordonnée dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 n'a [...] pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté »²⁹. Quant au contentieux des perquisitions prévues par la loi du 3 avril 1955, il est une compétence de la juridiction administrative au regard de la nature préventive de cette mesure³⁰. Cela n'est pas surprenant en ce que le Conseil constitutionnel avait déjà détaché le droit au respect de la vie privée de l'article 66 de la Constitution.

Ainsi, la période d'état d'urgence sécuritaire a été une période propice au resserrement du champ d'application de l'article 66 de la Constitution ; le juge judiciaire étant seulement compétent quand une privation de liberté est constatée. Or, toute qualification juridique est issue d'un processus d'interprétation. Ainsi, c'est le Conseil constitutionnel qui décide ce qu'il considère être une privation de liberté, lui permettant ainsi de déclarer qu'une assignation à résidence de moins de 12 h est une restriction de liberté et une assignation de plus de 12 h une privation.

L'état d'urgence sanitaire, quant à lui, est un nouveau régime d'exception, institué pour lutter contre la propagation du Covid-19. Il est issu de la loi du 23 mars 2020³¹. Comme tout état d'exception, il instaure des possibilités de porter de nouvelles atteintes aux droits et libertés pour des raisons de maintien de l'ordre public. La spécificité de cet état d'urgence est dans la nature des mesures édictées. À la différence de l'état d'urgence sécuritaire où les mesures étaient individuelles, l'état d'urgence sanitaire se distingue en ce que les principales mesures édictées sont générales. Dans la première partie de l'état d'urgence, la plupart des mesures consistent en des décrets pris en Conseil des ministres. Par conséquent, du point de vue contentieux, est compétent le Conseil d'État en premier et dernier ressort pour la contestation de ces actes. Dans un second temps, ce sont les préfets et les maires qui ont pris de nouvelles mesures par le biais d'actes réglementaires. Ces derniers peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction administrative. Bien que la compétence large de la

²⁸ Cons. const., 22 déc. 2015, 2015-527 QPC, *préc.*

²⁹ Cons. const., 16 mars 2017, 2017-624 QPC, *M. Sofyan I.*

³⁰ Cons. const., 19 fév. 2016, 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme.*

³¹ Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

juridiction administrative pendant l'état d'urgence sanitaire soit due au resserrement antérieur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la principale cause tient à la nature des actes contestés³².

Au regard de cette compétence toujours plus accrue du juge administratif dans le contentieux des libertés en période d'état d'urgence, le juge judiciaire dispose malgré tout d'une réserve de compétence autour du droit à la sûreté. Au-delà de l'aspect contentieux, le juge judiciaire tente par différents moyens de continuer à s'affirmer en protecteur des droits et libertés.

B) L'intervention secondaire du juge judiciaire en période d'état d'urgence

Malgré la prééminence du juge administratif dans le contentieux des libertés en période d'état d'urgence, le juge judiciaire dispose d'une réserve de compétence qui s'appuie sur deux éléments se conjuguant.

De façon classique, le juge judiciaire est compétent pour le contentieux lié aux mesures de police judiciaire. Puisque ces mesures ont une visée répressive, le juge judiciaire est naturellement compétent pour en connaître les contestations. Au contraire, quand il s'agit de mesures dites de police administrative, la visée étant préventive, le juge administratif est compétent. L'autre élément de répartition du contentieux des libertés consiste à qualifier l'atteinte à la liberté, à savoir une restriction ou une privation ; l'intervention du juge judiciaire s'imposant normalement³³ dans le second cas.

Pendant l'état d'urgence terroriste, le juge judiciaire a conservé sa compétence au cas où une atteinte à une liberté personnelle serait d'une intensité telle qu'elle porterait atteinte à la liberté individuelle. Le juge judiciaire reste *in fine* toujours compétent dans les cas où une privation de liberté serait constatée : assignation à résidence de plus de 12 h, prolongation d'une garde à vue au-delà de 48 h³⁴. De plus, le juge pénal est intervenu durant l'état d'urgence sécuritaire lors de la constatation d'infractions et pour connaître des suites des assignations à résidence. Dans ce cas précis, en se fondant sur l'article 111-5 du code pénal, le juge pénal, par la voie de l'exception, a pu interpréter

³² Il est à noter que même si la nature des actes contestés appelle de prime abord une compétence de la juridiction administrative, le contenu de certains de ces actes juridiques appelle une conclusion contraire. En effet, le décret prévoyant le confinement généralisé de la population est un acte juridique posant une privation de liberté et non une restriction de liberté. La compétence du juge judiciaire pourrait alors se trouver justifiée. Cependant, la compétence du juge judiciaire a été écartée par le Conseil d'État lui-même en considérant que la juridiction judiciaire est seulement compétente pour les mesures individuelles privatives de liberté et non les mesures générales privatives de libertés. Nous sommes dans l'attente d'une décision du Conseil constitutionnel qui confirmerait ou infirmerait la position du Conseil d'État. Cf. CE, 22 juillet 2020, n° 440149.

³³ Cette réserve de compétence du juge judiciaire s'est appliquée en période d'état d'urgence sanitaire que pour les mesures individuelles privatives de libertés ; excluant ainsi du champ de compétence du juge judiciaire le contrôle de la proportionnalité des mesures de confinement généralisé. Cf. CE, 22 juillet 2020, n° 440149.

³⁴ Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

« les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis »³⁵. Cette possibilité offerte par le code pénal a été interprétée par une partie de la doctrine comme une « volonté du juge judiciaire de ne pas laisser au Conseil d'État le monopole du contrôle des décisions prises sur le fondement de l'état d'urgence »³⁶. La Cour de cassation s'en saisit très tôt, ce qui lui a permis d'intervenir dans le contentieux des perquisitions administratives³⁷ et des assignations à résidence³⁸.

La fin de l'état d'urgence sécuritaire a eu pour effet d'octroyer de nouvelles compétences au juge judiciaire. En effet, la loi Sécurité Intérieure et Lutte contre le Terrorisme (SILT) du 30 octobre 2017³⁹ a rendu le juge judiciaire compétent pour le contrôle des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance. Bien que l'octroi d'une nouvelle compétence puisse être analysé comme un élément favorable au juge judiciaire, il est important de noter que cela trouble de nouveau la frontière entre police administrative et police judiciaire.

Pour l'état d'urgence sanitaire, la loi du 23 mars 2020 a rendu le juge judiciaire compétent pour des infractions spécifiques liées aux circonstances sanitaires. Il est ici notamment question du non-respect du confinement, non-respect du port du masque. Le juge judiciaire, pendant cette période, a menacé d'utiliser la voie de l'exception ouverte par le code pénal pour intervenir dans des contentieux relevant désormais du juge administratif.

Nonobstant la réduction progressive du champ de compétence de l'autorité judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel est venu confirmer le noyau de compétences du juge judiciaire autour de la protection du droit à la sûreté. Il a notamment censuré et émis une réserve d'interprétation lors de sa décision du 11 mai 2020⁴⁰. Dans cette dernière, le juge constitutionnel enjoint au législateur de prévoir de façon systématique l'intervention du juge judiciaire dans le plus court délai possible en cas de prolongation de la mise en isolement. De même, le Conseil constitutionnel, malgré un contrôle à minima, rappelle au législateur qu'il doit respecter les exigences liées à l'article 66 s'agissant de la nécessaire intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire⁴¹.

³⁵ Article 111-5 du code pénal.

³⁶ Isabelle BOUCOBZA, Quel juge pour l'état d'urgence ?, in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 75-103 ; Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Maria KALOGIROU, Nicolas KLAUSSER *et al.*, L'état d'urgence au prisme contentieux : analyse transversale de corpus, in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 166-246.

³⁷ Cass. crim., 13 déc. 2016, 16-84.794. ; Cass. crim., 28 mars 2017, 16-85.072.

³⁸ Cass. crim., 3 mai 2017, 16-86.155.

³⁹ Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017.

⁴⁰ Cons. const., 11 mai 2020, 2020-800 DC, *loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

⁴¹ Cons. const., 3 juill. 2020, 2020-851/852 QPC, *M. Sofiane A. et autre*.

Malgré ce champ de compétences réduit, le juge judiciaire tente malgré tout, en période d'état d'urgence, de maintenir sa figure de protecteur des droits et libertés. Il a fait cela notamment par deux moyens. Le premier consiste, notamment pendant la crise sanitaire, à transférer des QPC pour lesquelles le Conseil d'État avait refusé la transmission. Cela permet au juge judiciaire de se positionner de façon stratégique sur le contentieux des libertés. Outre les techniques et outils contentieux, la Cour de cassation utilise la communication institutionnelle pour défendre la compétence de l'autorité judiciaire et pour se positionner en protecteur et défenseur des droits et libertés. Les états d'urgence ont alors été le parfait exemple d'utilisation de mécanismes non juridictionnels pour tenter d'asseoir la mission de protection des droits et libertés de l'autorité judiciaire.

Pour conclure, les périodes d'état d'urgence ne sont que le reflet d'un mouvement plus large de redistribution du contentieux des libertés en faveur du juge administratif. De façon générale, l'analyse de ce mouvement montre que les périodes d'application de régime d'exception sont propices à de nouveaux resserrements de la compétence du juge judiciaire. Malgré tout, le juge judiciaire tente de résister et défend ardemment son statut de protecteur des droits et libertés.