

La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en période de crise sanitaire

GONI Cassandra

Doctorante en droit public

CERCCLÉ — EA 7436

Au titre de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958¹, la liberté individuelle est protégée par une garantie procédurale renforcée, permettant l'intervention du juge judiciaire² en cas d'atteinte à celle-ci. En 1958, la mise en place de cet article est justifiée par la volonté de protéger les droits et libertés des individus³. C'est dans une acception très large qu'est pensée la protection de la liberté individuelle en France. Il existe dès l'origine une confusion importante entre la liberté individuelle, les libertés individuelles et les libertés personnelles⁴. Celle-ci s'est poursuivie, dans un premier temps, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel par une conception extensive de la liberté individuelle couvrant presque totalement l'ensemble des libertés personnelles et des libertés individuelles⁵. Cela a conduit le juge constitutionnel à définir la liberté individuelle au-delà du droit à la sûreté⁶ ; donnant ainsi un champ d'application large à l'article 66 de la Constitution⁷.

¹ Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « 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. »

² Intervention du juge judiciaire justifiée par l'indépendance constitutionnelle consacrée à l'article 64 de la Constitution : « 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. Les magistrats du siège sont inamovibles. »

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

⁴ Bertrand LOUVEL, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles, Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*, www.courdecassation.fr

⁵ *Ibid.*

⁶ Le droit à la sûreté consiste en l'interdiction des détentions arbitraires. Voir : Thierry RENOUX, « Commentaire de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 », in RENOUX Thierry, DE VILLIERS Michel et MAGNON Xavier (dir.), *Code constitutionnel*, Lexis Nexis, 2019, 9^e édition, p.1285-1354.

⁷ Une des premières décisions est celle consacrant la protection de la liberté individuelle comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC, Décision n° 94-352 DC du 12 janvier 1977, Fuille des

Dans un second temps, le Conseil constitutionnel a rattaché 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, adoptant ainsi une conception étroite de la liberté individuelle⁸. 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 individuelle⁹. Pour qu'il y ait atteinte à la liberté individuelle, il faut une privation de liberté¹⁰. L'enjeu de la redéfinition jurisprudentielle de la notion de liberté individuelle est celui de la non-application de la garantie procédurale prévue par l'article 66 de la Constitution. Il est donc à noter que la conception de la liberté individuelle a des conséquences directes sur le champ d'application de l'article 66 de la Constitution et sur la répartition du contentieux des libertés¹¹.

Or, la crise sanitaire liée à l'épidémie de la Covid-19 est caractérisée par un nombre important d'atteintes aux libertés. Une des réponses politiques et juridiques à cette dernière est l'application d'état d'urgence permettant la prise de mesures restrictives et privatives de liberté. L'état d'urgence sanitaire, créée à cette occasion¹², permet notamment aux pouvoirs publics d'édicter des mesures de confinement généralisé de la population¹³ afin de freiner l'épidémie en limitant les interactions sociales. La gestion de la crise sanitaire se distingue notamment par l'importance et l'ampleur des mesures privatives de liberté. Selon les destinataires, il est possible de distinguer les mesures individuelles et les mesures générales privatives de liberté. Les premières consistent en une privation de liberté pour un individu

véhicules). 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 citoyen (CC, Décision n° 343-344 DC du 27 juillet 1994, Lois bioéthiques). Les décisions suivantes vont dans le même sens (voir notamment : CC, Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; CC, Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Perquisitions fiscales).

⁸ L'infléchissement jurisprudentiel a débuté en 1999 sur le terrain du droit à la protection de la vie privée (CC, Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle). Celui-ci s'est poursuivi pour le respect de la liberté du mariage, le secret des correspondances et la liberté d'aller et venir (voir notamment : CC, Décision n° 2015-713 DC, Loi relative au renseignement ; CC, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. ; CC, Décision n° 389 DC du 22 avril 1997, Certificats d'hébergement). Aujourd'hui, la distribution du contentieux des libertés passe par la qualification de l'atteinte à la liberté, à savoir si celle-ci est constitutive d'une privation ou d'une restriction. Le juge judiciaire intervient quand une privation de liberté est constatée.

⁹ Pour exemple, une atteinte au droit au respect de la vie privée n'est plus considérée *a priori* comme une atteinte à la liberté individuelle ; la garantie procédurale de l'article 66 de la Constitution n'a donc plus à s'appliquer.

¹⁰ CC, Décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020, M. Éric G, *consid.* 4 : « Si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté. »

¹¹ La répartition du contentieux des libertés 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.

¹² Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

¹³ OPPEE, *Confinement*, <https://oppee.u-bordeaux.fr>

identifié ; ce sont par exemple les mesures de mise à l'isolement. Les secondes permettent la privation de liberté d'un ensemble d'individus répondant à des critères, mais non personnellement identifiés ; ce sont par exemple les mesures de confinement généralisé de la population.

Au regard de la jurisprudence constitutionnelle, dès lors qu'une privation de liberté est possible, le législateur doit permettre l'intervention du juge judiciaire afin de satisfaire aux exigences de l'article 66 de la Constitution. Or, durant la crise sanitaire, le cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle n'a pas toujours été respecté notamment en raison du caractère inédit des mesures générales privatives de liberté. Les mesures privatives ont ainsi connu un encadrement différencié ; les mesures individuelles privatives de liberté devant être contrôlées par le juge judiciaire¹⁴ (I) et les mesures générales privatives de liberté n'ayant aucunement été soumises aux exigences de l'article 66 de la Constitution (II). Cette disparité dans l'encadrement questionne au regard de la nature comparable des deux types de mesures : car il s'agit bien, dans les deux cas, de mesures privatives de liberté.

I. La confirmation du cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle pour les mesures individuelles privatives de liberté

Pendant la crise sanitaire, s'agissant des mesures individuelles privatives de liberté, le Conseil constitutionnel continue d'exiger les mêmes garanties, à savoir la proportionnalité des mesures et l'intervention du juge judiciaire dans un délai le plus court possible (B). Le juge constitutionnel est donc venu à la fois confirmer le champ d'application de l'article 66 et les exigences découlant de ce dernier. Cependant, il était difficile pour le Conseil constitutionnel de redéfinir encore plus strictement le champ d'application de l'article 66, car ce dernier avait déjà été resserré auparavant (A). Ainsi, pour les mesures individuelles privatives de liberté, le juge constitutionnel a maintenu le cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle.

¹⁴ Respect de la jurisprudence classique de Conseil constitutionnel sur l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui pose l'intervention du juge judiciaire dans les délais les plus brefs en cas de privation de liberté.

A. Le maintien du champ d'application étroit de l'article 66 pendant la crise sanitaire

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 individuelle¹⁵. Les états d'urgence, et plus particulièrement l'état d'urgence terroriste, n'ont fait qu'accentuer la tendance au resserrement du champ d'application de l'article 66 de la Constitution.

En réponse aux attentats survenus à Paris¹⁶, l'état d'urgence, comme prévu par la loi du 3 avril 1955¹⁷, a été déclaré le 14 novembre 2015. Après de nombreuses promulgations justifiées par une menace terroriste toujours présente¹⁸, l'état d'urgence a pris définitivement fin le 1er novembre 2017. La loi du 20 novembre 2015¹⁹ 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 14-1²⁰ 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 entérine la conception étroite de la liberté individuelle. Le juge administratif devient plus largement compétent pour les contentieux mettant en jeu des restrictions des libertés. De fait, le juge judiciaire intervient bien moins dans le contentieux des libertés. Cela a pour effet de faire ressurgir « une guerre des juges »²¹. Au-delà même des dispositions législatives, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle montre un affaiblissement du juge

¹⁵ Cf. *supra*.

¹⁶ Attentats terroristes du 13 novembre 2015 survenus à Paris.

¹⁷ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁸ 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 (prolongation de l'état d'urgence pour trois mois) ; loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste (prolongation de l'état d'urgence pour six mois) ; loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (prolongation de l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2016).

¹⁹ 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.

²⁰ Article 14-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence : « 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. »

²¹ 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, www.revuegeneraledudroit.eu

judiciaire causé par un resserrement de sa compétence autour de la privation de liberté. Sans être exhaustif, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur deux mesures phares de l'état d'urgence terroriste : les assignations à résidence et les perquisitions. Les décisions qui en découlent sont symptomatiques du resserrement du champ d'application de l'article 66 autour de la privation de liberté.

S'agissant du contentieux des assignations à résidence²², 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. 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 »²³. 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 mesure²⁴. 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 Constitution²⁵.

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'interprétation²⁶. Or, il revient ici au Conseil constitutionnel de décider ce qu'il considère être une privation de liberté, lui permettant par exemple de déclarer qu'une assignation à résidence de moins de 12 h est une restriction de liberté n'impliquant donc pas l'application de l'article 66 de la Constitution ; et une assignation de plus de 12 h une privation entraînant l'application de l'article 66 de la Constitution et l'intervention du juge judiciaire.

Pendant l'état d'urgence sanitaire et plus largement pendant la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel n'a pas restreint le champ d'application de l'article 66. Il est à noter qu'il était difficile, pour les mesures individuelles privatives de liberté, de limiter de nouveau la portée de

²² CC, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D.

²³ CC, Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofyan I.

²⁴ CC, Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, Ligue des droits de l'homme.

²⁵ CC, Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

²⁶ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'état*, Presses universitaires de France, 2001, p. 78-79.

la protection constitutionnelle de la liberté individuelle au regard du champ d'application déjà restreint au droit à la sûreté.

Outre le champ d'application de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel a maintenu, pendant cette crise sanitaire, les exigences classiques découlant de l'article 66 de la Constitution.

B. Le maintien des exigences classiques découlant de l'article 66 de la Constitution pendant la crise sanitaire

Durant la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel continue d'exiger les mêmes garanties qu'en période de non-application d'état d'urgence en ce qui concerne la protection de la liberté individuelle : la proportionnalité de la mesure privative et l'intervention du juge judiciaire dans un délai le plus court possible²⁷.

Ces deux exigences sont décelables dans les étapes du contrôle effectué. Lors de l'analyse de la constitutionnalité d'une disposition limitant les droits et libertés, le juge constitutionnel commence par qualifier la mesure ; savoir si cette dernière est restrictive ou privative de liberté. Cette étape de qualification de la mesure est importante en ce qu'elle conduit à la possible application de l'article 66. Le deuxième temps du contrôle consiste en l'examen de la proportionnalité de la mesure. Cette dernière doit être adaptée, nécessaire et proportionnée aux objectifs. Si la mesure privative est justifiée et proportionnée, la garantie procédurale de l'article 66 doit s'appliquer à savoir que la loi doit prévoir obligatoirement l'intervention du juge judiciaire dans un délai le plus court possible²⁸.

²⁷ RENOUX Thierry, Commentaire de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, *op. cit.* (n. 6) p.1406-1407.

²⁸ Le Conseil constitutionnel utilise un considérant de principe bien établi : « La liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis » : CC, Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *consid.* 13.

De mars 2020 à fin janvier 2021, le Conseil constitutionnel a rendu trois décisions entrant dans le champ de la protection de la liberté individuelle. Elles concernent le dispositif de mise à l'isolement²⁹ et la prolongation des détentions provisoires³⁰.

Dans la décision du 11 mai 2020³¹, le juge constitutionnel analyse la conformité à l'article 66 de la Constitution du dispositif de mise à l'isolement prévu dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Le Conseil constitutionnel, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité de la mesure de mise à l'isolement, considère que cette mesure privative se justifie au regard de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé. Cependant, il rappelle que la loi doit prévoir de façon systématique l'intervention du juge judiciaire dans le plus court délai possible notamment en cas de prolongation de la mise en isolement. Ce rappel a conduit à une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel afin de garantir l'intervention du juge judiciaire. Le juge constitutionnel applique donc la jurisprudence classique concernant la mise en quarantaine, le placement et le maintien à l'isolement³².

S'agissant des prolongations de détentions provisoires, le Conseil constitutionnel rappelle que le législateur doit respecter « les exigences résultant de son article 66 s'agissant des modalités de l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire »³³. Dans cette décision, au regard de la nature de la loi à savoir une loi d'habilitation, le juge constitutionnel ne peut pas réellement contrôler le fond du dispositif de prolongation des détentions provisoires, il peut simplement rappeler au Gouvernement de respecter « les exigences résultant de [...] l'article 66 s'agissant des modalités de l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire »³⁴ lors de la rédaction des ordonnances. Cependant, à l'occasion d'une décision du 29 janvier 2021³⁵, le Conseil constitutionnel a considéré que le dispositif de prolongation des détentions provisoires tel que prévu par l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 n'est pas conforme à l'article 66

²⁹ Dans un cadre psychiatrique, la mise à l'isolement consiste à placer, contre son gré, « le patient dans une chambre fermée à clé » : RENOUX Thierry, Commentaire de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, *op. cit.* (n. 6), p.1286. Dans le cadre de la crise sanitaire, la mise à l'isolement consiste en une obligation pour les personnes testées positives à la Covid-19 ou cas contact de rester à leur domicile afin de limiter la propagation du virus.

³⁰ La détention provisoire consiste en l'emprisonnement d'une personne en attente de jugement. Celle-ci est encadrée par les articles 143-1 et s. du code de procédure pénale. Seul le juge des libertés et de la détention peut décider du placement en détention provisoire.

³¹ CC, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

³² CC, Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §§ 13 et 22 ; CC, Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, § 66.

³³ CC, Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ CC, Décision n° 2020-878/879 du 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre.*

de la Constitution. En effet, « les dispositions contestées maintiennent [...] de plein droit des personnes en détention provisoire sans que l'appréciation de la nécessité de ce maintien soit obligatoirement soumise, à bref délai, au contrôle du juge judiciaire »³⁶. Ainsi, « il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées méconnaissent l'article 66 de la Constitution »³⁷.

À l'analyse de ces jurisprudences, il est possible de dire que le Conseil constitutionnel s'est montré exigeant avec le législateur, n'hésitant pas à censurer certaines dispositions contraires à l'article 66 de la Constitution. Par conséquent, il a préservé et garanti le noyau de compétence du juge judiciaire autour de la privation de liberté.

Durant la crise sanitaire, le cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle a été respecté s'agissant des mesures individuelles privatives de liberté. Cependant, celui-ci n'a pas trouvé à s'appliquer s'agissant des mesures générales privatives de liberté.

II. La non-application du cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle pour les mesures générales privatives de liberté

Les mesures générales privatives de liberté, mesures inédites sous la Ve République, n'ont pas connu le même encadrement que les mesures individuelles privatives de liberté.

En effet, la loi du 23 mars 2020 ne prévoit aucunement l'intervention du juge judiciaire en cas de confinement généralisé de la population. Le cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle ne s'est donc pas appliqué s'agissant des mesures générales privatives de liberté. Cela conduit à questionner la constitutionnalité du dispositif de confinement à l'article 66 de la Constitution (A). Cependant, le juge constitutionnel n'a pas pu intervenir pour trancher la question de sa constitutionnalité (B).

³⁶ *Ibi.*, consid. 10.

³⁷ *Ibid.*, consid. 12.

A. L'absence d'intervention du juge judiciaire : la constitutionnalité contestée du dispositif de confinement généralisé de la population

La crise sanitaire a cela de particulier qu'elle a appelé les pouvoirs publics à édicter des mesures fortement contraignantes prenant la forme de couvre-feu³⁸, de confinement généralisé de la population, d'attestation de déplacement dérogatoire³⁹, ou encore du port du masque obligatoire. L'ampleur des restrictions et des privations est inédite sous la Ve République. En effet, classiquement, les mesures privatives de liberté consistent en des détentions provisoires, des hospitalisations sans consentement c'est-à-dire des mesures ayant comme destinataire un individu et non un groupe de personnes.

La crise sanitaire a conduit à l'utilisation de mesures générales privatives de liberté. La plus marquante, tant par son champ d'application, son ampleur que dans l'atteinte aux droits et libertés est le dispositif de confinement généralisé de la population tel que prévu par la loi du 23 mars 2020⁴⁰. Cette possibilité de confinement est consacrée à l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique disposant que « dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire [...] interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé » ; les mesures devant être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

La constitutionnalité de ce dispositif peut être discutée en ce qu'il ne prévoit aucunement l'intervention du juge judiciaire. En effet, au regard de l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire doit intervenir lorsqu'il est porté atteinte à la liberté individuelle par une mesure privative de liberté. Au regard de la jurisprudence constitutionnelle⁴¹, il est difficile de considérer que le confinement généralisé de la population n'est pas une mesure privative de liberté qui impliquerait donc la compétence du juge judiciaire pour contrôler la proportionnalité de la mesure.

C'est justement cet argumentaire qui a été soutenu devant le Conseil d'État lors d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) soulevée à l'occasion d'un recours pour excès

³⁸ OPPEE, *Confinement*, <https://oppee.u-bordeaux.fr>

³⁹ OPPEE, *Attestation de déplacement dérogatoire*, <https://oppee.u-bordeaux.fr>

⁴⁰ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. La loi conditionne la possibilité de confinement généralisé de la population à l'application de l'état d'urgence sanitaire.

⁴¹ Le Conseil constitutionnel considère qu'une assignation à résidence de moins de 12 h n'est pas une mesure privative de liberté : CC, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. Il est possible de déduire de cela qu'une mesure privative de liberté est caractérisée dès lors qu'elle conduit à une privation de liberté de plus de 12 h.

de pouvoir visant l'annulation de l'article 3 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020⁴² prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire⁴³. Le Conseil d'État reconnaît implicitement que le confinement est une mesure privative de liberté prise par le Premier ministre⁴⁴. Cependant, il considère qu'au regard de la nature réglementaire et générale de la mesure, « la contestation d'une telle mesure [...] n'est pas au nombre de celles que l'article 66 de la Constitution réserve à la compétence de l'autorité judiciaire »⁴⁵. Autrement dit, les mesures générales privatives de liberté n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 66 de la Constitution. Le juge judiciaire n'est donc pas compétent. Le Conseil d'État n'a donc pas renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel.

Les juges du Palais-Royal ont donc interprété l'article 66 de la Constitution avec une conception très étroite considérant que celui-ci ne s'applique que pour les mesures individuelles privatives de liberté⁴⁶ ; l'enjeu étant la répartition du contentieux des libertés.

B. L'absence d'intervention du juge constitutionnel : les enjeux entourant la constitutionnalité du dispositif de confinement généralisé de la population.

La décision du Conseil d'État appelle plusieurs réflexions sur les enjeux entourant la constitutionnalité du dispositif de confinement généralisé de la population et plus largement sur la protection de la liberté individuelle.

Le premier concerne la possibilité et l'opportunité pour le Conseil d'État de se prononcer sur le champ d'application de l'article 66 de la Constitution. En effet, sa compétence juridictionnelle étant discutée, cela aurait dû conduire le Conseil d'État à considérer le sérieux

⁴² L'article 3 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 consacre l'interdiction de « tout déplacement en dehors de son domicile ».

⁴³ CE, 22 juillet 2020, n° 440149.

⁴⁴ En se positionnant sur le caractère général de la mesure de confinement pour justifier la non-application de l'article 66 de la Constitution, le Conseil d'État reconnaît implicitement le caractère privatif de liberté d'une mesure de confinement généralisé de la population. Si tel n'était pas le cas, le Conseil aurait juste eu besoin de démontrer le caractère restrictif de liberté de la mesure de confinement généralisé de la population pour justifier la non-application de l'article 66 de la Constitution.

⁴⁵ Ibid., *consid.* 4.

⁴⁶ Le Conseil d'État va donc plus loin que le Conseil constitutionnel lui-même dans le resserrement du champ d'application de l'article 66 de la Constitution.

de la QPC et de la renvoyer au Conseil constitutionnel. Le fait que les juges du Palais-Royal se soient eux-mêmes reconnus compétents pour le contentieux des mesures générales privatives de liberté entretient les tensions entre les deux ordres de juridiction⁴⁷. D'autant plus qu'au regard de la jurisprudence constitutionnelle, la justification donnée par le Conseil d'État peut être contestée. En effet, au vu des critères de la jurisprudence constitutionnelle établissant le seuil à partir duquel une privation de liberté est constatée⁴⁸, le confinement tel que prévu par la loi du 23 mars 2020 apparaît être une privation de liberté, devant donc appeler à l'application de l'article 66 de la Constitution c'est-à-dire l'intervention du juge judiciaire. Ainsi, le filtrage a été utilisé pour verrouiller l'accès au Conseil constitutionnel afin d'attirer à la compétence de la juridiction administrative un nouveau contentieux⁴⁹.

La non-application de l'article 66 de la Constitution aux mesures générales privatives de liberté soulève des questions théoriques importantes. Celle-ci pourrait être analysée comme une suspension partielle de la garantie procédurale prévue à l'article 66 de la Constitution, autrement appelée la clause d'*Habeas corpus*⁵⁰.

Historiquement, la suspension de l'*Habeas corpus* a été théorisée afin notamment d'encadrer celle-ci et de ne point tomber dans l'arbitraire permanent. Montesquieu et Blackstone considèrent que la compatibilité entre la suspension du droit d'*Habeas corpus* et la liberté individuelle réside dans la limitation temporelle de cette suspension⁵¹. Dicey, quant à lui, considère que la compatibilité est possible, mais cela jusqu'à un certain niveau de dérogation dès lors qu'il est prévu la possibilité, une fois la suspension levée, d'engager la responsabilité des pouvoirs publics⁵².

La décision du Conseil d'État pourrait être analysée comme une suspension partielle de la clause d'*Habeas corpus* seulement si on estime que le juge administratif ne dispose pas des conditions et des garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes pour écarter toutes

⁴⁷ Les périodes d'application d'état d'urgence sont propices à un renforcement des tensions. Voir notamment : 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], www.revuegeneraledudroit.eu, 2016.

⁴⁸ Cf *supra*.

⁴⁹ Virginie SAINT JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », RDP, n° 3, p. 60.

⁵⁰ L'article 66 de la Constitution 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'inspiration britannique permettant de lutter contre l'arbitraire du pouvoir politique.

⁵¹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chapitre 6, « La constitution d'Angleterre ». ; Bernard MANIN, *Le paradigme de l'exception — Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme*, laviedesidees.fr, 2015. ; William BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, University of Chicago, 1977, p. 132.

⁵² Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Classics, 1982, p. 140-145.

décisions arbitraires. En 1958, quand a été instauré l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est élevée au rang de gardienne de la liberté individuelle en raison de son indépendance. Il est ainsi pensé en creux que la juridiction administrative ne répond pas suffisamment aux exigences d'indépendance pour pouvoir protéger la liberté individuelle⁵³. Cependant, la juridiction administrative a fortement évolué sous la Ve République de telle sorte que son indépendance est désormais constitutionnellement consacrée⁵⁴. Il est ainsi difficile de dire que le juge administratif ne répond pas aux conditions et aux garanties d'indépendance suffisantes pour rendre des décisions excluant tout arbitraires. Nonobstant, il est à noter qu'en période de crise sanitaire, le Conseil d'État a eu tendance à suivre la « doctrine sanitaire du Gouvernement »⁵⁵. Cet élément peut permettre de questionner la compétence du juge administratif pour le contrôle des mesures générales privatives de liberté en période de crise sanitaire.

Il apparaît alors nécessaire que le Conseil constitutionnel intervienne sur la question de la conformité du dispositif de confinement sans intervention du juge judiciaire à l'article 66 de la Constitution⁵⁶. L'enjeu est important : maintien du cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle, tension entre les deux ordres de juridiction, une possible remise en cause du dualisme juridictionnel. Il serait donc opportun que le Conseil constitutionnel vienne préciser la jurisprudence en validant ou non la position du juge administratif.

Pendant cette crise sanitaire, le Conseil constitutionnel a tant bien que mal assuré la protection de la liberté individuelle. Toutefois, il est important de noter qu'il était difficile pour

⁵³ Lors des débats constitutants, Michel Debré a pu déclarer que « Si l'on doit modifier le titre, je voudrais qu'on le rédige ainsi : de l'indépendance de la magistrature, en tant que magistrature judiciaire (restons fidèle aux principes que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont simplement des fonctionnaires administratifs qui occupent les fonctions de juge) » : Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, 3, Documentation Française, 1991, p. 379-388.

⁵⁴ CC, Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs ; CC, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

⁵⁵ Sur la question du port du masque obligatoire, le Conseil d'État s'en remet à la position du Gouvernement : CE, 17 avril 2020, n° 440057, Commune de Sceaux, *consid.* 6 et 9 ; CE, 6 septembre 2020, n° 443750, Port obligatoire du masque à Strasbourg et dans douze communes du Bas-Rhin.

⁵⁶ Il est aussi nécessaire que le Conseil constitutionnel intervienne car la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur le caractère non privatif de liberté d'une mesure de confinement généralisé de la population : CourEDH, Quatrième section, 13 avril 2021, *Theres c/ Roumanie*.

le juge constitutionnel de restreindre de nouveau le champ d'application de l'article 66 de la Constitution et donc de la protection de la liberté individuelle. Mais dans les faits, il n'a pas pu se prononcer sur tous les aspects de cette protection. En effet, la garantie procédurale de l'article 66 de la Constitution n'a pas été appliquée s'agissant des mesures générales privatives de liberté. Or, face à l'ampleur des privations de liberté, la non-intervention du juge judiciaire pour contrôler la proportionnalité du confinement généralisé de la population questionne et conduit à affaiblir le cadre constitutionnel de protection de la liberté individuelle.