



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master de droit pénal et de sciences pénales
Dirigé par Philippe CONTE
2018**

***L'article 66 de la Constitution dans la
jurisprudence du Conseil constitutionnel***

Auteur : Marla BOYD

Sous la direction de Philippe CONTE

Remerciements

Par la présente, je tenais à remercier sincèrement mon directeur de mémoire, le Professeur CONTE, pour son écoute, sa disponibilité, ses remarques et surtout, pour les enseignements qui nous ont été dispensés tout au long de cette année universitaire : ils me marqueront.

Je remercie Mme TOUCHET pour sa bienveillance à notre égard, pour avoir été présente tout au long de cette année, nous avoir rassurés et aidés.

Je remercie également ma mère, ma grand-mère ma soeur, mon oncle et mon cousin pour leur soutien indéfectible, leur aide et leur amour... Je remercie Camille et Thomas, pour leur confiance et leur amitié sincères.

*À ma mère,
À ma grand-mère,
À ma soeur,*

Introduction

1- « *Notre législation n'était qu'une façade d'apparence libérale, derrière laquelle tout est établi pour permettre de légitimer la violation de la liberté individuelle... et pour rendre illusoire la responsabilité de ceux qui se rendent coupables de cette violation* »¹ ainsi le Professeur Emile GARÇON décrivait-il en 1901 la réalité du régime juridique – et politique – de son époque. Aujourd'hui, cette appréciation se veut vigoureusement contredite par le mouvement qui prétend avoir élevé les droits et libertés fondamentaux au sommet de la hiérarchie des normes. Droits et libertés seraient donc centraux dans notre édifice juridique et, de cette centralité, jouiraient d'une protection et d'une garantie irréductibles. L'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 semble en effet valider cette acception. Pourtant l'étude de la jurisprudence qu'il a générée, biais par lequel j'ai choisi d'interroger la réalité de cette évolution consacrée, pourrait faire vaciller cette certitude. Au point de priver une norme de la garantie qu'elle fonde ? Il y a l'article. Et il y a la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cet article. Il s'agit en quelque sorte de confronter les deux.

2- L'article 66 dispose que « *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* » et se situe dans le Titre VIII intitulé « *De l'autorité judiciaire* » de la Constitution du 4 octobre 1958. La Constitution du 4 octobre 1958 qui fonde la V^{ème} République, destinée à permettre le rétablissement d'un certain équilibre institutionnel et politique, est caractérisée par la mise en oeuvre « d'un parlementarisme rationalisé », impliquant l'accroissement des pouvoirs dévolus au Président de la République et l'affaiblissement consécutif du Parlement français. Dans ce régime, la figure présidentielle est centrale : placé au-dessus des querelles partisans, le Président incarne « *l'unité au-delà des inévitables, mais souhaitables, oppositions*.² » Le Général de GAULLE, principal instigateur du texte constitutionnel, avait en effet appelé à une rupture radicale avec les régimes institués sous les III et IV^{ème} Républiques, du fait de leur, et du fait de sa « *certaine idée de la France*³ » : « *Des Grecs, jadis, demandaient au sage Solon : « Quelle est la meilleure Constitution ? » Il répondait : « Dites-moi, d'abord, pour quel peuple et à quelle époque ? » Aujourd'hui c'est du peuple français et des peuples de l'Union française qu'il s'agit et à*

¹ Bulletin de la Société des prisons, 1901, p. 338 et suivants

² « *Idées et pratiques constitutionnelles du général de Gaulle* », FranceTV éducation, : <https://education.francetv.fr/matiere/epoque-contemporaine/premiere/article/idees-et-pratiques-constitutionnelles-du-general-de-gaulle?#topic=de-gaulle-et-la-constitution-de-la-ve-republique>

³ « *Mémoires de guerre – L'Appel : 1940-1942* », G. de Gaulle, tome I, éd. Plon, Paris, 1954 ; rééd. Pocket, 1999

une époque bien dure et bien dangereuse ! Prenons-nous tels que nous sommes. Prenons le siècle comme il est.⁴ »

3- Élaborée conformément aux considérations du Général DE GAULLE dans son discours de Bayeux, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 - qui annonce le traité constitutionnel de la V^{ème} République - reprend dans son article unique les principes qui seront mis en oeuvre par le Gouvernement nouvellement investi : « *1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ;*

2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ;

3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ;

4° 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 ;

5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés⁵. »

4- Ainsi, on peut observer que la place donnée par ce nouveau texte à l'autorité judiciaire et à son indépendance est prépondérante : « *c'est la première fois dans nos Constitutions qu'une place est faite à la Juridiction judiciaire. Les lois constitutionnelles de 1875 étaient muettes et la Constitution de 1946 n'a évoqué expressément que le Conseil supérieur de la Magistrature qu'elle créait.* »⁶ » Il ne s'agit pas toutefois de consacrer un pouvoir ; mais, une autorité. La France a connu de nombreuses Constitutions dans son Histoire et l'on peut constater qu'à l'exception de l'article 74 de la Constitution de l'An I⁷, les Constitutions mentionnaient soit « ordre judiciaire⁸ », soit « pouvoir judiciaire.⁹ » Le Général de GAULLE en effet, considérait que seul le peuple souverain était détenteur du pouvoir - conformément d'ailleurs à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen - : « *le principe de toute souveraineté réside **essentiellement** dans la nation.*¹⁰ » Dès lors, seuls les organes investis d'une délégation directe de pouvoir - le Président et

⁴ Discours de Bayeux, 16 juin 1946, G. de Gaulle

⁵ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution et prévoyant un référendum, Article unique

⁶ « *Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire* », R. DENOIX DE SAINT MARC, Séminaire pédagogique du pôle « Administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009

⁷ Constitution du 24 juin 1793

⁸ Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XII/Charte constitutionnelle du 4 juin 1814/ Charte constitutionnelle du 14 août 1830

⁹ Constitution de 1791/Constitution du 5 Fructidor An III/Acte additonnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815/ Constitution de 1848, IIe République

¹⁰ Article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

le Parlement - peuvent bénéficier de cette légitimité. « L'autorité » judiciaire, en revanche, qui n'exerce aussi bien que par « subdélégation » - dès lors que les magistrats sont nommés et non pas élus - n'est pas un pouvoir. Pour le Général de GAULLE, « *il doit être évidemment entendu que l'autorité de l'Etat est confiée toute entière au Président, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui.*¹¹ »

5- L'autorité connaît effectivement un sens précis : « *c'est un pouvoir de commander et un devoir d'obéissance (pour celui qui le subit).*¹² » En somme, alors que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont directement soumis à la volonté du peuple, l'autorité judiciaire est tributaire des textes normatifs édictés. En tant que telle, l'autorité judiciaire n'a pas les mêmes prérogatives que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif et doit donc obéir à ce qu'ils ont établi. Son pouvoir, aussi bien, ne s'exerce que dans l'application de la loi. Il y a, en ce sens, une certaine continuité avec l'esprit des révolutionnaires de 1789 et en particulier la philosophie politique de Montesquieu. Mais, cependant, si « *les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »¹³ ils doivent demeurer indépendants : « *il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutif*¹⁴ ». La Constitution de 1958 dispose ainsi que « *le Président est garant de l'autorité judiciaire*¹⁵ ».

6- La Constitution de 1958 est un texte qui régit essentiellement l'organisation institutionnelle française et qui détermine le fonctionnement des pouvoirs publics afin de donner à la France une vraie stabilité gouvernementale.¹⁶ Dans ce contexte, l'article 66 se singularise : il est l'un des seuls articles érigeant ce que l'on appellerait aujourd'hui « un droit fondamental » au rang constitutionnel, celui de ne pas pouvoir être arbitrairement détenu. La Constitution de 1958 incarne encore ce point de vue encore, une innovation par rapport aux Constitutions de la III^e et IV^e Républiques, « *qui étaient inopérantes en matière de droits fondamentaux* ».¹⁷

7- Cette singularité de l'article 66 de la Constitution semble s'expliquer par la volonté des Constituants d'inscrire dans la Constitution l'attachement français aux valeurs libérales¹⁸ et faire de la Justice, à travers l'autorité judiciaire, plus qu'un service public : un symbole des aspirations du nouveau régime. Cependant, il y avait préalablement à la rédaction de ce texte deux impératifs :

¹¹ Charles de Gaulle, Conférence de presse du 31 janvier 1964

¹² « *Authority and Justification* », J. Raz, In. *Authority*, Oxford, basic blackwell, 1990.

¹³ « *De l'esprit des lois* », Montesquieu, Liv. XI. Chap. VI., 1748 Garnier, p. 327

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Article 64 de la Constitution de 1958

¹⁶ « *Regard sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un habeas corpus à la française ?* », D. Maus, in *Mélanges Jean-françois Flauss*, A. Pedone, 2014

¹⁷ « *La Constitution a 50 ans : continuités et ruptures* », B. Mathieu, 1958 - 2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Association française de droit constitutionnel sous la direction de Bertrand Mathieu, Dalloz - 2008

¹⁸ Ibid.

d'abord « *d'ordre politique, assurer le succès du référendum constituant de 1958, affirmer « la légitimité libérale de la France¹⁹ » pour contrebalancer l'idée d'une Constitution autoritaire et les critiques nées des internements administratifs pratiqués à l'occasion des événements d'Algérie. Ensuite, d'ordre technique, réussir la profonde réforme judiciaire qui doit suivre l'adoption de la Constitution en décembre : réforme des institutions, de la carte judiciaire, mettre fin à la course à l'avancement des magistrats en réaffirmant la séparation entre la Justice et le pouvoir politique.²⁰ »*

8- On attribue parfois la paternité de ce texte au Professeur WALINE. Il est vrai qu'en tant que membre du comité consultatif constitutionnel, celui-ci avait proposé, le 13 août 1958, un amendement disposant qu'*« aucun citoyen ne peut être arrêté, ni détenu sans être présenté dans les 24 heures au juge d'instruction du lieu de la détention, qui peut ordonner la mise en liberté immédiate »*. L'essentiel des débats portèrent alors sur la place à donner à ce nouvel article. Si certains, à l'image de P. REYNAUD, considéreront nécessaire d'incorporer ce texte au Préambule de la nouvelle Constitution, d'autres, comme L. NOËL, étaient favorables à son insertion dans son corps même. Ainsi, si l'introduction de cet article en lui-même fût voté par le comité, ses membres ne parvinrent pas à s'accorder quant à la place à lui donner. En réalité, il apparaissait notamment pour R. JANOT que *« la confrontation entre les grands sentiments et la dure réalité du maintien de l'ordre en Algérie²¹ »* commandait l'insertion de ce texte dans le préambule. Cette hésitation des rédacteurs s'explique en réalité par la crainte de voir ce texte invoqué devant les tribunaux pour protester contre les exactions commises à l'heure où les pouvoirs spéciaux étaient en vigueur en Algérie, en proie à des « événements »... Aussi, le 14 août 1958, et bien qu'ayant été votée, la disposition ne fût pas retenue dans le texte qui sera présenté par le Comité. Elle ne figure désormais que dans les « observations et suggestions non-retenues par le Comité consultatif constitutionnel. »²²

9- Le « Livre Rouge », tel qu'a été appelé l'avant-projet constitutionnel arrêté par le Gouvernement le 29 juillet 1958 et soumis au comité entre le 5 et le 18 août ne contenait aucune référence à l'article 66. Le Professeur WALINE ayant soumis sa proposition d'amendement le 13, on a pu faire valoir qu'il était le père de l'article 66 de la Constitution dès lors que par la suite l'avant-projet proposé au conseil interministériel le 19 août comprenait un titre III intitulé « De l'indépendance judiciaire » au sein duquel figurait un article 62 B rédigé en ces termes : *« Nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de cette règle »*.

10- Or, il ressort des documents ayant trait à l'élaboration de la Constitution et désormais rendus publics que dès le 11 août, M. DEBRÉ, alors Garde des Sceaux, avait demandé « à la direction des

¹⁹ Discours devant le Conseil d'État, 27 août 1958, M. Debré

²⁰ « *La Constitution et le pouvoir juridictionnel* », T. S. Renoux, Dalloz 2008

²¹ « *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* », Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, Dir. Didier Maus, La Documentation française, Paris

²² « *Regards sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958* », D. Maus, Op. cit

*Affaires criminelles et des Grâces de la Chancellerie d'étudier*²³ « *l'institution anglaise de l'Habeas corpus et les dispositions qui pourraient être introduites dans l'avant-projet de Constitution sur les garanties de la liberté individuelle.*²⁴ » À l'occasion d'une intervention de son fils Jean-Louis DEBRÉ, le Professeur SALLES a insisté pour que la paternité de ce texte soit dévolue à Michel DEBRÉ. Il a alors cité ses mémoires : « « [En 1958], parallèlement à la réforme judiciaire que j'ai mis en chantier, je veux qu'une affirmation solennelle à caractère constitutionnel, place très haut la responsabilité de la Justice dans la République nouvelle. Je la rédige comme suit : « 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 (...) est riche des assurances les plus sûres accordées à la dignité de la personne humaine. A côté de sa valeur éternelle, il est également important dans les circonstances que vivait alors la France et notamment pour notre comportement en Algérie » ».²⁵ Le Professeur SALLES met en évidence le fait que dès le 12 août, Michel DEBRÉ et son cabinet avait rédigé un premier projet de l'article 62 B qui disposait : « le peuple français déclare qu'aucune personne ne peut être privée de sa liberté (...) sans décision de l'autorité judiciaire compétente²⁶ ».

11- Cet article sera par la suite débattu devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, saisie dès le 21 août du projet constitutionnel pour avis.²⁷ Devant cette institution, M. DEBRÉ défendra l'article 66 comme étant « *la clef de voûte de tout régime qui prétend respecter la liberté individuelle.*²⁸ » Le Conseil d'État manifesta beaucoup de réticences vis-à-vis de ce texte qui semblait très contraint commande gouvernement.²⁹ Ainsi, en dépit de la déception exprimée par le Conseiller JANOT quant à l'introduction de l'article dans le corps même de la Constitution, il semble que la volonté des Constituants était alors ferme. En effet, « *Michel Debré ne considérait aucunement ce dispositif comme l'une de ces nombreuses proclamations de principe dont la France avait tant l'habitude.*³⁰ » Outre certaines remarques relatives à une nécessaire précision de la procédure,³¹ les débats traduisent essentiellement les craintes des membres du Conseil d'État de voir leur compétence

²³ « *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », D. Salles, cahiers du conseil constitutionnel n° 26 - août 2009

²⁴ Archives Michel Debré, 1DE309, dossier 2, chemise 1 « Habeas corpus », Note de la direction des Affaires criminelles et des Grâces, 11 août 1958

²⁵ « *Michel Debré, une certaine idée de la justice* », Intervention de Jean-Louis DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel, École Nationale de la Magistrature Le 22 décembre 2008

²⁶ « *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », D. Salles, Op. cit. se fondant sur "Archives Michel Debré, 1DE309, dossier 2, chemise 1 « Habeas corpus », Note de la direction des Affaires criminelles et des Grâces, 12 août 1958 ».

²⁷ Ibid.

²⁸ Discours devant le Conseil d'État, 27 août 1958, M. Debré

²⁹ « *Regard sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un habeas corpus à la française ?* », D. Maus, Op. cit. « *Le Gouvernement le demande* »

³⁰ « *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », D. Salles, Op. cit.

³¹ « *Regard sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un habeas corpus à la française ?* », D. Maus, Op. cit. Les conseillers CASSIN et BURNAY considéraient nécessaire de décrire précisément la procédure de comparution obligatoire devant le juge.

réduite par l'introduction de cet article 66 constitutionnellement consacré. Le Président LATOURNERIE, notamment, a pu s'émouvoir du transfert de compétence sous-jacent en matière d'internements administratifs. Si certains conseillers comme M. MARTIN analysaient l'article 66 comme visant la détention de façon générale, peu importe qu'elle soit de nature judiciaire ou administrative, d'autres, comme le vice-président R. CASSIN, considéraient que cet article n'empêchait pas une scission du contentieux, entre d'une part, la procédure qui permettrait à un individu détenu de comparaître devant un juge judiciaire afin qu'il vérifie la justification de la privation de liberté, d'autre part, le contentieux de la légalité de l'acte administratif qui le fonde.³²

12- Ces débats aboutissent à la modification de l'article initialement soumis. Tentant alors de préserver sa compétence notamment en matière d'internements administratifs, le Conseil d'État ajouta à l'occasion de son vote un troisième alinéa au texte ainsi dès lors libellé : « *l'autorité judiciaire et l'autorité administrative assurent, chacune en ce qui les concernent, le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». ³³

13- Cette modification ne sera pas retenue par les commissaires du Gouvernement qui la supprimeront. D'ailleurs, dans le projet constitutionnel définitif, ils ajouteront « *l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle [assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi]* ». ³⁴ Une rédaction qui semble être à l'initiative de M. DEBRÉ, qui aurait consacré dans ces notes l'expression de juges « *gardiens naturels des droits des individus*. ³⁵ » La volonté de M. DEBRÉ était somme toute très claire. Il n'entendait « *confier cette protection qu'au seul juge judiciaire. Car celui-ci est par essence, en vertu d'un principe prétorien consacré, le protecteur naturel et historique des droits individuels fondamentaux*. ³⁶ » D'ailleurs, il fera valoir devant le comité consultatif constitutionnel le 5 août 1958 : « (...) *Restons fidèles au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont simplement des fonctionnaires administratifs qui occupent la fonction de juge ; il ne faut pas croire à une magistrature administrative, il faut croire à des fonctionnaires administratifs libres qui exercent des fonctions judiciaires. Seule compte ici la magistrature judiciaire qui, elle seule, a le pouvoir d'envoyer des citoyens en prisons. (...)* ³⁷ » De même, le Général DE GAULLE, dans son discours de présentation du projet le 4 septembre 1958 déclarait qu'il était nécessaire « *que l'autorité judiciaire soit assurée d'indépendance et puisse ainsi rester la garante des libertés de chacun* » car « *la compétence, la dignité, l'impartialité de l'Etat en seront mieux garanties* ³⁸ »

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ « *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », D. Salles, Op. cit. se fondant sur Archives Michel Debré, 1DE305, Dossier « Assemblée générale du Conseil d'État », chemise 2

³⁶ Ibid.

³⁷ Intervention de Michel Debré devant le comité consultatif constitutionnel, 5 août 1958, in DPS II, p. 164.

³⁸ Discours de présentation du projet constitutionnel, place de la République, 4 septembre 1958

14- Par ailleurs, il faut à ce stade signaler que l'article 66 de la Constitution est souvent comparé à l'Habeas corpus anglais. Ainsi, le Professeur HOURQUEBIE analyse que ce texte reprend davantage l'esprit de ce principe anglo-saxon que ses dispositions mêmes : il « *emprunte davantage à l'esprit de l'habeas corpus anglais qu'à son texte, car ce sont des systèmes très différents*³⁹ ». ⁴⁰ Il semble que l'on puisse trouver l'origine de ce principe dans l'Antiquité. Cependant, sa transposition en Europe, et notamment en Angleterre, paraît être le fait du droit romain. Dans les compilations de Justinien, et plus précisément dans le *digeste*, on trouve la trace d'une procédure dite « *de honine libero exhibendo* » qui permettait au *praetor* romain de faire convoquer devant lui une personne qui avait été illégalement détenue - un homme libre réduit illégalement en esclavage - pour que l'on enquête sur son emprisonnement et qu'il soit libéré.⁴¹ En Angleterre, il apparaît d'abord sous une certaine forme dans la Magna carta de 1215 : Jean sans terre concédera un temps aux nobles qu' « *aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ni dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit (...)* ». ⁴² Enfin, en 1679, le leader du parti des whig parviendra à obtenir le vote de « l'Habeas corpus Act » qui institue en substance une protection contre l'arbitraire à travers une procédure très détaillée permettant à une personne détenue d'être présentée à un juge et libérée sous caution dans l'attente de son jugement « *sauf crimes graves* ». ⁴³ Cette procédure connut un certain succès auprès des philosophes des Lumières. A. EISMEIN dira de l'Habeas corpus qu'il « *présentait la forme du procès criminel la plus raisonnable que les Hommes eussent connus*⁴⁴ ».

15- L'article 66 de la Constitution contient deux alinéas. Selon le premier « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». Quant au second, il énonce que « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions posées par la loi* ». Il y a donc dans cet article à la fois une règle de fond et une règle de compétence : « *les deux articles pouvant se lire séparément même si a priori, et comme l'avaient fait valoir certains rédacteurs, le second alinéa a vocation à encadrer le premier* ». ⁴⁵ En somme, pour reprendre le Professeur LUCHAIRE, cet article a vocation à témoigner de « *l'attachement français de la doctrine libérale à*

³⁹ « *Commentaire de l'article 66 de la Constitution* », F. Hourquebie, in G. Conac, F. Luchaire, Op. cit.

⁴⁰ « *Commentaire de l'article 66 de la Constitution* », F. Hourquebie, in G. Conac, F. Luchaire et X. Prétot (dir), La Constitution de la République française. Analyses et commentaires, Economica, 3^{ème} éd., 2009, pp. 1553-1569.

⁴¹ « *Historical aspects of Habeas corpus* », St. John law review, p. 3-4

⁴² « *La Magna Carta, 800 ans de fierté anglo-saxonne* », Peter Aspden, Financial Times, In Courrier international, 04/09/2013

⁴³ « *Loi d'Habeas Corpus* », JP Maury, Université de Perpignan, digithèque MJP, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1679.htm>

⁴⁴ « *Histoire de la procédure criminelle en France du XVIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours* », A. ESMEIN, 1882

⁴⁵ « *Regard sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un habeas corpus à la française ?* », D. Maus, p. 583

*la protection judiciaire des libertés*⁴⁶ ». Dès lors, l'un ne va pas sans l'autre : la doctrine libérale commandant, en tant que corollaire de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le principe selon lequel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle et la protection judiciaire étant nécessaire pour faire sens à l'interdiction des détentions arbitraires.⁴⁷ Il est, d'une certaine manière, l'application concrète du 4^{ème} principe énoncé par la loi constitutionnelle du 3 septembre 1958.⁴⁸

16- Le premier alinéa proclame l'interdiction des détentions arbitraires. Cette interdiction est générale : contrairement aux premières propositions faites dans le cadre de l'élaboration du texte, il ne s'agit plus de viser seulement les « citoyens ». Dans la mesure où l'article commence par le pronom indéfini « nul », il ne souffre d'aucune exception. Si l'on se réfère aux définitions proposées par l'Académie française, la « détention » peut se définir comme « *le fait de détenir quelqu'un, de le garder prisonnier. Retenir quelqu'un en détention. Des otages gardés en détention* ». ⁴⁹ Quant au Littré, il définit le fait de détenir comme le fait de « *retenir quelqu'un contre sa volonté* ». ⁵⁰ Etymologiquement, le verbe détenir vient du latin *detinere*, infinitif de *detineo*, soit du préfixe *dé-* qui peut avoir pour fonction de renforcer un verbe pour marquer la plénitude, l'intensité (ex : *de-mirror* (qui signifie regarder) donne admirer) et du verbe *teneo* qui en réalité est l'association des verbes *tendo* et *tenuis* (qui signifie tendre), venant eux-mêmes du grecs *tónos* (qui désigne la tension, la corde, le ligament) qui a donné le verbe tenir à travers l'expression « tendre la main ». ⁵¹

17- Il y a donc à travers ces définitions, l'idée d'empêcher quelqu'un, de le garder contre son gré, d'avoir un contrôle sur sa personne dès lors que « on le tient » : avoir la maîtrise sur. On peut le rapprocher du verbe retenir, qui vient de *retineo*, le préfixe *re-* désignant l'idée de retour, « je le tiens à nouveau » en quelque sorte. Dans le vocabulaire juridique, la notion a toutefois une signification très précise et désigne selon le dictionnaire de G. CORNU une « *peine criminelle politique perpétuelle ou à temps consistant dans l'internement du condamné dans le quartier spécial d'une maison centrale* » qui se distingue ainsi de la réclusion criminelle, qui par opposition est définie comme « *la peine criminelle de droit commun privative de liberté*⁵² ». Au sein de l'article 66, la détention doit être comprise comme visant toutes les mesures privatives de liberté et donc

⁴⁶ « *La Constitution a 50 ans* », F. Luchaire, In. Le cinquantième anniversaire de la constitution, sous la direction de B. Mathieu, Dalloz, 2008 p. 1553

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Loi constitutionnelle du 3 septembre 1958 : « *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* ».

⁴⁹ Dictionnaire de l'Académie française (9^e édition), t. 1 (de A à Enzyme), Imprimerie nationale/Fayard, 1992,

⁵⁰ Dictionnaire de la langue française, E. Littré, Volume I, 1873

⁵¹ Dictionnaire historique de la langue française, A. REY, dictionnaire Le Robert, 4^{ème} Ed. juillet 2010 ; Voir également : <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/DETINERE/index.htm> et <https://fr.wiktionary.org/wiki/detinere>

⁵² Vocabulaire juridique, G. CORNU, 10^{ème} Ed., PUF, 2014

permettre l'application de l'article chaque fois qu'une autorité retient une personne contre son gré alors qu'elle n'y est pas autorisée.

18- En effet, l'article 66 de la Constitution vise essentiellement les détentions arbitraires. L'arbitraire se définit comme « *ce qui résulte d'un libre choix et qui ne répond à aucune nécessité logique*⁵³ » ou ce qui est « *despotique, qui n'a de règle que la volonté du prince et de ses ministres*⁵⁴ ». Il vient du latin *arbiter*, formé à partir du préfixe *ad-* qui peut signifier « selon » et du verbe *baeto* qui signifie « venir »⁵⁵ : « selon ce qui vient » en somme. Il y a donc dans l'article 66 de la Constitution une injonction faite au législateur : il doit prévoir les cas de détentions possibles. En outre, l'alinéa 2 de l'article 66 complète cette injonction en mettant en évidence l'existence de « *conditions posées par la loi.* » En définitive, le législateur, s'il édicte des mesures permettant la détention d'un individu, doit définir les conditions de cette détention afin de la rendre prévisible et que sa mise en oeuvre bénéficie d'un encadrement légal. Si toutefois le législateur doit prévoir, il est libre des motifs et des conditions. L'article dispose en effet que « *l'autorité judiciaire veille au respect de ce principe dans les conditions posées par la loi* ». Cela signifie donc bien que la loi est *a priori* parfaitement libre d'établir les hypothèses de détention qu'elle souhaite. C'est le cadre légal qui inhibe à lui seul l'arbitraire. Rappelons que ce texte ne devait pas contrarier « *les mesures prises dans le cadre des pouvoirs spéciaux en Algérie* »⁵⁶...

19- En définitive, ce premier alinéa consacre le « droit à la sûreté » défini comme la « *garantie contre les arrestations, détentions et peines arbitraires*⁵⁷» et qui jalonne toute l'histoire constitutionnelle : on le trouve aux articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 ; dans Titre Ier de la Constitution du 3 septembre 1791 consacré aux « droits naturels et civils » ; à l'article 10 de la Constitution du 24 juin 1793 ; dans les dispositions des articles 222 et 223 de la Déclaration des droits et des devoirs du citoyen du 22 août 1795 ; dans les articles 77 à 82 de la Constitution du 13 décembre 1799 ; dans les articles 60, 63, 101, 112, 119 de la Constitution du 4 août 1802 ; dans l'article 4 des Chartes du 4 juin 1814 et du 14 août 1830 ; dans l'article 2 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; dans l'article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852 et d'une certaine manière dans la Constitution du 27 octobre 1946 qui, dans son préambule, fait référence à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC).

20- Le second alinéa de l'article 66 confie la préservation de ce principe à l'autorité judiciaire qui doit veiller à son respect « *dans les conditions posées par la loi* ». La rédaction de l'article 66 peut receler une ambiguïté : s'agit-il seulement des conditions dans lesquelles une détention cesse d'être arbitraire ? Ou bien des conditions dans lesquelles l'autorité judiciaire doit intervenir ? *A priori* sans

⁵³ Dictionnaire français, Larousse, 2005

⁵⁴ Dictionnaire de la langue française, E. Littré, Volume I, 1873

⁵⁵ <https://fr.wiktionary.org/wiki/arbiter>

⁵⁶ « *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », D. Salles, Op. cit.

⁵⁷ Vocabulaire juridique, G. Cornu, 10^{ème} Ed., PUF, 2014

doute les deux : l'autorité judiciaire étant, nous l'avons dit, soumise à la loi. Par ailleurs, le texte semble très clair - et son histoire ne peut que le confirmer - sur l'exclusivité qu'il donne à la compétence judiciaire pour assurer la préservation de ce principe. La France se distingue en effet des autres pays européens par l'existence d'une dualité juridictionnelle matérialisée par l'existence de deux ordres juridictionnels dont l'histoire est très différente. À l'origine, il n'en n'existe qu'un : il s'agissait des juges, vus de façon générale comme exerçant, concomitamment au Roi, la fonction juridictionnelle. Parallèlement, dès le Moyen-âge, le Roi est assisté dans sa fonction de justicier et de gouverneur du royaume par une *curia regis*, composée par des personnages proches de ce dernier.⁵⁸

21- Cependant, l'Ancien Régime a été fortement marqué par ce que l'on appelle « l'arbitraire des Parlements » dont témoigne le célèbre adage : « *que Dieu nous garde de l'équité des Parlements.* » Ces derniers s'étaient en effet arrogés un véritable pouvoir normatif visible à la fois par la défiance qu'ils exprimaient à l'égard des lois royales, paralysant la machine monarchique en refusant de procéder à l'enregistrement⁵⁹ des réformes tout en menaçant, par mesure de rétorsion, d'une démission collective, mais aussi par la pratique des arrêts de règlement.⁶⁰

22- En 1789, les Révolutionnaires mettront un point d'honneur à soumettre les juges au respect de la loi, fruit de la souveraineté populaire. Le législateur est une entité abstraite qui seul représente la volonté du peuple et qui partant, dote la loi d'une légitimité que personne ne peut remettre en cause, sauf le peuple lui-même. Aussi, naît un véritable mouvement de défiance envers les juges. En ce sens, la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an II interdisent aux juges de connaître des affaires de l'administration, à peine de forfaiture. On soulignera que toutefois ce principe figurait déjà dans l'Édit de Saint-Germain-en-Laye du 16 février 1641, lequel avait d'ailleurs été édicté principalement pour limiter le droit de remontrance des Parlements. Cependant, les révolutionnaires de 1789 n'ont pas créé de juridictions administratives : le contentieux administratif est alors aux mains des administrateurs eux-mêmes. Une évolution est amorcée par la Constitution du 13 décembre 1799 qui institue le Conseil d'État, intervenant alors comme le spectre de l'ancien Conseil du Roi tandis que la loi du 28 pluviôse an VIII crée un Conseil de préfecture dans chaque département.⁶¹

23- Dans ce système, les recours contre les actes administratifs sont exercés devant le ministre compétent. Un appel est possible devant le chef de l'État, lequel, pour rendre sa décision, est secondé par le Conseil d'État. Peu à peu, ce dernier développera une compétence juridictionnelle à

⁵⁸ « Les origines du Conseil d'État », Histoire et patrimoine, site internet du Conseil d'État, <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/histoire-patrimoine/les-origines-du-conseil-d-etat>

⁵⁹ La procédure d'enregistrement était une procédure qui ordonnait aux Parlements et plus généralement à toutes les juridictions de publier les textes législatifs royaux à leur réception afin d'assurer leur publicité.

⁶⁰ Cours d'Histoire de la Justice, Mr le Professeur Krynen, Master I, Université Toulouse I Capitole, 2017-2018

⁶¹ Cours d'Histoire des institutions administratives, Mme la Professeur Simonian-geneste, 1ère année, Toulouse I Capitole, 2014-2015

travers cette prérogative.⁶² Ce qui fera dire à Napoléon lui-même : « *on me fait signer aveuglément des décisions délibérées dans le Conseil d'Etat sur des matières contentieuses ; je ne suis pour cela qu'une griffe*⁶³ » On parle alors « de justice-retendue ». La loi du 3 mars 1849 met un terme à ce système pour confier au Conseil d'État le soin de rendre la Justice « *au nom du peuple français* » :⁶⁴ on parle dès lors de « Justice-déléguée ». L'existence d'une dualité d'ordre juridictionnel oblige par ailleurs à la création du Tribunal des conflits.⁶⁵ Mais après le coup d'État du 2 décembre 1851, Napoléon III rétablit le système de la Justice-retendue. C'est sous la III^{ème} République, la loi du 24 mai 1872 établira le Conseil d'État, tel qu'il existe aujourd'hui, tandis que l'arrêt CADOT rendu par le Conseil d'État lui-même le 13 décembre 1889 mettra un terme à la « théorie de l'administrateur-juge » qui avait continué d'être pratiquée en parallèle.⁶⁶ Le droit administratif se caractérise par son caractère jurisprudentiel : à la différence de l'ordre judiciaire, qui applique la loi, les juridictions administratives tiennent la jurisprudence du Conseil d'Etat comme source principale du droit applicable. Cette dualité juridictionnelle figure indirectement dans la Constitution depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008,⁶⁷ qui a institué à travers l'article 61-1 de la Constitution, la possibilité de poser une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (*cf. infra*). Or, ce dernier, à l'occasion de l'examen des dispositions de la loi organique du 24 novembre 2009 relatif à l'application de l'article 61-1, énoncera « *qu'il a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution.*⁶⁸ »

24- Cette différence fondamentale entre les deux ordres, à laquelle s'ajoute une proximité historique entre le Conseil d'État, qui conserve une fonction consultative, et le pouvoir exécutif, explique que seule l'autorité judiciaire soit compétente pour préserver la sûreté de tous et de chacun. Car, au-delà de la préservation de la sûreté, l'autorité judiciaire préserve la loi.⁶⁹ Cette loi qui « *sera préparée et promulguée en des termes qui essaieront de combiner les exigences fondamentales des droits individuels et les droits de l'État et d'assurer la sécurité de la nation comme celle des citoyens* » et qui permettra « *à cet égard, [de] faire mieux encore que le droit anglo-saxon* ». ⁷⁰ L'article 34 de la Constitution lui confie le soin de régler « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». C'est aussi la volonté de consacrer

⁶² Ibid.

⁶³ « *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration* », Ed. Firmin Didot, 1833, p.192

⁶⁴ « Les origines du Conseil d'État », Histoire et patrimoine, site internet du Conseil d'État, Op. cit.

⁶⁵ Article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848

⁶⁶ Cours d'Histoire des institutions administratives, Mme la Professeur Simonian-geneste, Op. cit.

⁶⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

⁶⁸ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, cons n°3

⁶⁹ « *Le principe de judiciarité des mesures privatives de liberté* », G. Beaussonie, Les Nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles

⁷⁰ Discours devant le Conseil d'État, 27 août 1958, M. Debré

et rétablir l'indépendance de l'autorité judiciaire qui justifie cette compétence. Ainsi peut-on à nouveau citer Michel DEBRÉ : « nous avons une vieille organisation de la justice, formée au début du XIXe siècle, en réaction contre l'organisation judiciaire de l'Ancien Régime. De là vient l'idée de l'indépendance par rapport au pouvoir politique. Il y a un soupçon contre le juge, lié au pouvoir politique et à la volonté des partis.⁷¹ »

25- L'article 66 de la Constitution est ainsi profondément lié à l'article 64 qui figure dans le même titre et selon lequel : « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Rôle inédit dévolu au Président de la République, qui l'exerce conjointement avec le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), mais qui est en tout point conforme à la vision gaullienne de la figure présidentielle.⁷² Dans une décision du 9 juillet 1970, le Conseil constitutionnel fera de l'indépendance judiciaire un principe constitutionnel.⁷³ L'indépendance des magistrats justifie ainsi qu'ils bénéficient d'un statut particulier, édicté par l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature. Cette même ordonnance est le fruit de la réforme judiciaire entreprise par M. DEBRÉ lorsqu'il était garde des Sceaux et qu'il considérait comme indissociable de l'article 66.⁷⁴

26- L'indépendance, qualité revendiquée avec force par les Parlements dès le XV^e siècle,⁷⁵ est ainsi confiée à l'ensemble de l'autorité judiciaire. Pourtant demeure une difficulté résultant de l'existence d'un corps à la fois unitaire mais dont une partie, composée par les magistrats du parquet, est hiérarchisée. Le principe de la hiérarchie apparaît comme « le trait fondamental de l'organisation du ministère public⁷⁶ » La magistrature « debout » est en effet l'héritière des procureurs du Roi, chargée à l'origine de défendre les intérêts personnels du souverain, puis par la suite ceux du royaume, dès lors que le monarque est perçu comme le garant d'un intérêt général. Ainsi, « tout le problème du statut constitutionnel du parquet tient à la coexistence de deux principes antagonistes : d'une part, le principe de l'unité du corps judiciaire qui implique assimilation des règles applicables aux magistrats du siège et du parquet, d'autre part, le principe de subordination hiérarchique des magistrats du parquet qui tend au contraire à limiter l'indépendance des magistrats.⁷⁷ »

⁷¹ Ibid.

⁷² « Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire », R. Denoix De Saint Marc, Séminaire pédagogique du pôle « Administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009

⁷³ Décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, cons. n°2

⁷⁴ « Michel Debré, une certaine idée de la justice », Intervention de Jean-Louis DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel, École Nationale de la Magistrature Le 22 décembre 2008

⁷⁵ Histoire des Institutions publiques et des faits sociaux, P.C Timbal, A. Castaldo, Y. Mausen, 12^e Ed. Dalloz, 2009

⁷⁶ Institutions juridictionnelles, S. Guinchard, A. Varinard et T. Debard, 14^e éd., Dalloz, coll. « Précis » § 886, p. 980

⁷⁷ « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet en droit constitutionnel français » T. Renoux, RFDC, 1992 p. 318

27- Si de nombreuses réformes se sont succédées pour assouplir le lien de subordination existant notamment entre les magistrats du parquet et le ministre de la Justice, celui-ci conserve pour l'heure un pouvoir décisionnel et disciplinaire en la matière : les magistrats du parquet sont amovibles, - contrairement aux magistrats du siège - et leur nomination est le fait du Garde des sceaux sur avis simple du CSM. Pour autant, le Conseil constitutionnel dans une décision du 8 décembre 2017⁷⁸ a considéré que le statut des magistrats du parquet tel que fixé par l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 n'était pas contraire à l'article 64 de la Constitution. Affirmant malgré lui l'existence « d'une indépendance dépendante », sur laquelle nous reviendrons, (*cf. infra*) il reconnaît aux magistrats du parquet la qualité nécessaire pour prendre part à la sauvegarde du principe selon lequel « *nul ne peut être arbitrairement détenu* » tout en modulant leur rôle et ce, afin que les privations de liberté les plus lourdes soient de la seule compétence d'un juge du siège.

28- L'article 66 de la Constitution indique par ailleurs que l'autorité judiciaire est la « *gardienne de la liberté individuelle* ». Une expression voulue, nous l'avons vu, par le père de l'article, mais dont le sens a fait l'objet de débats. L'autorité judiciaire a été victime d'une grande défiance depuis la Révolution française. Cependant, il est nécessaire de comprendre que l'arbitraire qui lui a été reproché n'a pas toujours eu une connotation aussi péjorative. En réalité, à l'époque féodale, les villes ayant acquis une certaine autonomie vis-à-vis du seigneur ont d'abord cherché à borner l'arbitraire dont il avait pu faire preuve dans l'exécution des peines, notamment par la fixation de tarifs pénaux présents dans des chartes de privilèges. Il faut en avoir à l'esprit que l'arbitraire seigneurial était mu par un esprit de lucre : le seigneur voyait dans les peines, qui consistaient pour beaucoup en des amendes, une source de profit. À mesure que le pouvoir royal a réinvesti la Justice, pour qu'elle redevienne publique, tournée vers l'intérêt général, la peine a été perçue comme devant assurer l'ordre et la sécurité : à partir du XIII^e siècle les fondements de la répression sont distributifs et répressifs. Partant, si le choix des peines est laissé à la discrétion des juges, l'arbitraire ici institué n'a plus rien de comparable avec l'arbitraire seigneurial. Il devient au contraire un allié permettant l'adaptation de la peine aux circonstances dans lesquelles s'inscrit l'infraction.⁷⁹

29- Le Professeur d'ALTEROCHE explique l'un des traits particulier de l'Ancien droit comme résidant son caractère essentiellement circonstanciel. L'arbitraire de la peine est alors perçu comme quelque chose de positif. D'autant que, même si les Parlements prenaient énormément de libertés vis-à-vis des textes royaux, les juridictions inférieures étaient régulièrement rappelés par ces derniers au respect des usages des Cours (ce que l'on appellerait la jurisprudence) et au respect de la loi lorsque celle-ci était suffisamment précise.⁸⁰ Le juge est alors un arbitre qui interprète en fonction de l'équité commandée. Dans le même sens, par les arrêts de règlement, désormais

⁷⁸ Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet], cons n°14

⁷⁹ Cours de Mr. le Professeur d'ALTEROCHE, Histoire du droit pénal, 2018-2019, Université Paris II Panthéon-assas

⁸⁰ Ibid.

interdits par l'article 5 du Code civil, les juges palliaient les insuffisances de la loi.⁸¹ En outre, l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye d'août 1670, plaçait le recours à la question sous la surveillance des Parlements devant lesquels un appel est automatiquement interjeté.⁸²

30- Ce n'est qu'à partir du XVII^{ème} puis du XVIII^{ème} que l'arbitraire des juges revêt une connotation péjorative et où l'incertitude dans laquelle il place le justiciable apparaît insupportable. À partir de là, les idées des Lumières plaideront pour que le juge soit soumis à la loi qui devra être claire et précise. En ce sens, la Révolution française fera de lui « *la sentinelle de la loi* ». ⁸³ On constate que l'autorité judiciaire avait, malgré les reproches qui peuvent aujourd'hui lui être faits et qui souvent prévalent dans les esprits, un rôle protecteur.

31- En ce sens, dans sa thèse, le Professeur GRAVELAIS explique que « *ce sont surtout les Parlements qui assurent, à partir du début du XVIII^{ème} siècle, la sauvegarde de l'inviolabilité du domicile, notamment en exigeant une ordonnance de justice et l'existence de présomptions préalablement à la réalisation d'une perquisition, afin de préserver les personnes contre des mesures arbitraires.* ⁸⁴ » Avec une certaine continuité, le Code civil prévoit en son article 545 que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». L'article datant de 1804, il confiait d'ores et déjà à l'autorité judiciaire la compétence pour connaître des atteintes qui pouvaient être faites à la propriété, reconnue comme un droit « *inviolable et sacré* » par l'article 17 de la DDHC.⁸⁵

32- Le Professeur DESGORGES explique que les travaux du Professeur CHAPUS ⁸⁶ permettent alors de comprendre qu'à partir de ce constat, un « raisonnement analogique » a consisté à dire que si « *l'autorité judiciaire est compétente pour intervenir en cas de dépossession légale des particuliers, l'autorité judiciaire devait l'être aussi, et à plus forte raison, dans l'hypothèse d'une dépossession irrégulière* » et *a fortiori* si « *les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour sanctionner les atteintes portées par l'administration au droit fondamental qu'est le droit de propriété, pourquoi ne le seraient-elles pas également pour les autres droits fondamentaux* ». ⁸⁷ Selon le Professeur CHAPUS, la Cour de cassation, séduite par cette idée, aurait énoncé dans un

⁸¹ Cours du Professeur Krynen, Op. cit.

⁸² Cours du Professeur d'Alteroche, Op. cit.

⁸³ Cours du Professeur Krynen, Op. cit.

⁸⁴ « *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile* », I. Gravelais, Droit. Université de Bourgogne, 2013, p. 9

⁸⁵ « *Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales: le point de vue de la doctrine* », R. Desgorges, Actes du colloque organisé par l'Association des étudiants du droit public (AEDP) le 3 avril 2015 à la Faculté de droit de l'Université de Rennes 1

⁸⁶ « *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire* » R. Chapus, LGDJ, 1953, préf. M. Waline, n° 132 et 133

⁸⁷ « *Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales: le point de vue de la doctrine* », R. Desgorges, Op. cit.

arrêt du 12 février 1901 « *si les tribunaux judiciaires sont institués pour être la sauvegarde du droit de propriété, la liberté de la personne et ses accessoires sont bien plus précieux encore* ».88

33- Au-delà, le Tribunal des conflits dégagera dans l'arrêt Action française⁸⁹ la théorie de la voie de fait. Cette dernière est définie comme « *une irrégularité manifeste portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique, commise par l'administration dans l'accomplissement d'une opération matérielle d'exécution*⁹⁰ ». Le juge judiciaire est alors compétent pour constater la voie de fait et en tirer les conséquences en ordonnant sa cessation voire sa réparation. La jurisprudence fait état de nombreuses libertés ayant fait l'objet d'une voie de fait⁹¹ : atteinte à la liberté de culte,⁹² atteinte à la liberté de la presse⁹³, atteinte à l'intimité du domicile,⁹⁴ atteinte à la liberté de correspondance⁹⁵ atteinte au droit aux concessionnaires de terrains dans les cimetières,⁹⁶ atteinte à la liberté d'association,⁹⁷ atteinte à la liberté d'aller et venir...⁹⁸

34- Il n'y a donc point de doute quant au rôle historique de l'autorité judiciaire dans la préservation des libertés fondamentales. Toute la question porte cependant sur le sens qu'il faut donner « à la liberté individuelle » conjuguée au singulier. La liberté individuelle en tant que telle, et non pas les libertés individuelles, a une acception très précise posée notamment par la loi du 7 février 1933. Cette loi est fondamentale car mue par le souci d'offrir aux citoyens des garanties contre les détentions et arrestations arbitraires. Le Professeur SALAMA cite dans sa thèse un extrait du rapport de Paul MEUNIER à la chambre : « *[la liberté individuelle] doit être assurée par les garanties les plus complètes, les plus sérieuses et les plus efficaces possibles* »⁹⁹. Elle explique que : « *depuis fort longtemps des mesures étaient réclamées dans le but de garantir la liberté individuelle vis à vis du juge d'instruction, du ministère public, des officiers \ de police judiciaire. Mettre les particuliers à l'abri des détentions arbitraires, empêcher le maintien indéfini des prévenus en prison, éviter les abus et les indiscretions dans les opérations d'instruction, organiser sérieusement et efficacement la responsabilité de l'Etat et des juges; telles sont les réformes qui s'imposaient au*

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Tribunal des conflits, Action française, 8 avril 1935, n° 00822

⁹⁰ Vocabulaire juridique, G. Cornu, Op. cit.

⁹¹ Énumération prise sur le site jurispecta dans l'article « la voie de fait », [http://fr.jurispecta.org/index.php/Voie_de_fait_en_droit_administratif_\(fr\)](http://fr.jurispecta.org/index.php/Voie_de_fait_en_droit_administratif_(fr))

⁹² Tribunal des conflits Curé de Réalmont, 4 juillet 1934 Rec. p. 1247

⁹³ Tribunal des conflits, Action française Op. cit.

⁹⁴ Tribunal des conflits, Capitaine Guignon, 27 juin 1966, N° 01889

⁹⁵ Tribunal des conflits, Randon, 10 décembre 1956, Rec. p. 592

⁹⁶ Tribunal des conflits, Commune de Saint-Just-Chaleyssin, 25 novembre 1963

⁹⁷ 1ère Civ. Commune de Bou Guenais, 24 octobre 1977, N°: 76-12674 / 76-12675

⁹⁸ Tribunal des conflits, Eucat, 9 juin 1986, requête numéro 02434

⁹⁹ Rapport de Mr. P. Meunier à la Chambre, 27 novembre 1918, n°5.318

législateur.¹⁰⁰ » Cette loi a eu pour principal effet de doter les citoyens de garanties supplémentaires dans le cadre d'une procédure pénale et surtout, elle a abrogé l'ancien article 10 du Code de l'instruction criminelle qui donnait pouvoir aux préfets d'arrêter, saisir les correspondances et maintenir en prison les personnes à l'égard desquelles la mesure leur paraissait justifiée.¹⁰¹ Si l'on s'en tient à cette première acception, la référence à la liberté individuelle serait une simple redondance, une clause de style se confondant avec le premier alinéa de l'article 66.

35- Pour autant, on pourrait comprendre la liberté individuelle dans un sens plus large dès lors qu'historiquement, nous l'avons vu, l'autorité judiciaire a eu un rôle central dans la préservation des libertés individuelles. Il faudrait alors comprendre la liberté individuelle comme un ensemble de droits qui offre à tout individu des garanties contre l'État : l'ensemble des garanties lui permettant de se parer « *contre l'oppression de ceux qui gouvernent* ». ¹⁰² Le doute est d'autant plus permis que l'article 66 est une disposition qui découle du point quatre de la loi constitutionnelle, selon lequel l'autorité judiciaire doit 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* ».

36- Il semble que l'on puisse déduire des travaux ayant conduit à la rédaction de l'article 66 de la Constitution que la volonté des Constituant était de conférer un rôle déterminant à l'autorité judiciaire en tant que rempart contre les atteintes à la liberté individuelle, comme correspondant à la préservation contre toutes détentions arbitraires. Cependant, en rappelant que « *l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle* », on ne peut s'empêcher de penser, eu égard aux notes de M. DEBRÉ lui-même, qui parlait des « *gardiens naturels des droits des individus* » pour désigner les juges, que le constituant a par la même sacralisé le rôle historique et naturel de l'autorité judiciaire dans la préservation des libertés. Aussi bien en 1958, la prévalence donnée à l'autorité judiciaire dans la sauvegarde des libertés publiques apparaît évidente : les atteintes les plus fortes pouvant être faites aux libertés individuelles commandaient son intervention y compris en matière administrative (*cf. supra*).

37- Aussi, l'interprétation qu'il faut donner à ce texte n'est plus laissée à la seule diligence du législateur. La Constitution de 1958 crée un Conseil constitutionnel doté de compétences lui permettant d'apprécier, à l'occasion d'un contrôle *a priori*, si la loi édictée ne méconnaît pas le domaine de compétence du législateur tel qu'institué par l'article 34 de la Constitution. Il apparaît comme un véritable coup porté aux parlementaires. M. DEBRÉ dira lui-même qu'il est « *une arme contre la déviation du régime parlementaire*¹⁰³ ». À l'origine donc, bien que signant la fin d'une tradition légiscentriste, le Conseil constitutionnel n'avait qu'une compétence restreinte, le corps de

¹⁰⁰ « *La loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle* », D. SALAMA, Paris, Ed. A. Pedone, 1934

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1793 op. Cit.

¹⁰³ « *Une sociologue au Conseil constitutionnel* », D. Schnapper, Éd. Gallimard, 11 mars 2009.

la Constitution de 1958 étant essentiellement composé de dispositions visant à régir les rapports entre les différents organes de l'appareil étatique. Cependant, dans deux décisions du 16 juillet 1971¹⁰⁴ et du 27 décembre 1973,¹⁰⁵ le Conseil constitutionnel décide d'intégrer aux dispositions constitutionnelles vis-à-vis desquelles il exerce son contrôle le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Partant, il s'arrogeait une compétence pour apprécier les lois qui lui étaient déférées à l'aune des droits et libertés fondamentaux « consacrés » par ces deux textes. Depuis, son office n'a cessé de s'étendre, d'abord par la loi constitutionnelle du 24 octobre 1974 qui a permis sa saisine par 60 députés ou 60 sénateurs, alors que seuls le Président de la République, le Premier ministre et les Présidents de deux Assemblées pouvaient le saisir à l'origine.¹⁰⁶ Ensuite, parce que la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un article 61-1 permettant à tout justiciable de soulever à l'occasion d'un litige une question prioritaire de constitutionnalité tendant à faire valoir l'inconstitutionnalité d'une loi au regard « *des droits et libertés que la Constitution garantit* ». Cette révision constitutionnelle est de taille : elle sacre l'existence d'une juridiction qui sera dotée du pouvoir d'abroger une loi qui ne serait pas conforme aux libertés garanties constitutionnellement.

38- Certains juristes ont vu cette évolution bénéfique parce qu'elle permettrait une protection optimale des droits fondamentaux. D'autres ont été plus sceptiques. En somme, comme le fait valoir le Professeur LOCHAK : « *il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration des droits de l'homme de 1789, conçue déjà à l'époque comme un simple rappel du droit naturel, le Préambule de la Constitution de 1946 qui est le fruit d'un compromis politique, ou ces fameuses « lois de la République » dont on ne sait au juste ce qu'elles recouvrent ni ce qui, en elles, est fondamental, donc immuable, et ce qui ne l'est pas.*¹⁰⁷ » Les droits et libertés consacrés dans les textes désormais partis au bloc constitutionnel sont dépourvus de tout pouvoir normatif faute d'être suffisamment précis. Ainsi, la seule façon pour le Conseil constitutionnel d'opérer « un contrôle » entre une norme déclarant un principe et des dispositions très précises suppose, sous couvert d'interprétations, la création de principes dont lui-seul est l'instigateur. Ainsi peut-on citer le Professeur CONTE : « *la distance entre la norme constitutionnelle invoquée et celle prétendument contrôlée est telle qu'elle ne peut être comblée que par la règle, bref la norme, que le Conseil crée lui-même de toutes pièces pour parvenir à les relier entre elles.*¹⁰⁸ » Les déclarations de droit auxquelles il se réfère

¹⁰⁴ Décision n°7144 DC du 16 juillet 1971, Conseil constitutionnel, Cons. n°2 « *Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association* »

¹⁰⁵ Décision n°7351 DC du 27 décembre 1973, Conseil constitutionnel, Cons n°2 « *qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* »

¹⁰⁶ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution

¹⁰⁷ « *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés?* », D. Lochak, <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01659362/document>

¹⁰⁸ « *La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel (Hommage tout en nuances à la science infuse des omniscients*)* », P. Conte, http://juspoliticum.com/uploads/jp20-21-t06_conte.pdf

sont « *des dispositions ambiguës, vagues, parfois contradictoires, dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application.*¹⁰⁹ » En outre, par sa composition, le Conseil constitutionnel fait craindre, au-delà d'un gouvernement des juges, l'immixtion d'orientations purement politiciennes.

39- Naturellement, le Conseil constitutionnel a dû connaître du sens à donner à l'article 66 de la Constitution et au-delà, au respect des exigences qu'il semble poser. L'enjeu est de taille. Si le Conseil constitutionnel est le protecteur des libertés individuelles, son rôle est sans doute de militer, à travers l'article 66 de la Constitution qui lui en donne l'occasion, contre une tendance actuelle donnant son aval à toutes les mesures les plus coercitives justifiées par le « besoin d'ordre et la sécurité » qui paraît primer sur la liberté.

40- À l'origine, il y a un droit à la sûreté et un principe : l'interdiction est l'exception, la liberté est le principe. MONTESQUIEU faisait valoir que « *la liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de la sûreté. Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées : c'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté des citoyens*¹¹⁰ ». Il est en ce sens préoccupant de constater différents mouvements allant sensiblement dans le même sens : la répression justifiée par la prévention. Ainsi constate-t-on d'abord, l'utilisation du droit pénal pour sanctionner des comportements vecteurs d'un « risque » de trouble à l'ordre public, fût-il parfois hypothétique. Ensuite, « *la peine après la peine*¹¹¹ », introduite par la loi du 25 février 2008,¹¹² laquelle rend possible l'internement d'un individu condamné en raison de sa « dangerosité ». Le Professeur LAZERGES cite ici le Doyen CARBONNIER : « *les modernes ont mis en forme criminologique cette méfiance ancestrale, et c'est la théorie de l'état dangereux : le menu fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile*¹¹³ ». Et puis, « *la peine avant la peine*¹¹⁴ », par des mesures de police administrative qui se multiplient, deviennent de plus en plus coercitives, « *ayant même trouvé un carcan adapté en la création – par l'ordonnance n° 2012- 351 du 12 mars 2012 – puis le développement – notamment par l'entremise de la loi du 24 juillet 2015 – du Code de la sécurité intérieure*¹¹⁵ » Cet accroissement va d'ailleurs - curieusement - de pair avec l'ascension du juge administratif en tant que juge qui, apparemment doté de l'indépendance nécessaire, deviendrait lui aussi le gardien des droits et libertés fondamentaux.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ « *De l'esprit des lois* », Montesquieu, livre XII, chap. II, In Oeuvres complètes, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1951, p. 431

¹¹¹ Expression empruntée à C. Lazerges, « *Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme* », RSC 2018. 753

¹¹² Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

¹¹³ « *De peu, de tout et de rien* », J. Carbonnier, In. *Mélanges Rodière*, 1982, p. 47

¹¹⁴ « *Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme* », C. Lazerges, Op. cit.

¹¹⁵ « *Le principe de judicialité des mesures privatives de liberté, Les Nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles* », G. Beaussonie, p. 7 : http://publications.ut-capitole.fr/23140/1/Beaussonie_23140.pdf

41- Comme le font remarquer les Professeurs DELMAS-MARTY et LAZERGES, on assiste à un « *glissement sémantique* » du droit à la sûreté vers le droit à la sécurité « *lourd de conséquences (...) [puisqu'il s'opère] au détriment du droit à la sûreté* ». ¹¹⁶ En somme, « *le mythe sécuritaire (...) marque (...) une rupture philosophique contraire à l'idée même d'indétermination ; donc de liberté individuelle, qui fonde le processus d'humanisation inscrit au cœur de l'État de droit* ¹¹⁷ ».

42- Dans ce contexte, la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet-elle à l'article 66 de la Constitution d'assurer une pleine protection de la liberté individuelle dont la sauvegarde incombe à l'autorité judiciaire ?

43- L'acception restrictive donnée par le Conseil constitutionnel au principe posé par l'article 66 de la Constitution semble permettre une nouvelle répartition des compétences au sein de laquelle le juge administratif à une place croissante (I) tandis que l'autorité judiciaire ne semble garder que les apparences (II)

¹¹⁶ « *Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme* », C. Lazerges, Op. cit.

¹¹⁷ « *Liberté et sûreté dans un État dangereux* », M. Delmas-Marty, Col. la couleur des idées, Ed. Seuil, 02/2010

I) L'appréhension restrictive de la liberté individuelle comme fondement d'une conception étroite des domaines d'intervention de l'autorité judiciaire

44- La définition de la liberté individuelle au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fait l'objet d'une évolution largement remarquée et allant dans le sens d'une interprétation très restrictive (A). Il en résultait un partage des compétences entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative en matière de droits et libertés fondamentaux qui en dehors de la stricte mise en oeuvre du droit pénal relègue le rôle de la première à une intervention parcimonieuse (B).

A) La définition de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

45- Après avoir adopté une conception extensive de la notion de liberté individuelle (a), le Conseil constitutionnel s'attachait à en restreindre la portée (b).

a) La conception extensive de la liberté individuelle par le Conseil Constitutionnel

46- L'article 66 de la Constitution française dispose que « *Nul n'est arbitrairement détenu, l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Nous l'avons dit, cet article semble renfermer une double exigence : la première tenant en une injonction faite au législateur de déterminer les conditions permettant d'ôter à la détention toute dimension arbitraire, la seconde exigeant qu'il appartienne à l'autorité judiciaire de veiller à ce que ces conditions soient satisfaites afin de prévenir l'existence de détentions illégitimes. Au-delà, se pose la question de la portée que l'on doit accorder à l'expression employée par le Constituant de 1958 lorsque celui-ci souligne que l'autorité judiciaire est « *la gardienne de la liberté individuelle* ».

47- Deux acceptions pouvaient être envisagées : soit, la notion de liberté individuelle est le synonyme du droit à la sûreté, défini comme la « *sûreté garantissant les personnes qui résulte de ce que nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et selon les formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant d'autres juges que ses juges naturels, désignés par la loi* »¹¹⁸ rejoignant ainsi une définition inscrite dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 en son article 7¹¹⁹ ou encore dans la Constitution du 3 septembre 1791¹²⁰. Dans cette hypothèse, et comme le soulignait D.

¹¹⁸ Vocabulaire juridique, Gérard CORNU, 10^{ème} édition, Ed. Presse universitaire de France

¹¹⁹ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789, article 7 « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.* » <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>

¹²⁰ Titre I^{er} de la Constitution de 1791 « *La Constitution garantit pareillement, comme droits naturels et civils : La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution ;* » <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>

ROUSSEAU, « *la seconde partie de l'article 66 [devait s'interpréter] comme la simple reproduction obligée d'une règle passée, comme une clause de style ou même un mythe* »¹²¹. Ou bien alors, on peut imaginer que la liberté individuelle reçoive une définition plus large, dépassant la dimension stricte du droit à la sûreté et emportant une « *conception englobante* »¹²². La liberté individuelle ne serait qu'une forme de libertés publiques que l'on devrait distinguer des libertés collectives (telle est d'ailleurs la présentation choisie le Professeur Jean MORANGE¹²³). Elle recouvrirait l'ensemble des prérogatives garanties à l'individu contre l'État, l'ensemble des garanties lui permettant de se parer « *contre l'oppression de ceux qui gouvernent* »¹²⁴. La liberté individuelle, bien que désignée au singulier dans l'article 66 de la Constitution, aurait alors un caractère polymorphe conforme à une définition proposée par le Dictionnaire juridique de Gérard CORNU selon lequel elle est le « *droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher* »¹²⁵.

48- En reconnaissant que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹²⁶ et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹²⁷ entraînent dans le bloc de constitutionnalité, la fonction endossée par le Conseil constitutionnel se muait en « *une fonction nouvelle et essentielle de garant des droits et libertés fondamentaux [dès lors] constitutionnellement reconnus* »¹²⁸. Il lui appartenait dès lors de procéder à un contrôle de la loi à l'aune des droits et libertés fondamentaux. On comprend dès lors que le Conseil ait pu user de l'article 66 de la Constitution : celui-ci bénéficiait d'une légitimité supplémentaire puisqu'étant directement intégré dans le corps même de la Constitution de 1958 (cf supra). Comme le souligne le Professeur FINES, « *jusqu'alors l'opinion dominante n'accordait à l'article 66 al 2 qu'une simple valeur législative.*»¹²⁹ Il lui appartenait cependant de régler la question de la portée normative de cet article en choisissant quelle dimension accorder à la notion de liberté individuelle.

¹²¹ Droit du contentieux constitutionnel, D. ROUSSEAU, 9^{ème} Édition, Domat-Monchrestien

¹²² Droits fondamentaux et libertés publiques, X. BIOY, 4^{ème} Edition, L.G.D.J

¹²³ Les libertés publiques, Jean MORANGE, Que-sais je ? 8^{ème} Ed. 1979

¹²⁴ Article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1793 op. Cit.

¹²⁵ Dictionnaire juridique de Gérard CORNU, Op. Cit.

¹²⁶ Décision n°7144 DC du 16 juillet 1971, Conseil constitutionnel, Cons. n°2 « *Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association* »

¹²⁷ Décision n°7351 DC du 27 décembre 1973, Conseil constitutionnel, Cons n°2 « *qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* »

¹²⁸ La Constitution et le pouvoir juridictionnel, Thierry S. RENOUX, De l'article 64 de la Constitution et de l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la Justice, in Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Dalloz, 2008, pp. 293-309.

¹²⁹ « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* », Francinette FINES, RFDA, 1994 . 594

49- L'occasion lui fût donnée au terme d'un contrôle exercé sur la « *loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* » à l'occasion duquel il fit de l'article 66 une norme de contrôle. Ainsi, dans une décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, le Conseil constitutionnel considérait que « *la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 ;* » et « *que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire* »¹³⁰. Dès lors, « *L'hésitation n'est plus aujourd'hui permise ; ce principe a valeur constitutionnelle depuis la décision du 12 janvier 1977* »¹³¹. Il faisait donc de la protection de la liberté individuelle un principe fondamental reconnu par les lois de la République « confirmé » par l'article 66 de la Constitution lequel en avait confié la garde à l'autorité judiciaire. En somme, la formule n'est peut-être pas anodine. Le fait d'ériger la liberté individuelle comme étant un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) pourrait tendre à souligner l'antériorité de sa protection par les lois de la III^{ème} République et notamment par la loi du 7 février 1933 qui confie la liberté individuelle entendu comme étant « *le droit d'aller, de rester, sans pouvoir être arrêté ni détenu* » - donc comme intégrant la liberté d'aller et de venir - à l'autorité judiciaire tout en faisant de l'inviolabilité du domicile un principe complémentaire.¹³² La Constitution du 3 septembre 1791 ne prévoyait-elle pas qu'« *aucun agent de la force publique ne peut entrer dans la maison d'un citoyen, si ce n'est pour l'exécution des mandements de police et de justice, ou dans les cas formellement prévus par la loi* » ?¹³³ Deux principes doivent alors être retenus de cette décision : la liberté individuelle a une assise constitutionnelle et l'autorité judiciaire est compétente pour en assurer la garde.

50- Le doute était encore largement permis s'agissant de l'acception conférée à la notion de liberté individuelle. S'agissait-il d'une conception très étroite ? N'englobant que la privation de liberté ?¹³⁴ Certes, non : la teneur de la norme contrôlée empêchait toute interprétation de la liberté individuelle comme ne recouvrant que des cas d'arrestations et de détentions puisque les mesures consistaient en des fouilles de véhicules. Mais à ce stade, les affirmations du Conseil ne permettent pas de distinguer exactement la conception choisie. Il pouvait parfaitement s'agir d'une conception qui aujourd'hui serait jugée étroite, et pourtant conforme à la loi de 1933, interprétation permise dès lors que le Conseil préfère ériger ce principe constitutionnel en passant par l'édiction d'un PFRLR. En pareil cas, la notion et la protection de la liberté individuelle pourrait correspondre à la liberté d'aller et de venir, à l'arrestation et à la détention, à l'inviolabilité du domicile dans les domaines limitativement énumérés par l'article 136 du Code de procédure pénale, ancien article 110 du Code

¹³⁰ Décision n°7675 DC du 12 janvier 1977, Conseil constitutionnel, Cons n°1 et 2

¹³¹ Droit du contentieux constitutionnel, D. ROUSSEAU, op. cit.

¹³² Les garanties de la liberté individuelle, analyse et commentaire des dispositions législatives concernant la Liberté individuelle, en particulier la loi du 7 février 1933, Odet DENYS, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 7

¹³³ Article 9 de la Constitution du 3 septembre 1791

¹³⁴ Cf. infra p. 10

de l'instruction criminelle auquel la loi de 1933 avait donné naissance. En d'autres termes, la protection de cette acception de la liberté individuelle - certes plus large - n'appartiendrait à l'autorité judiciaire que dans l'hypothèse où des mesures potentiellement attentatoires sont mises en oeuvre dans un but répressif.¹³⁵

51- Pour autant, il pouvait aussi avoir adopté une conception large dont le soubassement était constitué par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 selon laquelle « 4° *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 ;* »¹³⁶. Selon Bertrand LOUVEL en effet, cette loi « *éclaire le sens de la rédaction retenue du projet de nouvelle constitution* »¹³⁷. En outre, la question était d'autant plus permise que certains auteurs concèdent qu'à l'époque, le Conseil constitutionnel n'opérait pas de distinction entre le bloc de constitutionnalité et les PFRLR...¹³⁸

52- Dans la décision précitée, le Conseil constate que « *le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de donner aux officiers de police judiciaire ou, sur ordre de ceux-ci, aux agents de police judiciaire, le pouvoir de procéder à la visite de tout véhicule ou de son contenu aux seules conditions que ce véhicule se trouve sur une voie ouverte à la circulation publique et que cette visite ait lieu en la présence du propriétaire ou du conducteur ;* »¹³⁹

53- Ainsi, « *sous réserve que soient remplies les deux conditions ci-dessus rappelées, les pouvoirs attribués par cette disposition aux officiers de police judiciaire et aux agents agissant sur l'ordre de ceux-ci pourraient s'exercer, sans restriction, dans tous les cas, en dehors de la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre*

¹³⁵ Article 136 du Code de procédure pénale lequel dispose « *L'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt, d'arrêt et de recherche peut donner lieu à des sanctions disciplinaires contre le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le procureur de la République.*

Ces dispositions sont étendues, sauf application de peines plus graves, s'il y a lieu, à toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les articles 56, 57, 59, 96, 97, 138 et 139.

Dans les cas visés aux deux alinéas précédents et dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents.

Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents. »

¹³⁶ Loi Constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution et prévoyant un référendum, JORF 4 juin 1958

¹³⁷ L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ?, B. LOUVEL, Discours du 2 février 2016

¹³⁸ Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, GAÏA, GHEVONTIAN, ROUX, OLIVA, MELIN-SOUCRAMANIEN, 8^{ème} Ed., Dalloz, p. 435

¹³⁹ Décision du 12 janvier 1977, Op. Cit. Cons n°3

public ; »¹⁴⁰ de sorte « qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; que, par suite, il n'est pas conforme à la Constitution »¹⁴¹.

54- Cette décision a été perçue par l'immense majorité de la doctrine comme constituant le point de départ d'une jurisprudence consacrant une interprétation extensive de la liberté individuelle. Il est vrai que sans aller jusqu'à voir dans la liberté individuelle « l'ensemble des prérogatives que détient un individu contre l'État », le Conseil constitutionnel se servait de l'article 66 à propos d'une mesure de contrôle et de fouilles susceptible de porter atteinte à la liberté d'aller et de venir voire au secret des correspondances et pourquoi pas à l'inviolabilité du domicile. Ce dernier point reste toutefois contredit par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui n'assimile pas un véhicule à un domicile.¹⁴² D'ailleurs, certains auteurs déduiront de cette décision, non pas la consécration par le Conseil constitutionnel de l'inviolabilité du domicile, mais celle du respect de la vie privée. Le véhicule ayant été alors désigné comme « *le siège temporaire de la vie privée, familiale ou non* »¹⁴³ ou encore « *le siège en mouvement de la vie privée* »¹⁴⁴.

55- Si la liberté individuelle semblait recevoir une définition équipollente à celle de la loi du 7 février 1933, il n'était pas traduit de manière explicite un détachement des prérogatives de l'autorité judiciaire du domaine strictement judiciaire. Cependant, une certaine lecture de la décision semble aller dans le sens d'un détachement et par conséquent confier à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle y compris en matière administrative. La décision fait valoir que le régime ici institué pourra être mis en place alors qu'aucune infraction n'est constituée et alors même que la loi ne fait pas apparaître précisément un objectif de prévention, point sur lequel le Conseil constitutionnel ne dit mot. On pourrait alors en déduire une compétence de l'autorité judiciaire dès lors que la loi était prévue afin de rechercher mais aussi de prévenir les infractions : si la compétence administrative avait été reconnue, une précision quant à cette implication aurait été bienvenue. En ce sens, si le Conseil reproche au législateur de ne pas avoir précisé « la nature » des pouvoirs confiés aux officiers de police judiciaire, il n'en déduit pas l'incompétence de l'autorité judiciaire. Si à ce stade, la prudence reste de mise dès lors que le Conseil reproche à la loi l'absence de garanties précises et strictement délimitées, la jurisprudence postérieure du Conseil constitutionnel confirmera cette première impression.

¹⁴⁰ Op. Cit. Cons. n°4

¹⁴¹ Op. cit. Cons. n°5

¹⁴² Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 septembre 1933, DP 1937, 1.40. note G.L.

¹⁴³ Note sous la décision du 12 janvier 1977, Pierre JOXE et autres, Recueil Dalloz, 1978, 13ème cahier, p. 125

¹⁴⁴ La protection de la vie privée par le droit, P. Kayser, Protection du secret de la vie privée, préf. H. Mazeaud, 3e éd., 1995, In Economica, n° 265

56- En effet, dans une décision du 29 décembre 1983, le Conseil constitutionnel, statuant alors à propos de la conformité de dispositions autorisant des agents spécialement habilités de l'administration fiscale à « *procéder, assistés d'un officier de police judiciaire, à des investigations comportant des perquisitions et des saisies pour la recherche des infractions en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires* »¹⁴⁵ (sous certaines conditions), rattachait lesdites mesures à l'article 66 de la Constitution, et partant, en déduisait que ledit article confiait à l'autorité judiciaire « *la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment l'inviolabilité du domicile* ». ¹⁴⁶ De façon plus explicite, il a pu affirmer que « *la protection de cette liberté rend nécessaire l'intervention de l'autorité judiciaire lorsque peut être mise en cause l'inviolabilité du domicile de toute personne habitant le territoire de la République* »¹⁴⁷. Le Conseil rattachait alors explicitement l'inviolabilité du domicile à la liberté individuelle, confirmant une conception plurielle de cette dernière¹⁴⁸ sans toutefois résoudre la question tenant aux conséquences de cette définition dans la détermination des compétences. Toute juste peut-on citer la décision du 20 janvier 1981 statuant sur la loi dite sécurité et liberté, dans laquelle il avait considéré que le transfert de mesures ressortissant de la police administrative vers la police judiciaire était possible dès lors que « *ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle* », ¹⁴⁹ constatant ainsi une faculté offerte au législateur (cf infra).

57- Les décisions postérieures du Conseil constitutionnel iront dans le sens d'un élargissement de la liberté individuelle. Dans une décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel rattache à la liberté individuelle la liberté de mariage ainsi que la protection des données personnelles sans pour autant les fonder explicitement sur l'article 66.¹⁵⁰ De façon plus nuancée, il fera valoir que le non-respect de la vie privée « *peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* » dans une décision du 18 janvier 1995,¹⁵¹ supposant implicitement que ce n'est que dans certaines hypothèses que la mesure entre dans le champ d'application de l'article 66 et partant, appelle l'intervention de l'autorité judiciaire.

58- Plus difficile est la traduction d'un rattachement de la liberté d'aller et de venir à la liberté individuelle. En effet, la liberté d'aller et de venir a d'abord été conçue comme un principe

¹⁴⁵ Décision n°83164 DC du 29 décembre 1983, loi des finances pour 1924, Conseil constitutionnel, cons n°24

¹⁴⁶ Op. cit. Cons n°28

¹⁴⁷ Décision du n°90-281 DC 27 décembre 1990, Conseil constitutionnel, cons n°8

¹⁴⁸ Qu'il réaffirme dans plusieurs décisions : Conseil constitutionnel, n°90-281 DC 27 décembre 1990 cons n°8 ou encore n°97-389 22 avril 1997 cons n°17 « *qu'il appartient au législateur d'assurer d'une part, la conciliation entre cet objectif à valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile (...)* »

¹⁴⁹ Décision DC n°86-224 du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Conseil constitutionnel, cons n°15

¹⁵⁰ Décision DC n°93-325 du 13 août 1993, Conseil constitutionnel, cons n°107

¹⁵¹ Décision DC n°94-352 du 18 janvier 1995, Conseil constitutionnel, cons n°3

fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil.¹⁵² Or, beaucoup d'auteurs ont considéré par la suite que dans une décision du 25 février 1992¹⁵³, le Conseil constitutionnel rattachait la liberté d'aller et de venir à l'article 66 de la Constitution.¹⁵⁴ Il est vrai que dans son considérant n°13, le Conseil semble distinguer la privation de la liberté d'aller et de venir et sa restriction mais les rattache toutes deux à l'article 66 qui en confie la garde à l'autorité judiciaire puisqu'il fait valoir que « *le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle* » et « *qu'il a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté* » . À ce stade, nous sommes enclins à comprendre que l'autorité judiciaire doit intervenir en matière de privation comme en matière de restriction mais que cette intervention peut être modulée différemment par le législateur. Pareil rattachement aurait alors commandé que toute entrave à la liberté d'aller et de venir impose l'intervention de l'autorité judiciaire. La suite de cette décision ne semble pourtant pas aller tout-à-fait dans ce sens. En effet, il apparaît que ce sont le degré de contrainte et la durée du maintien de l'étranger en zone de transit qui affectent « *la liberté de la personne au sens de l'article 66* ». Dès lors, si le maintien de l'étranger en zone de transit peut être le fait de l'autorité administrative, le législateur doit prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire.

59- Selon cette décision, si la liberté d'aller et de venir se rattache bien à l'article 66 de la Constitution, ce n'est que dans l'hypothèse où le degré de contrainte et la durée de la mesure portent une certaine atteinte à la liberté d'aller et de venir que le pouvoir judiciaire doit intervenir. Deux interprétations sont alors possibles : ou bien existe une dissension entre ce qui constitue la liberté individuelle et la compétence de l'autorité judiciaire, alors même que l'article 66 de la Constitution semble lier l'une et l'autre ; ou bien la liberté individuelle connaît une définition élargie mais dans le sens où une atteinte forte à chacune des libertés rattachées à l'article 66 par le Conseil est susceptible de toucher la liberté individuelle. Cette dernière interprétation, défendue par le Professeur FINES¹⁵⁵ pour qui « *la liberté individuelle est bien concernée par la sûreté, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'aller et venir, et la protection de la vie privée* » tout en précisant « *que le Conseil constitutionnel n'a pas entendu viser la totalité des atteintes à ces domaines dont ils sont susceptibles de faire l'objet* »,¹⁵⁶ est séduisante. Elle semble résoudre les raisons appelant le Conseil à constater pour exemple que telle mesure « *peut être de nature à atteindre* » le respect à la vie privée. Cependant, elle fait de la liberté individuelle, notion pourtant bien présente dans de nombreux textes constitutionnels qui jalonnent notre Histoire, une notion

¹⁵² Décision DC n°79-107 du 12 juillet 1979, Conseil constitutionnel, cons n°3

¹⁵³ Décision DC n°92-307 du 25 février 1992, Conseil constitutionnel, cons n°13

¹⁵⁴ Y compris des auteurs qui n'y sont pas favorables, pour exemple, « Liberté individuelle et Constitution : quels principes pour quels juges ? », G. DRAGO, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves Mayaud, p. 531

¹⁵⁵ « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* », Francinette FINES, RFDA, 1994 . 594

¹⁵⁶ « *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile* », Isabelle Gravelais, Droit. Université de Bourgogne, 2013, p. 454

« carrefour », destinée à n'être mise en cause que lorsque le juge constitutionnel considère que « le degré de contrainte » est suffisant pour constituer une atteinte. Comment pourtant pouvoir juger de la présence d'une atteinte à quelque chose que personne ne définit jamais ? N'était-il pas plus juste de voir dans la liberté individuelle les mêmes versants que ceux qui avaient guidé le législateur pour l'adoption de la loi du 7 février 1933 ? Et de les reconnaître comme transcendant une certaine idée du dualisme juridictionnel ? Il ne faut pas se méprendre. L'article 66 de la Constitution a pendant un temps constitué pour le Conseil une assise constitutionnelle faite de mieux. Ainsi, dans de nombreuses décisions, le rattachement de telle ou telle liberté à ce fondement n'emporte pas *ipso facto* la compétence judiciaire, alors même que l'article lie le fond à la compétence.

60- Pour sortir de ce qu'il a considéré comme étant une impasse, le Conseil constitutionnel s'est attaché à donner à la notion de liberté individuelle telle que désignée par l'article 66 une conception très stricte.

b) La conception restrictive de la liberté individuelle par le Conseil Constitutionnel

61- Si la jurisprudence conférant à la liberté individuelle une dimension large s'est parfois trouvée amphigourique, à partir de 1998 elle va se trouver nettement plus claire. Ainsi, dans une décision du 29 décembre 1998, le Conseil dissocie la liberté individuelle et le respect de la vie privée en désignant les mesures édictées par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés comme protectrices de ces deux éléments.¹⁵⁷ Il est vrai cependant, comme nous l'avons dit, que le rattachement initial de la vie privée à la liberté individuelle a toujours semblé tributaire « *des méconnaissances graves* » faites à la première,¹⁵⁸ de sorte que cette décision n'apparaît pas si surprenante. En revanche, il est certain que celle-ci a initié une série de décisions emportant déposition de l'autorité judiciaire alors même que des mesures individuelles pouvaient être décidées par les nouvelles « autorités administratives indépendantes ». Ainsi, dans une décision du 23 juillet 1999, le Conseil rattacherait explicitement le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen,¹⁵⁹ voire aux articles 2 et 4 selon les décisions.¹⁶⁰ Les discussions relatives à la constitutionnalité de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés¹⁶¹ sont donc closes. Il n'y a plus de contradiction dans le constat né qu'une autorité administrative (la Commission nationale informatique et liberté, CNIL) « *constitue la pièce maîtresse de la protection.* »¹⁶²

¹⁵⁷ Décision DC n°98-405 du 29 décembre 1998, Conseil constitutionnel, cons n°62

¹⁵⁸ Décision DC n°97-359 du 22 avril 1997, Op. cit. cons n°44

¹⁵⁹ Décision DC n°99-416 du 23 juillet 1999, Conseil constitutionnel, cons n°45

¹⁶⁰ Pour exemple, Décision DC n°203-467 du 13 mars 2003, Conseil constitutionnel, cons n°8

¹⁶¹ La loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

¹⁶² « *Que reste t'il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* » G. ARMAND, RFDC 2006/01, p. 37

62- Dans une décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a semblé nettement dissocier la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir, considérant « *qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ;* »¹⁶³ Le Professeur MATHIEU relevait ainsi : « *dans ses grandes lignes, l'évolution récente de la jurisprudence constitutionnelle a consisté à resserrer la notion de liberté individuelle au sens de l'article 66 en l'identifiant progressivement à la notion de sûreté, c'est-à-dire la protection contre des mesures de police arbitraires* »¹⁶⁴.

63- On aurait pu être surpris par le fait que cette décision soit régulièrement citée en tant que symbole de l'infléchissement de la jurisprudence constitutionnelle à la faveur d'une conception plus restrictive de l'article 66 dès lors que de nombreuses décisions semblent traduire des hésitations. Ainsi dans une décision du 18 janvier 1995, citée parmi celles où le Conseil rattache la liberté d'aller et de venir et l'inviolabilité du domicile, il fait figurer au nombre des libertés constitutionnellement garanties « *la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile* ». Difficile en somme de voir dans la conjonction de coordination ou dans la conjonction de subordination autre chose que de l'addition. Le style n'a en réalité jamais été très clair : par exemple, une décision du 13 août 1993¹⁶⁵ dans laquelle le Conseil explique que les droits fondamentaux et libertés « *doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public* » et « *que figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* », semblant alors distinguer la liberté individuelle de la sûreté alors que cette dernière aurait dû être comprise dans la première pour ranger en leur sein la liberté d'aller et de venir, de mariage... Il faut toutefois se résoudre à l'abandon de l'exégèse puisque le Conseil considère lui-même que la décision du 16 juin 1999 signe l'abandon de sa jurisprudence antérieure.

64- Dans une décision du 13 mars 1993, le Conseil rattache explicitement la liberté d'aller et de venir aux articles 2 et 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Il en sera de même pour la liberté de mariage, qui désormais relève des articles 2 et 4 depuis une décision du 23 novembre 2003.¹⁶⁶ Enfin, dans une décision du 2 mars 2004, le Conseil rattache auxdits articles l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances.¹⁶⁷ Ce faisant, le Conseil détache de la compétence judiciaire une de ses composantes historiques !

¹⁶³ Décision DC n°99-411 du 16 juin 1999, Conseil constitutionnel, cons n°3

¹⁶⁴ Mathieu, Bertrand, « [Note sous décision n° 99-411 DC] », Les Petites Affiches, 1999, n° s.n., p. 12-18

¹⁶⁵ Décision DC n°93-325 du 13 août 1993 Op. cit. cons n°3

¹⁶⁶ Décision DC n°2003-484 du 23 novembre 2003, Conseil constitutionnel, cons n°94

¹⁶⁷ Décision DC n°2004-492 du 2 mars 2004, Conseil constitutionnel, cons n°4

65- En outre, cette décision sera l'occasion pour le Conseil « de cristalliser »¹⁶⁸ sa jurisprudence par un considérant de principe régulièrement réaffirmé et selon lequel « *il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire* ».

66- Aussi, le Conseil confie lui-même qu'à partir de la décision du 16 juin 1999, celui-ci a « *stabilisé sa jurisprudence autour d'une définition plus étroite de la liberté individuelle, en ne se référant à l'article 66 de la Constitution que dans le domaine des privations de liberté (garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement). Dans le même temps, le Conseil a rattaché la liberté d'aller et de venir, la liberté du mariage et le droit à la protection de la vie privée à la « liberté personnelle » garantie par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est ce qu'il a confirmé dans la décision n° 2013-357 QPC : « la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, le principe de l'inviolabilité du domicile* » (cons. 6) »¹⁶⁹. Ainsi, la nouvelle acception de la liberté individuelle conduit à la confondre avec un droit à la sûreté. Au demeurant, en déposant la liberté individuelle de tous les « aspects » que le Conseil lui avait jadis concédé, il avait forgé la notion de « liberté personnelle » dont il s'agit d'éclairer la signification. Cette notion, inconnue jusqu'en 1988¹⁷⁰ était apparue comme « *malaisée à appréhender* » selon les mots du Professeur LECUCQ¹⁷¹. Tantôt utilisée en matière professionnelle - puisque le Conseil avait considéré que le droit pour une personne amnistiée d'être réintégrée dans ses fonctions pouvait porter atteinte à la liberté personnelle de l'employeur et du salarié - tantôt utilisée en matière de protection des données puisque « *la convention [Shengen] comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées* »¹⁷², les auteurs peinaient à comprendre la teneur et le fondement de la liberté personnelle. On peut citer en ce sens le Professeur FINES qui, associant la liberté personnelle à « *un concept dont les sources n'ont pas*

¹⁶⁸ G. DRAGO, Op. cit. p. 531

¹⁶⁹ Commentaire de la décision Décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Société Wesgate Charters Ltd

¹⁷⁰ Décision DC n°88-224 du 20 juillet 1988, Conseil constitutionnel, cons n°22

¹⁷¹ Cité dans l'article « *Liberté individuelle vs liberté personnelle : l'article 66 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou la progressive reconnaissance d'un habeas corpus à la française* », F. VADILLO, les Petites affiches du 22 avril 2015, n° PA201508006, p. 4

¹⁷² Décision n°91-294 DC du 25 juillet 1991, Conseil constitutionnel, Cons n°49

encore été expressément identifiées »¹⁷³, suggérait de l'associer à l'article 4 de la DDHC tout en craignant que celui-ci soit trop général.

67- À vrai dire, on ne sait toujours pas exactement ce à quoi correspond la notion de liberté personnelle. Historiquement, juridiquement, comment penser différemment la liberté de l'individu et la liberté de la personne ? Il est possible de distinguer la personne et l'individu, considérant alors que la personne a un visage, est un être particulier, a une singularité qui fait qu'elle est elle et pas une autre, alors que l'individu paraît revêtir une dimension plus générique, il est le un au milieu du plusieurs, sans que sa désignation ne le différencie de ses semblables qui sont tout autant individus que lui. Cependant, dans l'appréciation du contenu des libertés, on peine à comprendre pourquoi la liberté personnelle ne désignerait que la liberté d'aller et de venir, l'inviolabilité du domicile, la liberté de mariage, le respect de la vie privée et le secret des correspondances. Des auteurs ont présenté la liberté personnelle comme étant une liberté « *matricielle* »¹⁷⁴ au sein de laquelle il faudrait distinguer la liberté individuelle, synonyme d'un droit à la sûreté des autres libertés rattachées par le Conseil Constitutionnel. La dénomination n'est pas absurde, mais elle n'emporte pas la conviction, en ce sens que chaque liberté précitée serait *in fine* englobée en tant que liberté personnelle sans que l'on trouve la raison d'une différence entre liberté individuelle et liberté personnelle.

68- À l'évidence, il semble que le « concept » de liberté personnelle ait été créé dans le dessein de fournir un encadrement distinct de celui de la liberté individuelle afin de lui soustraire tout ce dont elle avait hérité entre 1977 et 1999. C'est en quelque sorte une notion « fonctionnelle » telle que définie par le Doyen VEDEL, soit une notion qui « *procède directement d'une fonction qui lui confère seule une véritable unité* » par opposition aux notions « *conceptuelles* » qui elles, « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes* ». ¹⁷⁵ Comme l'explique le Professeur LECUCQ « *le juge constitutionnel reconnaît une nouvelle liberté, la liberté personnelle, dans le but de donner un cadre permettant d'inclure un certain nombre de normes, de libertés, qui ne trouvent pas leur place, ou qui trouvent malaisément leur place dans le champ d'autres dispositifs et d'autres libertés opératoires.* » Car en effet, les articles 2 et 4 de la DDHC¹⁷⁶ n'offrent pas de définition d'une liberté particulière. La liberté que ces textes semblent désigner n'est autre que le droit naturel et imprescriptible de faire « *tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». On pourrait alors ranger sous ces

¹⁷³ « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* », F. FINES, Op. cit.

¹⁷⁴ Droits fondamentaux et libertés publiques, X. BIOY, Op.cit.

¹⁷⁵ « *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative* », G. VEDEL, JCP, 1950.I.851

¹⁷⁶ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789, article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* » et article 4 « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

fondements l'ensemble des libertés que tient une personne par opposition aux libertés ou plutôt aux droits que l'État doit respecter tels que la sûreté. Mais dès lors, autant le rattachement de la liberté de mariage peut être compris, autant celui de l'inviolabilité du domicile ou encore du secret des correspondances semble plus difficilement justifiable.

Il faut retenir que le Conseil ne s'est pas contenté de délimiter la notion de liberté individuelle pour ne prendre en considération que ses composantes telles que tirées par la loi du 7 février 1933 afin de faire correspondre sans trop de difficultés la compétence judiciaire et le fond : il est allé bien au-delà en réduisant la liberté individuelle à peau de chagrin pour la laisser se confondre avec la détention prévue par le premier alinéa de l'article 66. Il n'est plus du tout question de comprendre l'atteinte à la liberté individuelle comme pouvant résulter de restrictions trop fortes portées contre certaines libertés dont la liberté d'aller et de venir, il s'agit de le restreindre à la privation de la liberté d'aller et de venir : rien d'autre. Aussi peut-on s'associer au constat du Professeur MAYAUD considérant que « *c'est une approche regrettable, tant la liberté est essentielle, déterminante, indivisible, dans un État de droit, et tant son contrôle devrait toujours être entre les mains de l'autorité judiciaire* ». ¹⁷⁷

69- Ce « *processus prétorien d'autonomisation* » ¹⁷⁸ est affirmé de façon nette dans certaines décisions dont par exemple, une décision du 26 novembre 2011 dans laquelle le Conseil affirme que « *l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » ¹⁷⁹. Cette notion de liberté personnelle est pourtant peu citée explicitement dans les décisions du Conseil. Ses fondements sont instables, on voit que le Conseil hésite à rattacher telle ou telle liberté tantôt à l'article 2, tantôt à l'article 4, tantôt aux deux articles et « *une référence à l'article 1 er est parfois ajoutée (Cons. const. 26 novembre 2010, n°02010-71 QPC, § 32)* » ¹⁸⁰.

70- À l'évidence, ce sont surtout des considérations opportunistes qui ont guidé l'élaboration de cette notion visant à ne laisser que « *les privations de liberté* » dans le giron de l'article 66 de la Constitution et qui ont constitué le soubassement d'une ascension fulgurante du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales. Reste à tenter de comprendre les raisons ayant conduit au déshabillage de l'article 66. On peut se référer sans craindre de s'y tromper à l'adoption d'une conception administrativiste de la liberté individuelle qui n'est sans doute pas sans rapport avec l'accession d'un Conseiller d'État à la Présidence du Conseil constitutionnel...

¹⁷⁷ « *L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion !* » - Etude par Yves Mayaud La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 21 Mars 2016, doct. 344

¹⁷⁸ « *Protection des libertés et droits fondamentaux, Examen d'entrée au CRFPA, le Grand oral, Session 2018* » sous la direction de Serge GUINCHARD, Gazette du Palais

¹⁷⁹ Décision QPC n°2010-92 du 26 novembre 2011, Mme Corinne C, Conseil constitutionnel, cons n°6

¹⁸⁰ « *Code constitutionnel et des droits fondamentaux* », M. LASCOMBES, 4ème Ed. Dalloz, p. 20

Il faut bien comprendre que de la notion de liberté individuelle devait découler la compétence du juge judiciaire : le premier alinéa constatant une règle de fond, le second y associant une règle de compétence. Dès lors, la cohérence du raisonnement supposait qu'une conception extensive de la liberté individuelle implique dans le même temps une compétence élargie du juge judiciaire en la matière. Or, les juridictions administratives et le Tribunal des conflits ont très tôt milité pour empêcher pareille conception.

71- Il faut remonter en 1947 pour se convaincre de la volonté du juge administratif de limiter la réserve de compétence de l'autorité judiciaire autrefois établie par l'article 112 du Code de procédure pénale. Dans une décision du 7 novembre 1947 « Alexis et Wolff », le Conseil d'État s'estime compétent pour connaître des conséquences d'une arrestation arbitraire en considérant qu'il s'agissait d'une faute de service public.¹⁸¹ Cette lecture est nuancée par l'arrêt Dame de la Murette rendu par la Tribunal des conflits le 27 mars 1952 qui estime que « *si l'article 112 du code d'instruction criminelle (...) spécifie que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents [dans les matières visées par l'article], il résulte de la combinaison des prescriptions dont il s'agit et de l'ensemble des règles relatives à la séparation des pouvoirs que lesdites prescriptions ne s'appliquent que dans le cas où l'instance est engagée contre les agents publics (...); que, lorsque l'Etat est mis en cause, la compétence pour statuer sur les conclusions présentées contre lui se règle d'après les principes généraux qui gouvernent la responsabilité de la puissance publique* ». ¹⁸²

72- Par suite dans l'arrêt « Clément » du 16 décembre 1964 le Tribunal des conflits affirmait que la compétence judiciaire se limitait à la réparation des dommages causés par une atteinte à la liberté individuelle, l'appréciation de la légalité de l'acte étant de la compétence du juge administratif.¹⁸³ Comme le souligne le Professeur ROUVILLOIS, cette décision « *a eu pour effet de subordonner le sort de l'appréciation des dommages et intérêt à l'appréciation du juge administratif sur la légalité de la décision à l'origine du dommage ; ce qui conduit à faire du juge administratif, à l'encontre de l'article 136 du Code de procédure pénale, le « premier gardien » de la liberté individuelle* »¹⁸⁴.

73- En somme, mais nous y reviendrons, le Tribunal des conflits s'est efforcé de réduire autant qu'il le pouvait la réserve de compétence que le juge judiciaire tenait de l'article 136 du Code de procédure pénale, en même tant que celui-ci restreignait à des conditions précises la théorie de la voie de fait (alors même qu'il subordonnait l'effectivité de la première à l'existence de la seconde). Il y avait donc fort à parier que celui-ci n'accepterait pas que le juge judiciaire récupère ces compétences - au demeurant très élargies - sur un fondement constitutionnel. Dans le même sens et surtout, le Tribunal des conflits refuse de fonder la liberté d'aller et de venir sur l'article 66. Dans

¹⁸¹ Conseil d'État, Assemblée plénière, 7 novembre 1947, Alexis et Wolff, n°83619/83620

¹⁸² Tribunal des conflits, Dame de la Murette, 27 mars 1952, N° 01339

¹⁸³ Tribunal des conflits, Sieur Clément c/ Etat, 16 décembre 1964, Recueil Lebon p. 796

¹⁸⁴ « Libertés fondamentales », François ROUVILLOIS, 2ème Ed., Flammarion

l'arrêt « Eucat » du 9 juin 1986, le Tribunal rattache cette dernière à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.¹⁸⁵ Il est immédiatement suivi par le Conseil d'État qui dans l'arrêt « Peltier » fonde cette liberté sur cette déclaration¹⁸⁶ et affirme que « *les dispositions de l'article 66 de la Constitution selon lesquelles l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle n'obligent pas à placer sous le contrôle de cette autorité les interceptions de sécurité qui constituent des mesures de police administrative ne portant pas atteinte à la liberté individuelle au sens de cet article.* »¹⁸⁷

74- À ce premier mouvement s'ajoute une conception européenne de la liberté d'aller et de venir. En effet, dans un arrêt du 25 juin 1996 « AMUUR C/ FRANCE », la Cour européenne des droits de l'Homme interprète l'article 5 §3 de la Convention européenne des droits de l'Homme de façon à ce que une distinction soit faite entre une privation de liberté et sa restriction. Seule la privation de liberté se fonde sur l'article 5 §3, la liberté d'aller et de venir doit être rattachée à l'article 2 du protocole n°4. Or, ce n'est que si la restriction de liberté est excessive qu'elle se transforme en privation. La Cour conclut que « *si la décision de maintien incombe aux autorités administratives ou policières, la prolongation nécessite le contrôle non-tardif du juge, gardien traditionnel des libertés individuelles.* »¹⁸⁸ En outre comme le souligne le Professeur CAPELLO, l'article 5 § 3 impose que les mesures de privation de liberté y compris les arrestations soient placées sous contrôle judiciaire lorsqu'elles sont mises en oeuvre à l'encontre d'une personne ayant commis ou soupçonnée d'avoir commis une infraction. En s'alignant sur la position de la Cour européenne, le Conseil constitutionnel a abouti à ce que « *les mesures simplement restrictives de liberté, même réalisées par l'administration, ne soient plus soumises à l'article 66* ».¹⁸⁹ Ainsi, on peut considérer que l'influence de la jurisprudence administrative ainsi que celle du Tribunal des conflits et de la Cour européenne des droits de l'Homme a conduit le Conseil constitutionnel à adopter une conception stricte de la liberté individuelle comme fondement de la compétence judiciaire.

75- Désormais, la liberté individuelle et l'article 66 de la Constitution ne concernent plus toutes les mesures d'investigations mais les seules mesures attentatoires réservées à l'autorité judiciaire par la matière pénale ainsi que les détentions. On peut dire qu'en dehors de la stricte privation de liberté, le déterminant de l'atteinte à la liberté individuelle réside dans le caractère judiciaire ou administratif de la mesure de police. La suite de nos développements ne fera que confirmer cette conception.

¹⁸⁵ Tribunal des conflits, Eucat, 9 juin 1986, n° 02434

¹⁸⁶ Conseil d'Etat, assemblée, arrêt Peltier, 8 avril 1987, n° 55895

¹⁸⁷ Conseil d'Etat, rapport public 1991, Paris, Documentation française, 1992, p.62

¹⁸⁸ CEDH, AMUUR C/ FR, 25 juin 1996, req. n° 19776/92

¹⁸⁹ « *La Cour européenne des droits de l'Homme ou le chef d'orchestre de la constitutionnalisation du droit pénal* », A. CAPELLO, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD, Dalloz, p. 161-162

76- La doctrine publiciste se félicite régulièrement de cette nouvelle conception au nom de la bonne administration de la justice, jugeant que « *devant l'immensité des implications de la liberté individuelle, il a paru au Conseil constitutionnel que cela revenait à conférer un pouvoir démesuré au juge judiciaire au détriment du juge administratif et du bon fonctionnement des autorités de police* ». ¹⁹⁰ Elle tend à rassurer le juge judiciaire quant à son rôle : il serait immensément important (et il l'est) car la liberté individuelle est selon l'expression de Jean RIVERO « *le bouclier des autres libertés* » ou bien « *la protection avancée de toutes les libertés ; c'est celle qui permet leur exercice paisible* ». ¹⁹¹

77- On peut toutefois s'en étonner et regretter cette conception restrictive dès lors que l'article 66 fournit au-delà de la compétence judiciaire, des exigences quant au travail du législateur en lui commandant d'entourer les atteintes qui pourraient lui être faites de « *garanties nombreuses et précises* » ¹⁹². Monsieur BUISSON fait justement remarquer que cette jurisprudence « *apparaît hétérodoxe au regard de ce qui avait été antérieurement développé, aux termes de laquelle on jugeait essentielle la présence de l'autorité judiciaire pour assurer la protection de la liberté individuelle* ». ¹⁹³

78- En outre, il s'agit désormais de s'attacher à l'étude des conséquences d'une pareille conception de la liberté individuelle dans le partage des compétences entre les deux ordres de juridiction français.

B) La détermination des compétences résultant de la conception constitutionnelle de la liberté individuelle

79- A l'aune de la définition consacrée par le Conseil, l'autorité judiciaire n'intervient en dehors des matières qui lui sont réservées par la matière pénale qu'en cas de détention sans lui reconnaître une compétence absolue (a). Au-delà, si une compétence exclusive lui est reconnue s'agissant de toutes les mesures tendant à l'appréhension d'auteurs d'infraction, le glissement de ces mesures dans le champ de la police administrative accentue la dépossession du juge judiciaire en matière de protection des droits et libertés (b).

a) L'intervention judiciaire en matière administrative en cas de détention ou la concurrence des rôles

¹⁹⁰ « Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence », P. de MONTALIVET, PUF, collection « Thémis droit », 2011, p. 465

¹⁹¹ « *Les libertés publiques* », J. RIVERO, 1er ED. PUF, collection « Thémis droit », 1977, p. 21

¹⁹² « *Le pouvoir judiciaire en cause ?* », J. BUISSON, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD, p. 488

¹⁹³ Ibid.

80- Le système juridique français est dominé par une séparation entre deux ordres juridictionnels - judiciaire et administratif - ayant chacun des compétences différentes. Le principe posé par l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790¹⁹⁴, réaffirmé par la Constitution de 1791 et le décret du 16 fructidor an III empêche le juge judiciaire de connaître des actes de l'administration.¹⁹⁵

81- Dans une décision du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel a fait de cette séparation un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il faisait alors valoir que « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* »,¹⁹⁶ tout en accordant au législateur la possibilité de déroger à ce principe et d'unifier le contentieux au sein d'un seul ordre juridictionnel dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.¹⁹⁷

82- Parmi les matières relevant par nature de l'autorité judiciaire semblait figurer la préservation de la liberté individuelle, si bien que l'article 66 de la Constitution devait être compris comme instituant une réserve de compétence au profit de l'ordre judiciaire. La suite logique aurait donc voulu que l'autorité judiciaire soit exceptionnellement compétente pour connaître du contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique lorsque ceux-ci intervenaient dans les matières qui lui sont réservées par nature. Le Professeur FAVOREU prenant acte de la position du Conseil constitutionnel écrivait en 1989 que l'article 66 de la Constitution « *implique la plénitude de compétence du juge pénal pour apprécier la régularité des actes administratifs, y compris des actes administratifs individuels non pénalement sanctionnés* ». De même, il constatait la remise en cause de la distinction entre la police administrative et la police judiciaire, « *en effet, le contentieux de la police administrative est dévolu désormais au juge judiciaire dès lors qu'elles sont menées par des agents ou des officiers de police judiciaire et qu'elles touchent à la liberté individuelle.* »¹⁹⁸

¹⁹⁴ Loi des 16 et 24 août 1790, article 13, Op. cit.

¹⁹⁵ Op. cit.

¹⁹⁶ Décision DC n°86-224 du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Conseil constitutionnel, cons n°15

¹⁹⁷ Ibid. cons n°16

¹⁹⁸ « *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal* », L. FAVOREU, in Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Paris, Cujas, 1989, p. 182

83- On a pu croire que le Conseil constitutionnel allait admettre un tel transfert de compétence en matière de police dès lors que dans une décision du 20 janvier 1981 statuant sur la loi dite sécurité et liberté, il avait considéré que le transfert de mesures ressortissant en principe de la police administrative à la police judiciaire ne méconnaissait aucun principe constitutionnel dès lors que « *ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle* ». ¹⁹⁹ La chambre criminelle a pendant un temps cru pouvoir s'arroger ce contentieux et affirmer que conformément à l'article 66 de la Constitution et à l'article 136 du CPP, il appartenait à la juridiction judiciaire de contrôler la régularité d'un contrôle opéré sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance du 2 juin 1945. ²⁰⁰ « *À l'origine de cette jurisprudence, l'avocat général DONTENWILLE expliquait que la restriction momentanée de la liberté d'aller et de venir résultant de la mise en application des textes sur les contrôles d'identité militait en faveur d'une compétence globale de l'autorité judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle.* » ²⁰¹ Cette dérogation ne s'étendra pourtant pas.

84- En effet, le Tribunal des conflits depuis l'arrêt « Barinstein » considère que les tribunaux judiciaires non répressifs sont compétents pour apprécier la légalité comme pour interpréter un acte administratif réglementaire ou individuel que dans l'hypothèse où ce dernier porte non seulement atteinte à la liberté individuelle mais en sus constitue une voie de fait. ²⁰² On soulignera à cette occasion qu'en matière pénale, l'article 111-5 du Code pénal est venu mettre un terme à des divergences jurisprudentielles entre la chambre criminelle et le Tribunal des conflits ²⁰³ pour accorder la plénitude de juridiction du juge pénal pour l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou individuels mais à la condition que de cet examen dépende la solution du procès pénal.

85- Dès lors, dans les matières autres que pénales, le juge judiciaire ne pourrait pas avoir de compétence exclusive. Cette appréciation de la réserve de compétence au profit du juge judiciaire semble pouvoir faire écho à ce que le Professeur MOREAU avait perçu à l'égard de la décision du 23 janvier 1987. Pour ce dernier, la réserve de compétences peut se comprendre comme un monopole confié à l'autorité judiciaire, mais elle peut aussi selon une seconde interprétation s'entendre comme « *une présomption* », si bien « *qu'il y aurait donc, même à l'intérieur des compétences réservées, un véritable partage des compétences entre les deux ordres de juridiction* ». ²⁰⁴ Curieuse présomption que celle qui dispose que l'autorité judiciaire « assure » le

¹⁹⁹ Décision DC n°80-127 du 20 janvier 1981, Conseil constitutionnel, cons n°63

²⁰⁰ Ch. crim. 25 avril 1985, Bodgan et Vuckovic n°85-91324

²⁰¹ « Contrôles et vérifications d'identité », C. GIRAULT, RDPP, Janvier 2017, n°154

²⁰² Tribunal des conflits, « Barinstein », 30 octobre 1947

²⁰³ Voir en ce sens, Tribunal des conflits, « Avranches et Desmarests », 5 juillet 1951, Rec. CE 1951, p. 638 et Ch. crim., 21 décembre 1961, « Le Roux », D. 1962

²⁰⁴ « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil », J. MOREAU, In « Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur du Professeur FAVOREU », 2007, Dalloz, p. 1662

respect d'un principe sans jamais évoquer l'hypothèse d'une compétence concurrente... Pourtant, le juge judiciaire a très peu résisté à cette conception de la répartition des compétences : « *la Cour de cassation (...) a veillé au strict respect du principe de la séparation des pouvoirs à tel point que l'on peut se demander si cette limitation de compétence n'aboutit pas à un déni de justice. Par exemple, la Cour de cassation a estimé que le juge judiciaire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, ordonner la remise en liberté d'un étranger au seul motif que l'arrêté de placement en rétention était manifestement illégal car il venait alors apprécier la légalité d'un acte administratif* »²⁰⁵

86- Cette acception a fondé un morcellement des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire dans des matières autres que celles relevant du droit pénal dont notamment, le contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers. Cette dualité se matérialise schématiquement par un contrôle de la légalité confié au juge administratif, tandis que le contrôle du « bien-fondé » de la mesure appartient au juge judiciaire. Les fondements de cette distinction procèdent d'une décision du 29 juillet 1989 par laquelle le Conseil constitutionnel²⁰⁶ a considéré que l'article 10 de la loi déferée et selon lequel un étranger pourrait contester un arrêté de reconduite devant le Président de grande instance, était contraire au principe fondamental de séparation des compétences. Le Conseil distinguait le contentieux de la légalité dévolu au juge administratif et la compétence reconnue à l'autorité judiciaire pour contrôler une mesure de surveillance privative de liberté. Il en résulte que si l'autorité judiciaire doit intervenir en vertu de l'article 66 de la Constitution, elle ne le sera qu'à l'occasion de mesures privatives de liberté (conformément à l'acception donnée par le Conseil à la notion de liberté individuelle) qui sont en la matière la rétention administrative et le maintien en zone d'attente, mais qu'en sus, son intervention ne se matérialise que sur un point précis du contentieux.

87- Le Conseil constitutionnel n'impose pas une intervention préalable de l'autorité judiciaire pour autoriser la mesure de placement. Ainsi donc, l'article 66 de la Constitution n'a pas conféré - même lorsqu'il était largement interprété par le Conseil - « une exclusivité »²⁰⁷ au profit du juge judiciaire puisqu'elle ne décide pas du placement. Pour que les exigences de l'article 66 soient satisfaites, il faut que le législateur garantisse « *selon les modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent et qu'en tout état de cause la durée de ce maintien en zone de transit n'excède pas un délai raisonnable* ».²⁰⁸ Ainsi, la simple information, même immédiate, du Ministère public prévu par l'article L.551-2 du CESEDA à l'occasion d'une décision de placement en centre de rétention est insuffisante. Selon cette vision, le Conseil a validé le principe de l'intervention *a posteriori* de

²⁰⁵ « Le juge des libertés, une garantie de façade », C. POULY, *Plein droit*, vol. 94, no. 3, 2012, pp. 6-9 sur l'arrêt rendu par la 1^{ère} ch. civ. du 23 novembre 2012 n°10-23042

²⁰⁶ Décision DC n°89-261 du 29 juillet 1989, Conseil constitutionnel, cons n°25 et suivants

²⁰⁷ « Juge administratif et autorité judiciaire : quelles fonctions dans la sauvegarde la liberté individuelle après la loi du 30 juin 2000 ? », G. ARMAND, Université de Caen Normandie

²⁰⁸ Décision DC n°92-307 du 25 février 1992, Conseil constitutionnel, cons n°15

l'autorité judiciaire pour prolonger la mesure de rétention : celle-ci doit pouvoir être saisie si la durée de la mesure excède un délai de 24 heures.²⁰⁹ Dans le même sens, il considérera quelques années plus tard que le rehaussement de ce délai à 48h est conforme aux exigences de l'article 66.²¹⁰ En revanche, l'impossibilité faite à l'intéressé de saisir un juge judiciaire avant l'expiration d'un délai de sept jours est contraire à l'article 66.²¹¹ À cette occasion, le juge judiciaire contrôle à la fois la régularité de l'interpellation de l'étranger mais aussi la régularité des conditions de la détention.

88- Une analyse similaire est permise en ce qui concerne le maintien en zone d'attente (anciennement zone de transit). Dans une décision du 25 février 1992, le Conseil décide que si le maintien en zone d'attente ne peut être comparé à la rétention, il emporte « *en raison de sa durée et de son degré de contrainte* » atteinte à la liberté individuelle, si bien que l'autorité judiciaire doit intervenir « dans les plus brefs délais » pour autoriser la prolongation « *s'il y a lieu* » de la mesure.²¹² Jusqu'alors, les dispositions de la loi ne semblaient permettre au juge judiciaire qu'une alternative : prolonger la rétention ou prononcer une mesure d'assignation à résidence.

89- Toutefois, dans une décision du 20 novembre 2003, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation²¹³ et estimé que l'allongement de la durée de la rétention ne saurait avoir pour effet de faire obstacle à l'intervention du juge judiciaire : « *l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* »²¹⁴. Il résulte de cette décision que non seulement le juge judiciaire peut mettre un terme à la rétention, mais encore qu'il peut le faire d'office.

90- Le contentieux en la matière était jusqu'en 2016 d'une rare complexité. On soulignera que depuis les dernières décisions susvisées du Conseil, l'allongement des délais de rétention possibles (jusqu'à 210 jours dans les cas les plus exceptionnels) n'a pas modifié les conditions d'intervention de l'autorité judiciaire, la réserve de compétence édictée semblant permettre de satisfaire aux exigences de l'article 66.²¹⁵ Avant 2016, si l'autorité judiciaire n'était pas compétente pour apprécier la légalité d'une décision de placement ou de maintien, elle était en revanche compétente pour apprécier la régularité des actes antérieurs (et elle était d'ailleurs la seule à l'être). La Cour de

²⁰⁹ Décision du 29 juillet 1980, Ibid.

²¹⁰ Décision DC n°97-389 du 22 avril 1997, Conseil constitutionnel, cons n°54 et 55

²¹¹ Décision DC n°79-109 du 9 janvier 1980, Conseil constitutionnel, cons n°6

²¹² Décision DC n°92-307 du 25 février 1992, Conseil constitutionnel cons n°15,16,17

²¹³ Qu'il a réaffirmé dans une décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, Conseil constitutionnel, cons n°74

²¹⁴ Décision DC n°2003-484 du 23 novembre 2003, Conseil constitutionnel, cons n°66

²¹⁵ Décision DC n°n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Conseil constitutionnel

cassation l'avait affirmé très tôt dans un arrêt du 4 octobre 1984²¹⁶ : il était donc possible de fonder le refus de la prolongation de la rétention en raison de son illégalité laquelle était déduite de l'irrégularité du contrôle préventif de qui elle découle.²¹⁷ Le lien unissant la régularité de la mesure et ce contrôle, mais aussi la garde à vue voire une détention sera ensuite affirmé par trois arrêts rendus le 28 juin 1995.²¹⁸ Un infléchissement a toutefois été porté à cette dichotomie par un arrêt du Tribunal des conflits du 9 février 2015 lequel donne compétence au juge judiciaire pour mettre un terme à une rétention administrative y compris si cela implique l'appréciation de la légalité de l'acte administratif en se fondant sur la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel en 2003.²¹⁹ Jurisprudence toutefois étonnante quand on sait que le législateur était intervenu dans une loi 16 juin 2011 pour faire prévaloir l'appréciation du juge administratif sur la légalité de la mesure en instituant une procédure permettant de le saisir dans les 48 heures, de sorte que l'appréciation du juge judiciaire quant à la prolongation n'intervenait qu'à l'issue d'un délai de 5 jours après la décision du juge administratif.²²⁰

91- Surtout, la loi du 7 mars 2016²²¹ a modifié les règles de répartition des compétences pour confier au juge de la liberté et de la détention le contentieux de la légalité des décisions de placement en rétention (article L512-1 du CESEDA). Cette loi semble donc « *créer un bloc de compétence judiciaire sur le contrôle des circonstances dans lesquelles l'étranger a été privé de liberté, depuis son interpellation jusqu'à son placement en rétention, incluant le contrôle de la légalité de ce dernier.* »²²². Cette évolution est bienvenue et notamment en raison de la condamnation dont a fait l'objet la France par la CEDH eu égard à l'état antérieur du droit dans un arrêt rendu le 12 juillet 2016 « AM c/ France ». En effet : « *la cour observe cependant que le juge administratif saisi, comme en l'espèce, d'un recours contre un arrêté de placement en rétention, n'a le pouvoir de vérifier la compétence de l'auteur de cette décision ainsi que la motivation de celle-ci, et de s'assurer de la nécessité du placement en rétention. Il n'a en revanche, pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci (...). Notamment, il ne peut contrôler les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger. Ce faisant, il n'est pas en mesure de contrôler que les modalités de l'interpellation ayant conduit à la rétention sont conformes au droit interne ainsi qu'au but de l'article 5 qui est de*

²¹⁶ Ch. crim., 4 octobre 1984, Bull. crim. n° 287

²¹⁷ Ce qui sera entériné par le Conseil constitutionnel : décision n° 93- 323 DC du 5 août 1993

²¹⁸ 2e civ., 28 juin 1995, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta ; Mme Mesu c/ Préfet du Calvados ; M. F. Massembla c/ Préfet de police de Paris

²¹⁹ Tribunal des conflits, 9 février 2015, n°3986

²²⁰ Loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. On soulignera que ces dispositions ont été validées par le Conseil constitutionnel : Décision DC n°2011-631, Op.cit.

²²¹ Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France

²²² « *Droit des étrangers : une répartition des compétences entre juges administratif et judiciaire* », L. FABRE, Dalloz actualité, 12 décembre 2016

protéger l'individu contre l'arbitraire. »²²³. En revanche, le juge administratif demeure compétent pour se prononcer sur la légalité d'une mesure de placement prise sur le fondement de l'article L.556-1 du CESEDA.

92- Une répartition des compétences analogue et fondée sur les mêmes principes existait en matière d'hospitalisations forcées. L'hospitalisation psychiatrique connaît une finalité médicale de sorte que dans le dessein d'apporter des soins de santé mentale, elle peut être demandée par l'intéressé lui-même mais aussi et surtout par un tiers ou décidée par le Préfet, ce qui, dans les deux derniers cas implique une privation de liberté. L'encadrement du régime des hospitalisations sous contrainte trouve son origine dans une loi dite « Esquirol » datant de 1838. Elle sera remplacée par la loi du 27 juin 1990 dite « Evian »²²⁴, laquelle maintient la distinction entre deux procédures d'hospitalisation sous contrainte que sont l'hospitalisation sur demande d'un tiers et l'hospitalisation d'office (décidée par le Préfet ou dans certaines hypothèses d'urgence absolue par le Maire).²²⁵ Dans les deux cas, l'hospitalisation sous contrainte procède d'une décision administrative ce qui a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil dans une décision du 26 novembre 2010.²²⁶ Le Conseil dit explicitement « *que, 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* » (cf. *infra*).²²⁷ Le Conseil précise ainsi les exigences de l'article 66 de la Constitution en considérant d'une part, qu'une décision de privation de liberté peut être le fait d'une autorité administrative, d'autre part que cette décision n'a pas à être précédée d'une intervention de l'autorité judiciaire.²²⁸ Nous y reviendrons, mais on peut d'ores et déjà souligner que le Conseil a de la notion de contrôle une définition particulière : il ne s'agit pas de contrôler dans le sens d'une pleine maîtrise mais d'exercer un contrôle en tant que vérification.

93- Par conséquent, les procédures d'hospitalisation forcée aboutissaient à l'existence de deux types de contentieux distribués aux deux ordres juridictionnels : le contentieux de la régularité de la décision administrative prise par le directeur de l'établissement ou par le Préfet pour ordonner le placement ou le maintien de la personne que connaît le juge administratif et le contentieux de la nécessité (ou légalité interne selon la Cour de cassation) de la mesure que connaît le juge judiciaire en sa qualité de « *gardien de la liberté individuelle* ». À ce titre, le Conseil avait jugé que la dualité des ordres de juridiction « *ne limite pas la compétence de l'autorité judiciaire pour apprécier la*

²²³ CEDH, AFFAIRE A.M. c. FRANCE, 12 juillet 2016, n°56324/13, cons n°42

²²⁴Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation

²²⁵ Commentaire de Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 M. Abdellatif B. et autre (Hospitalisation d'office)

²²⁶ Décision QPC n° 2010-71 du 26 novembre 2010 « Mlle Danielle S », Conseil constitutionnel, cons n°20

²²⁷ Considérant qui sera repris dans une décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 « M. Abdellatif B. et autre », Conseil constitutionnel, cons n°9

²²⁸ Ce qu'il avait déjà implicitement considéré à propos des rétentions administratives

nécessité de la privation de liberté en cause »²²⁹ de sorte que le droit à un recours juridictionnel effectif doit permettre une intervention du juge judiciaire dans les plus brefs délais en cas de saisine sur requête de la personne hospitalisée. La France a pourtant été condamnée par la CEDH dans un arrêt du 18 novembre 2010²³⁰ précisément car cette scission du contentieux engendrait des complexifications pouvant aller jusqu'à l'impossibilité pour le requérant d'obtenir la main levée de la mesure alors que la décision de placement avait été annulée. La loi du 5 juillet 2011 a unifié le contentieux au profit du juge judiciaire.²³¹ Désormais, l'article L.3216-1 du CSP dispose que « *la régularité des décisions administratives ne peut être contestée que devant la juge judiciaire* ». Cependant, les difficultés afférentes à la répartition du contentieux en la matière ne sont pas soldées, la Cour de cassation considérant que le juge judiciaire ne peut annuler une décision administrative mais seulement prononcer la main levée de la mesure.²³²

94- La concurrence des rôles n'est pourtant pas achevée. Cette unification des compétences dans des domaines où l'on aurait pu croire que l'article 66 de la Constitution imposait une compétence exclusive du juge judiciaire ne procède pas au nom du principe constitutionnel susvisé mais d'une volonté législative mue par le souci « d'une bonne administration de la Justice » tel que le permet le Conseil constitutionnel. Elle ne doit pas non plus masquer un mouvement tendant à accroître la place du juge administratif dans la défense des droits et libertés tout en prenant le soin de circonscrire strictement celle du juge judiciaire. Cette tendance s'illustre notamment à l'aune de l'introduction d'une série de prérogatives confiées au juge administratif dont la plus illustre est le référé-liberté. Concomitamment, cette ascension est renforcée par le confinement de la théorie de la voie de fait à des conditions très strictes.

95- La définition originaires de la voie de fait - bien que n'ayant jamais été très précisément définie - voulait que la compétence judiciaire soit reconnue pour constater l'illégalité d'un acte administratif et prononcer la réparation du préjudice en découlant par exception au principe de séparation des juridictions « *dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative.* »²³³. Or, le Tribunal des conflits n'a eu de cesse de développer une jurisprudence tendant à limiter les conséquences de l'article 136 du Code de procédure pénale qui aurait pu constituer le relai législatif général de l'article 66 de la

²²⁹ Décision QPC n°2010-71 Ibid. cons n°37

²³⁰ CEDH, 18 novembre 2010, n° 35935/03, « Baudoin c. France »

²³¹ LOI n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge

²³² 1^{re} civ., 25 janv. 2018, n° 17-40.066 : les droits de la défense ne seraient pas méconnus dès lors où l'intéressé a la faculté de solliciter le retrait de la mesure auprès de l'autorité décisionnaire.

²³³ Tribunal des conflits, 23 octobre 2000, « Boussadar », n°3227

Constitution. Il a en effet conditionné son application à une hypothèse de voie de fait et corrélativement, a donné une définition de la voie de fait très réduite. D'abord, dans une décision du 12 mai 1997, le Tribunal des conflits refuse de voir une voie de fait dans le maintien de deux étrangers en situation irrégulière sur un cargo alors que l'ordonnance du 2 juin 1945 prescrivait en pareille hypothèse leur placement dans une zone de transit dès lors où ces décisions « *n'étaient pas manifestement insusceptibles de se rattacher aux pouvoirs de l'administration* ». ²³⁴ Cette appréciation constitue l'une des raisons ayant conduit à l'introduction de la procédure de référé-liberté dès lors qu'il était apparu à l'issue de cette affaire que la compétence administrative « *privait les requérants de tout recours efficace garantissant leurs droits* » ²³⁵.

96- Le référé-liberté a alors été présenté comme une procédure ne privant pas le juge judiciaire de sa compétence historique en matière de voie de fait (en tout cas pas plus que ce dont il était déjà privé eu égard à sa nouvelle définition) dès lors que les conditions de la recevabilité du recours imposaient, outre l'atteinte grave à une liberté fondamentale et l'urgence, que l'atteinte procède de l'administration « *dans l'exercice de ses pouvoirs* ». ²³⁶ Cependant, le Conseil d'État est passé outre cette exigence en reconnaissant au juge administratif la faculté d'admettre un référé-liberté y compris lorsque l'atteinte « *aurait le caractère d'une voie de fait* ». ²³⁷ Simultanément, la jurisprudence récente du Tribunal des conflits a « *métamorphosé* » ²³⁸ la théorie de la voie de fait pour ne la réduire qu'à l'hypothèse d'une extinction de la liberté individuelle entendue au sens de l'article 66 de la Constitution. ²³⁹ Dès lors, la liberté d'aller et de venir n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle telle que définie par le Conseil constitutionnel de sorte que son extinction n'est pas constitutive de voie de fait et n'emporte pas la compétence du juge judiciaire. ²⁴⁰

97- Cette nouvelle définition donne un fondement constitutionnel à la voie de fait et uniformise son régime à la lettre de la Constitution telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel. Plus lisible certes. Mais aboutissant à une réduction drastique des hypothèses d'intervention de l'autorité judiciaire dans la protection des droits et libertés au profit du juge administratif. « *En France, la défense des libertés n'est l'apanage d'aucun juge, elle est une mission partagée entre le juge*

²³⁴ Tribunal des conflits, 12 mai 1997, N° 03056

²³⁵ « *L'accès au juge administratif des libertés : l'exemple du référé-liberté* », X. MAGNON, http://publications.ut-capitole.fr/13839/1/L%27accès_au_juge_administratif_des_libertés__l%27exemple_du_référé_liberté.pdf

²³⁶ Article L521-2 du Code de la justice administrative

²³⁷ Conseil d'État, Ordonnance du 23 janvier 2013, « Commune de Chirongui », n°365262

²³⁸ « *Les métamorphoses de la voie de fait : changements attendus et perspectives* », J. CORNU, RDP 2017, p. 571

²³⁹ Tribunal des conflits, « BERGOEND », 17 juin 2013, N° C3911 : « *il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* »

²⁴⁰ Tribunal des conflits, 12 juillet 2018, n°4110

administratif et le juge judiciaire, chacun ayant des compétences exclusives à base constitutionnelle – la protection de la liberté individuelle pour le juge judiciaire, le contrôle des mesures prises pour la sauvegarde de l'ordre public pour le juge administratif »²⁴¹ affirme le Vice-Président du Conseil d'État. On peut s'interroger sur la légitimité d'un tel état du droit dans un État de droit. Que la lettre de la Constitution réserve une compétence exclusive au juge judiciaire en matière d'atteinte à la liberté individuelle, prise au sens de privation de liberté, soit. Ce ne semble pourtant pas être le rôle dévolu au juge judiciaire par la loi du 7 février 1933 et par l'Histoire. Décidément, « *il n'est que les juristes pour faire dire aux textes ce qu'ils ne contiennent pas !* »²⁴²

98- En revanche, dans toutes les autres hypothèses, à défaut de faire de la compétence du juge judiciaire un principe, il faudrait au moins que la concurrence des rôles s'équilibre. Or, en réservant au juge administratif le référé-liberté, on lui a en réalité réservé la majorité des cas d'atteintes aux libertés émanant de l'administration. Le Conseil constitutionnel a reconnu l'indépendance de la justice administrative en tant que PFRLR.²⁴³ Cette reconnaissance emporte-t-elle légitimation d'une compétence accrue voire première du juge administratif en matière de protection des libertés alors que le juge judiciaire est relégué à une place secondaire ? Le Conseil d'État reste conseiller du gouvernement et on ne peut valablement marginaliser ce rôle pour tenter d'inhiber l'influence qu'il peut avoir sur le corps des juges administratifs. Si l'on peut s'émouvoir de ce que le Conseil d'État gère son propre budget, on ne peut oublier quelle procédure emporte la nomination de son Vice-président, ni même celle permettant la nomination des Présidents des Cours administratives d'appel et Tribunaux administratifs. On ne peut pas non plus oublier que sa consistance est le produit d'une Ecole - prochainement dénommée I.S.F.- qui a pour vocation explicite de former des hauts-fonctionnaires : des administrateurs et non pas des juges qui partant et sans que l'on puisse leur en faire reproche ont « une certaine vision de l'État ». Dès lors, on ne saurait croire que le juge administratif envisage le contentieux sans éprouver une certaine sensibilité pour les missions de l'administration et son intérêt. On peut citer ici le Professeur ROUSSEAU « *si le Conseil d'État n'a plus le souci de l'Administration, s'il la juge comme n'importe quelle autre personne, il perd sa raison d'être.* »²⁴⁴ Qu'existent des juges administratifs impartiaux et indépendants, nul doute. Que l'institution porte cette tradition, ceci reste plus incertain.

99- Ce mouvement est d'autant plus inquiétant qu'il se prolonge par une compétence donnée au juge administratif pour connaître de mesures destinées officiellement à la prévention des atteintes à l'ordre public alors même qu'elles se confondent avec des mesures destinées à la recherche d'infractions et de leurs auteurs.

²⁴¹ « *Le juge administratif, protecteur des libertés* », Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), J.M. SAUVE, p. 1

²⁴² « *L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion* » Y. MAYAUD, la Semaine juridique, Edition générale, 2016 n°344

²⁴³ Décision DC n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Conseil constitutionnel, cons n°6

²⁴⁴ « *De quoi le Conseil d'État est-il le nom ?* », D. ROUSSEAU, Gazette du Palais, 12 juillet 2016, N°26, p. 5

b) L'ascension du juge administratif à l'aune d'une confusion quant à la nature judiciaire ou administrative de mesures de police

100- Le Conseil constitutionnel tire de l'article 66 de la Constitution une « obligation d'intervention » de l'autorité judiciaire notamment traduite par un droit au juge, en cas d'atteinte à la liberté individuelle prise comme synonyme de privation de liberté. Cette obligation transcende une distinction faite entre la police administrative et la police judiciaire, laquelle repose sur un critère finaliste affirmé par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits²⁴⁵ et que le Conseil constitutionnel a fait sien.

101- En effet, dans une décision du 20 janvier 1981,²⁴⁶ tout en acceptant le transfert à la police judiciaire de mesures de prévention des atteintes à l'ordre public, le Conseil précise que lesdites mesures « *ressortissent normalement de la police administrative* ». Ainsi, le Professeur GRANGER estime que « *la distinction policière a progressivement conquis les rivages du droit constitutionnel où elle bénéficie également d'un solide point d'attache au sein de la jurisprudence constitutionnelle à travers les deux objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.* »²⁴⁷ Cependant, cette dichotomie dont les origines semblent remonter au Code du III brumaire an IV selon lequel « *la police se divise en police administrative et police judiciaire. La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu. Elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir* »,²⁴⁸ n'a jamais reçu de consécration constitutionnelle explicite.

102- En outre, cette division est un critère de répartition du contentieux : les mesures de police administrative étant diligentées par l'autorité administrative et partant soumises à la compétence du juge administratif, tandis que les mesures de police judiciaire sont placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire et soumises à sa compétence juridictionnelle. Le Conseil précisera en somme que si ces mesures peuvent être confiées à la diligence de l'autorité administrative, c'est à la condition qu'elles soient « *justifiées par les nécessités de l'ordre public* »²⁴⁹ et qu'elles n'endossent pas une fonction répressive²⁵⁰. Dans sa décision du 12 janvier 1977, le Conseil avait d'ailleurs

²⁴⁵ Conseil d'État, « Consorts Baud », 11 mai 1951, Rec. Lebon p. 265 et Tribunal des conflits « Noualek », 7 juin 1951, Rec. Lebon p. 636

²⁴⁶ Décision DC n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, cons n°63 Op. cit.

²⁴⁷ « *La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle* », M.A. Granger, RSC 2011. 789

²⁴⁸ Code du III brumaire an IV, article 16 à 20

²⁴⁹ Décision DC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Conseil constitutionnel, cons n°9

²⁵⁰ Décision DC n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Conseil constitutionnel, cons n°5 et 6

sanctionné l'incertitude existante quant à la nature des pouvoirs dévolus aux enquêteurs : la confusion entre les deux types de mesure étant essentielle pour permettre l'application du régime adéquat.²⁵¹ De même, il avait censuré des dispositions confiant des mesures de police judiciaire aux officiers de police judiciaire sans les assortir d'une autorisation préalable de l'autorité judiciaire.²⁵²

103- Il a semblé qu'à l'origine ces mesures de police administrative ne pouvaient pas revêtir une dimension coercitive sans être assorties de garanties tenant à l'intervention de l'autorité judiciaire. Par exemple, on peut citer une décision du 11 juillet 1990 « *Considérant que la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques exerce un contrôle de nature administrative ; que, dans le cadre de ce contrôle, elle ne peut demander à des officiers de police judiciaire que de recueillir des éléments d'information nécessaires à l'exercice de ses missions sur l'origine des fonds d'une campagne électorale ainsi que sur leur emploi ; que la saisine par la commission du parquet, prévue par le quatrième alinéa de l'article L. 52-15, implique que le recours aux pouvoirs de coercition prévus par le code de procédure pénale n'est possible que dans le cadre de poursuites judiciaires* »²⁵³ ou encore la décision du 25 février 1992 convenant que si le législateur peut confier une décision de maintien en zone de transit à l'autorité administrative, il doit prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire en raison du degré de contrainte et de la durée de la mesure.²⁵⁴ De même, il affirme « *que les enquêtes demandées par le préfet aux services de police ou de gendarmerie, qui ont la nature d'enquête administrative, se limiteront à la recherche d'informations nécessaires à l'établissement d'une telle preuve* ».²⁵⁵

104- On peut noter à ce titre que les autorités administratives indépendantes qui ont fleuri à partir des années 80 et ne cessent de croître dans le paysage juridique ne peuvent exercer dans le cadre leurs enquêtes des perquisitions domiciliaires et des saisies sans y avoir été autorisées par un juge judiciaire.

105- Il apparaissait ainsi que dans toutes les hypothèses où était constaté un risque d'atteinte « *excessive* »²⁵⁶ à la liberté individuelle, telle que comprise largement par le Conseil (avant son revirement) emportait la nécessaire intervention de l'autorité judiciaire. Nous avons vu que le Conseil était depuis revenu à une conception beaucoup plus stricte de la notion de liberté individuelle comme fondant l'intervention de l'autorité judiciaire conformément à une certaine vision administrativiste : « *la vision dogmatique assimilant toute restriction de la liberté*

²⁵¹ Décision DC N°76-75 Op. cit.

²⁵² Décision DC n°94-352 Op. cit.

²⁵³ Décision DC n° 89-271 du 11 janvier 1990, Conseil constitutionnel, cons. n°3

²⁵⁴ Décision DC n°92-307, du 25 février 1992 Op. cit.

²⁵⁵ Décision DC n°97-389 du 22 avril 1997, Conseil constitutionnel, cons. n° 4

²⁵⁶ Décision DC n° 93-325 DC du 13 août 1993, Conseil constitutionnel, cons. 58 à 60 : « *Considérant qu'en égard aux conditions posées par cet article qui relèvent d'exigences impérieuses de l'ordre public, les modalités spécifiques qu'il prévoit pour l'intervention de décisions d'expulsion, mesures de police administrative, ne portent pas à la liberté individuelle des atteintes excessives* »

personnelle (du fait de la police administrative) à une atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, et appelant dès lors l'intervention du juge judiciaire, se heurterait à de manifestes impossibilités pratiques »²⁵⁷. Nous avons dès lors constaté que les interventions de l'autorité judiciaire dans les matières autres que celles ressortissant du champ de la police judiciaire étaient limitées aux privations de liberté. En somme, cette nouvelle définition a eu pour effet de laisser une compétence beaucoup plus poussée aux autorités administratives et au juge administratif dans la mise en oeuvre et dans le contrôle de mesures attentatoires aux libertés, avec pour seule exigence que ces mesures soient justifiées par « la nécessité de sauvegarder l'ordre public ».²⁵⁸ On peut citer ici la décision du 23 juillet 2015 au terme de laquelle le Conseil constitutionnel affirme que « lorsqu'est en cause la police administrative, le juge administratif est pleinement compétent pour se prononcer sur les mesures prises en matière de prévention des atteintes à l'ordre public ».²⁵⁹

106- Le Conseil précisera ainsi « en dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une ; qu'en pareil cas, l'autorité judiciaire doit en être au plus tôt informée et le reste de la procédure placé sous sa surveillance ».²⁶⁰ Une exception demeure toutefois s'agissant des contrôles préventifs et fouilles de véhicules (articles 78-2, 78-2-2, 78-2-4 du Code de procédure pénale) que le Code de procédure pénale place en vertu de l'article 78-1 sous le contrôle du Procureur de la République.

107- On peut relever qu'il est assez curieux que le Conseil constitutionnel juge que la police judiciaire doit être placée sous l'autorité et le contrôle « permanent » et « effectif »²⁶¹ de l'autorité judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution.²⁶² En effet, si cette hiérarchie est établie par les dispositions du Code de procédure pénale, l'interprétation actuelle de l'article 66 de la Constitution ne semble pas pouvoir fonder un tel rattachement. Comme le souligne le Professeur GRANGER, ce rattachement « demeure fragile »²⁶³ dès lors où le Conseil s'en justifie par la mention du risque que la mesure fonde *in fine* « une mesure privative de liberté ».²⁶⁴ En somme, toutes les mesures de

²⁵⁷ « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité » J.-É. Schoettl, Gazette du Palais, 7 février 2006

²⁵⁸ Décision DC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Conseil constitutionnel, cons n°8

²⁵⁹ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Conseil constitutionnel, cons n°9 et 18, Commentaire de la décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cahiers du Conseil, p. 14

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Décision DC n°97-389 du 27 avril 1997, Conseil constitutionnel, cons n°19 et 76

²⁶² Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Conseil constitutionnel, cons n°141. En ce sens également, décision n°2014-693 DC du 25 mars 2014 ou encore, décision n°2011-625 du 10 mars 2011.

²⁶³ « La distinction police administrative/police judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » Op. cit.

²⁶⁴ « Commentaire de la décision du 10 mars 2011 », cahiers du Conseil constitutionnel, p 37

police judiciaire, même si elles s'inscrivent dans un but de recherche et d'appréhension d'auteurs d'infractions n'aboutissent pas au prononcé d'une peine privative. Surtout, ce rattachement aurait été cohérent s'il s'était fondé sur un constat simple : les mesures mises en oeuvre peuvent être coercitives et partant attentatoires à la liberté individuelle envisagée comme recouvrant l'arrestation, la détention et l'inviolabilité du domicile. Ce raisonnement ne sera pas adopté par le Conseil constitutionnel dès lors qu'il l'empêcherait de reconnaître la compétence des autorités administratives à l'égard de certaines mesures qui ébranlent à l'évidence la distinction entre les mesures coercitives ressortissant de la compétence de la police judiciaire parce que justifiées par la vraisemblance qu'une infraction a été commise et les mesures bien moins attentatoires, en réalité de nature formelle, « *originellement et classiquement normative* »²⁶⁵ ressortissent de la police administrative parce que ne reposant plus sur des indices objectifs mais sur de la prévention. On peut d'ailleurs voir dans la décision du 19 janvier 2006 permettant l'introduction d'une procédure de réquisition administrative afin de prévenir des actes de terrorisme le signe de cet ébranlement.²⁶⁶

108- Aussi les Professeurs ROLIN et SLAMA s'inquiétaient-ils de voir que « *d'une manière générale, il est frappant de constater à quel point les travaux parlementaires révèlent une volonté d'entretenir la confusion entre dispositifs préventifs, destinés à empêcher la commission d'attentats terroristes, et volets répressifs, destinés à identifier et à sanctionner leurs auteurs et complices. Le rapporteur auprès de la commission des lois de l'Assemblée assume d'ailleurs ce « mélange des genres » lorsqu'il souligne que « l'originalité du système français tient justement au caractère artificiel de cette distinction* ». ²⁶⁷

109- Effectivement, l'interprétation de l'article 66 de la Constitution a eu pour résultante de permettre l'exclusion de l'intervention du juge judiciaire dans des situations où les mesures employées étaient proches voire identiques à celles utilisées pour permettre la recherche d'infractions et l'appréhension de leur(s) auteur(s) et prévues par le Code de procédure pénale. Ce mouvement né de la reconnaissance symptomatique d'un véritable droit fondamental à la sécurité exprimé par l'article 1er de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité qui a conduit « *l'adoption de toutes les mesures nécessaires à sa sauvegarde* ». ²⁶⁸

110- À l'évidence depuis, les lois tendant à renforcer la sécurité intérieure et à lutter contre le terrorisme ont multiplié les cas dans lesquels l'autorité administrative et le juge administratif sont compétents pour connaître de mesures très attentatoires aux droits et libertés fondamentaux. L'équilibre jadis revendiqué entre la sauvegarde de l'ordre public et la protection des droits et libertés fondamentaux est sérieusement remis en cause ces dernières années. D'ores et déjà, il

²⁶⁵ « POLICE JUDICIAIRE . – Agents de police judiciaire. Agents de police judiciaire adjoints . – Fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire », J. BUISSON, Jurisclasseur Fas. 20, article 20 à 29, n°6

²⁶⁶ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Conseil constitutionnel

²⁶⁷ « *Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste* », Frédéric Rolin – Serge Slama, AJDA 2006. 975

²⁶⁸ « *Que reste t'il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* », G. ARMAND, RFDC, p. 37

convient de soumettre notre étonnement ; à mesure que le souci du législateur s'inscrit dans une tendance visant à la prévention de l'ordre public dans une logique sécuritaire et éminemment attentatoire aux libertés, la compétence du juge administratif en la matière est de plus en plus étendue. Aussi convient-il d'étudier successivement les mesures instituées au profit des services de renseignement (i), dans le cadre de l'état d'urgence (ii) et à la faveur de la « lutte contre le terrorisme » (iii).

i) Les mesures adoptées par la loi relative au renseignement

111- Elles résultent de l'adoption de la loi du 24 juillet 2015.²⁶⁹ Celle-ci avait pour objectif de donner « *un cadre légal, cohérent et complet pour les services de renseignement* »²⁷⁰ complétant la loi du 10 juillet 1991²⁷¹ qui avait légalisé les interceptions de sécurité soustraites de toute décision judiciaire au profit d'un contrôle exercé par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité et les lois des 23 janvier 2006 et du 18 décembre 2013 qui avaient légalisé l'accès aux données de connexion²⁷² en réunissant désormais tous les dispositifs dans un seul Chapitre - « *Du renseignement* » - du Code de la sécurité intérieure. Cette loi encadre un ensemble de mesures coercitives mises à la disposition des services de renseignement, à telle enseigne que le Professeur DELMAS-MARTY s'inquiétait de voir la démocratie « *se jeter dans les bras de Big brother* ».²⁷³ La loi confie le contentieux en premier et dernier ressort des requêtes diligentées contre la mise en oeuvre des techniques prévues au Conseil d'État en l'entourant de règles procédurales propres à permettre le respect du secret défense.

112- Dans une décision du 20 juillet 2015,²⁷⁴ le Conseil constitutionnel a validé la majeure partie du dispositif mis en place au terme d'un contrôle qualifié par certains auteurs de « *minimal* »²⁷⁵ alors même que comme le souligne le Professeur ROBLLOT-TROZIER, la Commission nationale consultative des droits de l'homme avait relevé, dans un avis du 16 avril 2015, que « *plusieurs des techniques de recueil du renseignement légalisées dans le projet de loi permettent une surveillance généralisée et indifférenciée* » et avait considéré que « *le contrôle de la nouvelle CNCTR pourrait*

²⁶⁹ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

²⁷⁰ Conseil des Ministres du 19 mars 2015, à propos du projet de loi relatif au renseignement

²⁷¹ La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications

²⁷² La loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme; La loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

²⁷³ « *La démocratie dans les bras de Big Brother* », M. DELMAS-MARTY, In Le Monde du 4 juin 2015, entretien réalisé par F. Johannès

²⁷⁴ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Conseil constitutionnel

²⁷⁵ « *Un contrôle de constitutionnalité restreint sur les mesures de la police administrative du renseignement* », Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel, Agnès Roblot-Troizier, RFDA 2015. 1195

être largement inefficace». ²⁷⁶ En effet, si les techniques de renseignement ne peuvent être autorisées par le Premier ministre qu'après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (anciennement des interceptions téléphoniques), autorité administrative indépendante, cet avis n'est pas contraignant et n'oblige le Premier ministre qu'à exposer les motifs ayant justifié qu'il outrepassa cet avis. Cette commission exerce également un contrôle *a posteriori* d'office ou sur saisine de la personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement illégale n'est exercée à son encontre. À l'issue de ce premier recours, la saisine du Conseil d'État devient possible.

113- En outre, au grief tiré de ce que ces techniques, puisque mises en oeuvre par le Premier ministre après avis non contraignant de la CNCTR, portent atteintes notamment à la liberté d'expression et à la liberté de communication, de sorte qu'elles auraient dû être placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution, le Conseil répondra que l'autorisation en « *elle-même* » ne porte atteinte ni à l'inviolabilité des domiciles, ni à la vie privée, ni au secret des correspondances (jouant ainsi sur les mots dès lors que l'autorisation permet des mesures qui y sont vraisemblablement attentatoires) et que ces mesures sont des mesures de police administrative à l'égard desquelles existe un recours juridictionnel. Il faut ici comprendre que ces techniques, parce qu'étant de nature administrative (alors même que comme le relève le Professeur BUISSON, on passe d'un changement de fondement de la coercition qui ne se fonde plus sur de la répression mais de la prévention²⁷⁷) et parce que ne portant pas atteinte à la liberté individuelle (en tant que privation de liberté), peuvent parfaitement être de la compétence du pouvoir exécutif dès lors que existe un recours juridictionnel (en l'espèce exercé par le Conseil d'État).²⁷⁸

114- Le Conseil dénie toute légitimité à l'intervention judiciaire en rappelant que « *les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relèvent de la seule police administrative ; qu'il [le dispositif] ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs* », ²⁷⁹ en écho à la censure qu'il avait opérée en 2006.²⁸⁰ Or, il apparaît que parmi les finalités pour lesquelles peuvent être mises en oeuvre des techniques de renseignement telles qu'elles ont été édictées par le législateur, la

²⁷⁶ Communiqué de presse sur l'Avis sur le projet de loi relatif au renseignement de la CNCDH, Paris 16 avr. 2015, www.cncdh.fr.

²⁷⁷ « *POLICE JUDICIAIRE . – Agents de police judiciaire. Agents de police judiciaire adjoints . – Fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire* » Op. cit.

²⁷⁸ Ibid. Cons n°16 à 21

²⁷⁹ Ibid. Cons n°9

²⁸⁰ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Conseil constitutionnel, cons n°5 « *que, pour leur part, les réquisitions de données permises par les nouvelles dispositions constituent des mesures de police purement administrative ; qu'elles ne sont pas placées sous la direction ou la surveillance de l'autorité judiciaire, mais relèvent de la seule responsabilité du pouvoir exécutif ; qu'elles ne peuvent donc avoir d'autre finalité que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que, dès lors, en indiquant qu'elles visent non seulement à prévenir les actes de terrorisme, mais encore à les réprimer, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs* »

frontière entre la prévention et la répression n'est pas évidente. On peut dire que ces finalités ne tombent pas sous le sens : « 1° *L'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale* ; 2° *Les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère* ; 3° *Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France* ; 4° *La prévention du terrorisme* ; 5° *La prévention : a) Des atteintes à la forme républicaine des institutions ; b) Des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L. 212-1 ; c) Des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique* ; 6° *La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées* ; 7° *La prévention de la prolifération des armes de destruction massive* » ». Aussi les requérants avaient souligné que ces finalités étaient trop larges et imprécises, ce à quoi le Conseil répondra que ces finalités ont en réalité été instituées par le législateur par référence à celles visées par le Code pénal et aux infractions qu'il définit, et ce, alors même que la loi n'en disait pas mot.²⁸¹ Mais rassurons-nous, « *la décision de recourir aux techniques de renseignement et les techniques choisies devront être proportionnées à la finalité poursuivie et aux motifs invoqués* » et il appartiendra à la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement au Conseil d'État de s'assurer du respect de cette exigence de proportionnalité.²⁸² Difficile donc d'établir quand est-ce que l'on procède pour la prévention et quand est-ce que l'on s'attache à la recherche de preuve. On peut ici reprendre les mots du Professeur PARIZOT : « *ne nous leurrons donc pas : si les informations recueillies par les services spécialisés de renseignement ne peuvent pas directement servir de preuve pour une infraction commise, elles permettront (et permettent déjà) de faire démarrer une enquête ou une instruction* ».²⁸³

115- Peu d'exigences sont en effet requises : des finalités suffisamment « définies », une autorisation ministérielle et l'existence d'un recours juridictionnel (donc *a posteriori*...) suffisent à permettre que ces mesures soient reconnues conformes à la Constitution.²⁸⁴ Seules la procédure « d'urgence opérationnelle », sanctionnée parce que manifestement disproportionnée, et la surveillance des communications émises ou reçues à l'étranger, sanctionnée en raison d'une incompétence négative du législateur, seront censurées.²⁸⁵

116- Plus tard, la loi du 21 juillet 2016²⁸⁶ a édicté des mesures permettant le renforcement des recueils des données perçues par les opérateurs téléphoniques en temps réel. Désormais, cette

²⁸¹ Décision du 23 juillet 2015, Op. cit. cons n°10

²⁸² Ibid. cons n°11

²⁸³ « *Sécurité intérieure - Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement* », R. Parizot, La Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 5 Octobre 2015, doct. 1077

²⁸⁴ Décision du 23 juillet 2015, Op. cit. Cons n°25

²⁸⁵ Ibid. cons n°29 et 78

²⁸⁶ 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

technique de renseignement peut être ordonnée contre une personne « *préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace* » et non plus une personne identifiée comme une menace, ce qui a été validé par le Conseil constitutionnel.²⁸⁷ Seule la disposition permettant la mise en oeuvre d'une technique identique à l'égard des personnes dans l'entourage « *dont il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation* » a fait l'objet d'une censure : « *le législateur a permis que fasse l'objet de cette technique de renseignement un nombre élevé de personnes, sans que leur lien avec la menace soit nécessairement étroit. Ainsi, faute d'avoir prévu que le nombre d'autorisations simultanément en vigueur doit être limité, le législateur n'a pas opéré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée* ». Le fait que ces techniques puissent procéder à l'égard de personnes « susceptibles de fournir des informations » ne pose aucun problème alors qu'il n'y a aucune vraisemblance quant à la menace, mais une vraisemblance quant à la possession d'une information, ce qui apparaît bien difficile à justifier.

117- Le Professeur BUISSON parle d'une véritable « *mutation de la police administrative* » qui n'a fait que se confirmer.²⁸⁸

ii) Les mesures permises dans le cadre de l'état d'urgence

118- La loi du 20 novembre 2015²⁸⁹ a permis, outre la première prorogation de l'état d'urgence déclaré par décret du 14 novembre 2015 à la suite des attentats terroristes ayant frappé la France, la modification de certains articles de la loi du 3 avril 1955. Les juges judiciaires, au premier chef desquels le Président de la Cour de cassation, ont pu faire part de leurs inquiétudes quant à la relégation de l'autorité judiciaire à un second plan dans un contexte largement propice à des restrictions voire des privations de liberté injustifiées,²⁹⁰ la vraisemblance d'un danger permettant leur mise en oeuvre étant faible.

119- C'est dans le contexte de la guerre d'Algérie que le régime de l'état d'urgence a été pour la première fois institué. La loi du 3 avril 1955²⁹¹, qui n'a pas d'assises constitutionnelles, permet la concentration des pouvoirs aux mains des pouvoirs civils dans des circonstances exceptionnelles : « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas*

²⁸⁷ Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017 La Quadrature du net et autres (Accès administratif en temps réel aux données de connexion)

²⁸⁸ « *POLICE JUDICIAIRE . – Agents de police judiciaire. Agents de police judiciaire adjoints . – Fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire* », Op. cit.

²⁸⁹ 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

²⁹⁰ En ce sens, voir « *Projet de loi constitutionnelle Protection de la Nation* », Intervention au Sénat de Monsieur Bertrand LOUVEL, Premier président de la Cour de cassation, 1er Mars 2016

²⁹¹ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »²⁹². L'état d'urgence se distingue en ce sens de l'état de siège, prévu par la Constitution, qui confie les pouvoirs aux militaires²⁹³ et doit être prorogé par une loi à l'issue d'un délai de 15 jours²⁹⁴ suivant le décret prévoyant sa mise en oeuvre et dont la légalité peut être contestée.²⁹⁵ Dans une décision du 25 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a déclaré ce régime conforme à la Constitution, considérant par ailleurs que « *si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public.* »²⁹⁶ La question de la Constitutionnalisation de ce régime a été posée. Aussi, un projet de loi constitutionnelle « de Protection de la Nation » a été déposé le 23 décembre 2015 à l'Assemblée nationale, suscitant de vives réactions de la classe politique, mais aussi de juristes²⁹⁷ contestant « *la constitutionnalisation de l'arbitraire* »²⁹⁸ et dénonçant une dissension entre l'exposé des motifs de la loi et son contenu, inapte à encadrer l'exception voire permettant sa pérennisation. Le projet fut finalement abandonné le 30 mars 2016.

²⁹² Article 1er de la loi du 3 avril 1955

²⁹³ Article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958 « *L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement* », issu de la Constitution du 27 octobre 1946, article 7, introduit par la loi constitutionnelle du 7 décembre 1954.

²⁹⁴ Article 3 et 4 de la loi du 3 avril 1955 lesquels prévoient respectivement que la durée de l'état d'urgence déclaré par décret ne peut excéder 12 jours, doit être prorogé par une loi qui fixe sa durée définitive et devient caduque passé un délai de 15 jours. Ces modifications sont le fruit d'une ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960. Auparavant, l'état d'urgence avait été ordonné pour une durée fixée par la loi qui seule, avait compétence pour déclarer l'application d'un tel régime.

²⁹⁵ En ce sens, CE, 27 janvier 2016, « Ligue des droits de l'Homme et autres », n°396220, cons n°7 « ***si le Président de la République dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non usage de la faculté qui lui est reconnue par la loi de mettre fin à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois prévu par celle-ci, le silence de la loi sur les conditions de mise en oeuvre de cette faculté ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un Etat de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper sa décision à tout contrôle de la part du juge de la légalité ; qu'il appartient, en conséquence, au juge des référés de se prononcer sur les conclusions subsidiaires des requérants qui tendent à ce qu'il soit enjoint au Président de la République de faire usage de la faculté de mettre fin, par décret en conseil des ministres, à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois ou, à tout le moins, de réexaminer la situation*** »

²⁹⁶ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Conseil constitutionnel, « Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances », cons n°4 réitéré dans sa décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons n°8

²⁹⁷ En ce sens : « *L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion* » Y. MAYAUD, la Semaine juridique, Edition générale, 2016 n°344 ou encore « *Fallait-il constitutionnaliser l'État d'urgence* » C. LAZERGES, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD, Op. cit.

²⁹⁸ « *État d'urgence : un statut constitutionnel donné à l'arbitraire* », Saint-Bonnet, O. Beaud, La Semaine juridique Edition générale, 2016 n° 71

120- L'état d'urgence est un régime d'exception caractérisé par une limitation spatiale²⁹⁹ et temporelle³⁰⁰ permettant une restriction des droits et libertés justifiée par l'urgence. À l'origine, l'article 5 de la loi prévoyait parmi diverses mesures susceptibles d'être ordonnées par le ministre de l'intérieur ou le Préfet : l'interdiction de la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et à l'heure fixés par arrêté ; l'institution, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ; l'interdiction de séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics.³⁰¹ Surtout, était (et est toujours) prévu la possibilité qu'un décret fixe des zones au sein desquelles des mesures « complémentaires » puissent être mises en oeuvre : prononcer des assignations à résidence³⁰², ordonner la remise des armes de première, quatrième et cinquième catégories³⁰³, la fermeture des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature ainsi que celles de nature à provoquer ou entretenir le désordre³⁰⁴. Enfin, les autorités administratives peuvent se voir autorisées à procéder à des perquisitions administratives de jour comme de nuit et à contrôler la presse et les publications de toute nature ainsi que les émissions radiophoniques, les projections cinématographiques ou les représentations théâtrales.

121- Ces dispositions ont depuis fait l'objet de modifications instituées par de nombreuses lois sous l'égide du Conseil constitutionnel. Néanmoins, il demeure qu'elles se caractérisent par un renforcement des prérogatives de l'autorité administrative et l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire (à l'exception de l'information donnée au Procureur de la République, mais nous reviendrons sur son rôle ambigu). Le Conseil s'est prononcé sur la constitutionnalité des assignations à résidence telles que prévues par la loi du 20 novembre 2015.³⁰⁵ La décision du 22

²⁹⁹ Article 1er de la loi du 3 avril 1955 « *l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie* »

³⁰⁰ À ce sujet, les prorogations successives qui ont pu être constatées entre 2015 et 2017 ont suscité le scepticisme de certains en doctrine puisque normalement la loi qui vient proroger l'état d'urgence déclaré par décret « *fixe sa durée définitive* » (article 3). Ainsi on peut citer le Professeur DREUILLE « *Dès lors, on peut se demander si le législateur dispose du pouvoir de proroger à plusieurs reprises l'état d'urgence en s'affranchissant de la procédure initiale qui paraît bien imposer un décret déclarant l'état d'urgence pour une durée limitée à 12 jours. Cette problématique soulevée par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 18 févr. 2016, § 16, JO 26 févr. 2016. – V. également CNCDH, Avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, 17 mars 2016, § 4 : JO 4 juin 2016) atteste des difficultés de concilier état d'urgence et permanence dans le temps.* » In « *Etat d'urgence* », J.F. DREUILLE, Jurisclasseur lois pénales spéciales, 25 septembre 2016 ; dans sa décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, le Conseil considère que « *cette durée [fixée par la loi de prorogation] ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* » (cons n°13) sans donc se prononcer sur la faculté du législateur a édicté des prorogations successives.

³⁰¹ Article 5 de la loi du 3 avril 1955

³⁰² Article 6 Ibid.

³⁰³ Article 9 Ibid.

³⁰⁴ Article 8 Ibid.

³⁰⁵ Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Conseil constitutionnel, « M. Cédric D. » (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence)

décembre 2015 est la première à apprécier la constitutionnalité de mesures permises par l'état d'urgence. L'assignation à résidence est une mesure confiée au ministre de l'intérieur qui peut l'exercer contre « *toute personne résidant dans la zone fixée par le décret [déclarant l'état d'urgence]* » à condition qu'il existe à son encontre « *des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* » (et non plus parce que son activité est dangereuse : on passe de la certitude à la vraisemblance). La loi du 20 novembre 2015 permet au ministre de l'intérieur d'assortir la mesure de certaines obligations³⁰⁶ dont notamment astreindre la personne à demeurer dans un lieu d'habitation pendant la plage horaire qu'il fixe dans la limite de 12 heures par 24 heures voire dans certaines conditions permettre son placement sous surveillance électronique mobile, ce qui avait reçu les faveurs du Conseil d'État³⁰⁷.

122- Sur la méconnaissance des garanties tirées de l'article 66 de la Constitution, le Conseil considère que « *tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent aucune privation de la liberté individuelle* » (cons n°5). Reprenant sa jurisprudence habituelle, il constate l'incompétence de l'autorité judiciaire eu égard à la nature administrative de la mesure qui « *ne peut avoir d'autres buts que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* » et à l'absence de privation de liberté dès lors qu'elle ne peut « *avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes* » assignées à résidence et sous réserve que l'astreinte à domicile n'excède pas 12 heures pour 24 heures (cons n°6). Nous reviendrons sur cette conception très particulière de la notion de détention. Il confirme par ailleurs la place du juge administratif comme gardien désormais « naturel »³⁰⁸ de la légalité de ces mesures et juge suffisantes les garanties établies dès lors que « *le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* » (cons n°12) sans pour autant se soucier du fait que ce contrôle puisse intervenir plusieurs mois après le début de la mesure³⁰⁹ et que les procédures de référés en vigueur conditionnent la suspension d'une mesure « à une atteinte grave et manifestement illégale ».

³⁰⁶ Prescrire à la personne assignée à résidence l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, ainsi que de remettre son passeport ou tout document justificatif de son identité ; interdire à la personne assignée de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes.

³⁰⁷ Avis n° 390.786 du 17 novembre 2015

³⁰⁸ « La première QPC relative à l'état d'urgence », Verpeaux, Michel, La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 15 février 2016, n° 6, p. 37-40

³⁰⁹ CE, 11 décembre 2015 n°395009, le Conseil d'État précise que le contrôle est désormais entier. Cf « *sous l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir* ». On peut reprendre les propos de E. DAOUD dans son article « *Etat d'urgence et contrôle du juge administratif : la grande illusion* » qui, dénonçant la procédure ayant jalonné la suspension de l'assignation à résidence de Hakim A. se demande si le juge administratif a fait « autre chose que constater l'erreur manifeste d'appréciation ? ». In l'obs, 3 février 2016

123- Prenant acte de la réserve formulée par le Conseil constitutionnel dans cette décision³¹⁰, le législateur a modifié les dispositions de l'article 6 par une loi du 19 décembre 2016.³¹¹

124- Certaines de ces dispositions nouvelles ont fait l'objet d'une QPC dont l'issue est intéressante pour la suite de nos développements.³¹²

125- D'une part, le Conseil considère que « *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 toutefois pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté* », de sorte qu'une assignation à résidence, bien que durant depuis plus de 12 mois, demeure soustraite à la compétence du juge judiciaire. D'autre part, il considère que le législateur ne peut prévoir l'intervention préalable du « juge des référés du Conseil d'état » afin d'autoriser une prolongation de l'assignation dès lors que cette autorisation, n'était pas une décision provisoire assimilable à celle prise par un juge en référé et attribuait « *au Conseil d'État statuant au contentieux la compétence d'autoriser, par une décision définitive et se prononçant sur le fond, une mesure d'assignation à résidence sur la légalité de laquelle il pourrait ultérieurement avoir à se prononcer comme juge en dernier ressort* » (cons n°12). Le raisonnement semble « implacable »³¹³ mais témoigne en réalité de l'impossibilité pour l'ordre administratif d'intervenir *a priori* sur ces mesures : ce qui n'est pas le cas de l'autorité judiciaire.

126- Le Conseil a par suite été appelé à statuer sur les perquisitions, visites domiciliaires et saisies administratives.³¹⁴ S'agissant des perquisitions, le Conseil reprend sa jurisprudence désormais habituelle : ces mesures étant préventives elles « *relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, [et] ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* » et elles « *n'affectent pas la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* » de sorte « *que ces perquisitions administratives n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire* » (cons. 4). Ici, la nouvelle acception de l'article 66 engendre des conséquences évidentes : l'intervention de l'autorité judiciaire n'est plus requise dès lors que la mesure se rattache aux articles 2 et 4 de la DDHC.³¹⁵ Le doute était

³¹⁰ Cons n°13 « *si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées* »

³¹¹ 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

³¹² Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, Conseil constitutionnel, « M. Sofïyan I »

³¹³ « *État d'urgence - Confier au juge administratif un contrôle a priori des assignations à résidence est inconstitutionnel* », Commentaire par Serge DEYGAS, Procédures n° 5, Mai 2017, comm. 115

³¹⁴ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)

³¹⁵ On peut en trouver la manifestation dans la décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : le Conseil mentionne l'intervention du « juge » sans distinguer s'il est administratif ou judiciaire ce qui constate sensiblement avec la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*.

pourtant largement permis : le Conseil d'État avait saisi le Conseil sur le grief tiré de ce que « *les dispositions de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettant, sous ce régime, des perquisitions administratives, « mettent en cause l'inviolabilité du domicile en méconnaissance des exigences résultant de l'article 66 de la Constitution ou de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, soulève une question sérieuse* »³¹⁶

127- S'agissant de la possibilité pour l'autorité administrative de copier toutes les informations auxquelles elle aura eu accès au cours de la perquisition, le Conseil les assimile à « des saisies » et constate que ces saisies ne sont pas soumises à l'autorisation « d'un juge »³¹⁷ - sans préciser son appartenance administrative ou judiciaire - de sorte qu'elles doivent être censurées. Dans sa décision du 2 décembre 2016, il entérinera implicitement l'inexistence d'une obligation d'autorisation préalable d'un juge avant la saisie elle-même.³¹⁸

128- On ne peut que constater l'acquiescement du Conseil face à la possibilité de mettre en oeuvre des mesures identiques à celles qui s'exercent dans le cadre de poursuites judiciaires et de les confier à l'appréciation du juge administratif. Ceci est d'autant plus choquant que, si l'on peut admettre l'absence de l'intervention du juge judiciaire dans le cadre de perquisition eu égard à l'acceptation désormais bien assise de l'article 66, la compétence du juge administratif est aussi reconnue à l'égard de mesures telles que l'assignation à résidence ou le placement sous surveillance électronique mobile alors que celles-ci sont des mesures initialement envisagées comme alternatives à la détention provisoire dans le cadre de l'information judiciaire et à l'emprisonnement dans le cadre de l'exécution d'une condamnation (cf. infra). Aussi, certains auteurs, dont Monsieur TUKOV, pourtant favorables à une telle interprétation de la répartition des compétences ont pu constaté que cette dévolution faite au juge administratif constitue une dérogation eu égard aux règles procédant de notre tradition juridique.³¹⁹

129- On aurait pu nuancer cette appréciation en se fondant sur le caractère exceptionnel du contexte - qui est d'ailleurs mis en avant par le Conseil - dans lequel ces mesures sont mises en place (ce qui ne fait cependant pas l'unanimité, on aurait pu considérer, à l'instar de Monsieur LOUVEL que « *plus les restrictions aux libertés sont sollicitées, plus le juge naturel des libertés doit être lui-même mobilisé* »³²⁰, défendant alors une vision de l'autorité judiciaire comme pleinement gardienne de la liberté individuelle sous tous ses aspects) : force est pourtant de constater que ces mesures se retrouvent désormais dans le droit commun.

³¹⁶ CE, 15 janv. 2016, n° 395092, Ligue des droits de l'homme

³¹⁷ Décision du 19 février 2016, Op. cit. cons n°14

³¹⁸ Commentaire de Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 « M. Raïme A. » (Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III), p. 8

³¹⁹ « *L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ?* », C. Tukov, AJDA 2016. 936

³²⁰ « *Projet de loi constitutionnelle Protection de la Nation* », Intervention au Sénat de Monsieur Bertrand LOUVEL, Premier président de la Cour de cassation, 1er Mars 2016

iii) Les mesures instituées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

130- Dans le but explicite d'édicter des mesures « destinées à prendre le relais, en matière de lutte contre le terrorisme, de certaines mesures de police administrative mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence et, ainsi, en dotant l'État de prérogatives particulières lui permettant de faire face à une menace terroriste devenue pérenne, d'autoriser la sortie de l'état d'urgence »³²¹ la loi du 30 octobre 2017³²² instaure au sein du Code de la sécurité intérieure des dispositions permettant au ministre de l'intérieur de prendre des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance parmi lesquelles figure l'assignation à résidence. Il permet également au Préfet d'instituer des périmètres de sécurité ; de fermer des lieux de cultes ou encore procéder à des perquisitions et saisies administratives.

131- Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de ces dispositions dans deux décisions du 16 février 2018³²³ et du 29 mars 2018³²⁴ et a validé la majeure partie du dispositif sans que ne se pose d'ailleurs la question de leur rattachement à l'article 66 de la Constitution. S'agissant des assignations à résidence, on peut relever d'abord, que ces mesures ne peuvent être prises « qu'aux seules fins de prévenir un acte de terrorisme »³²⁵ ce que le Conseil constitutionnel a jugé suffisamment précis ³²⁶ et contre des personnes à l'égard desquelles existent « des raisons sérieuses de penser » que leur comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics ou qui « soit entrent en relation de manière habituelle avec des personnes ou organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme ; soit soutiennent ou adhèrent à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme en France ou à l'étranger ou faisant l'apologie de tels actes. »³²⁷ Il existe deux régimes d'assignation : l'un prévu par l'article L. 228-2 du CSI qui prévoit un périmètre ne pouvant excéder celui de la commune³²⁸ de

³²¹ Commentaire de la décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018 « M. Farouk B » p. 2

³²² Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

³²³ Décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, Conseil constitutionnel, « M. Farouk B. »

³²⁴ Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, Conseil constitutionnel, « M. Rouchdi B. et autre »

³²⁵ Article L218-1 du CSI

³²⁶ Décision du 16 février 2018, Op.cit. cons n°15

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Il doit toutefois permettre à l'intéressé de poursuivre une vie familiale et professionnelle de sorte que son extension aux territoires « d'autres communes ou d'autres départements que ceux de son lieu habituel de résidence » est rendu possible

résidence.³²⁹ Cette assignation ne comporte pas d'astreinte à domicile et ne peut excéder 12 mois.³³⁰ L'autre régime résulterait de la combinaison des articles L228-2 et L.228-3 du CSI et consiste en une assignation à résidence dont le périmètre ne peut être inférieur à celui du département. Elle se caractérise par un placement sous surveillance électronique mobile subordonné au consentement écrit de la personne qui se substitue à l'obligation de présentation aux services de gendarmerie ou de police. « *Le dispositif technique ne peut être utilisé par l'autorité administrative pour localiser la personne, sauf lorsque celle-ci a quitté ce périmètre ou en cas de fonctionnement altéré dudit dispositif technique* »³³¹. Un recours pour excès de pouvoir pourra être introduit et le juge administratif devra statuer à bref délai.³³² La décision de renouvellement peut faire l'objet d'un recours suspensif devant le juge administratif qui dans les 48h devra déterminer si existe conformément au droit commun « *une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale pour ordonner toutes mesures nécessaires à sa sauvegarde* ».³³³

132- S'agissant des périmètres de protection, ils permettent aux Préfet d'instituer des zones au sein desquelles l'accès et la circulation des personnes sont réglementés à des fins de sécurisation d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque terroriste « *à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation* »³³⁴ La durée maximale de validité de l'arrêté préfectoral est fixé à un mois, renouvelable « *si les conditions prévues au premier alinéa continuent d'être réunies* »³³⁵. L'arrêté préfectoral doit fixer les opérations de vérification auxquelles les personnes sont susceptibles d'être soumises pour accéder ou circuler dans le périmètre de protection et se limiter - sous réserve du consentement de la personne - à des palpations de sécurité, à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ou encore à la visite des véhicules. Si les personnes refusent de se soumettre à ces mesures, elles se voient refuser l'accès à cette zone.

³²⁹ Ainsi que d'autres obligations : l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite d'une présentation quotidienne et obligation de déclarer son lieu d'habitation et tout changement de ce lieu. Ces mesures sont prononcées pour une durée maximale de trois mois à compter de la notification de la décision, renouvelables par décision motivée pour une durée maximale de trois mois. Au-delà d'une durée cumulée de six mois, chaque renouvellement est subordonné à l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires. (article L228-2 du CSI)

³³⁰ Ce que le Conseil a spécialement précisé dans sa décision du 16 février 2018, cons n°17 : « *compte tenu de sa rigueur* », la mesure d'assignation à résidence prévue par les dispositions contestées « *ne saurait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois* »

³³¹ L.228-3 al 3 du CSI

³³² Sur ce point, dans la décision du 16 février 2018, le Conseil a censuré des dispositions prévoyant que le requérant disposait de 1 mois pour introduire un recours pour excès de pouvoir et laissant au juge 2 mois pour statuer sur sa demande (cons n°17) Il a ajouté une réserve destinée à prévoir que le juge administratif soit tenu de statuer dans de brefs délais au nom du droit à un recours juridictionnel effectif.

³³³ L.521-1 CJA

³³⁴ L. 221-6 du CSI

³³⁵ Dans sa décision du 29 mars 2018, le Conseil a formulé une réserve au considérant 17 « *Toutefois, compte tenu de la rigueur des mesures prévues par les dispositions contestées, un tel renouvellement ne saurait, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée, être décidé par le préfet sans que celui-ci établisse la persistance du risque.* »

133- Enfin, s'agissant des perquisitions et saisies administratives, elles peuvent être décidées par le Préfet sur autorisation du juge de la liberté et de la détention de Paris (JLD) après avis du Procureur de la République de Paris. Elles doivent être motivées par la prévention de la commission d'actes de terrorisme et ne peuvent s'exercer qu'à l'encontre de personne vis-à-vis desquelles existent des soupçons.

134- À ce titre, on retrouve les exigences prévues pour permettre l'assignation à résidence d'une personne.³³⁶ L'occupant des lieux doit être présent, à défaut de quoi les agents procédant à la visite devront désigner deux témoins (rapprochant ainsi de près le dispositif des visites en enquête de flagrance). L'article L.229-2 précise que ces visites ne peuvent avoir lieu qu'entre 6 et 21 heures. À défaut, seules l'urgence et la nécessité de l'opération peuvent fonder une autorisation expresse et écrite du JLD. L'article L.229-4 prévoit la possibilité de retenir, pendant une durée ne pouvant excéder 4 heures, la personne dont la fréquentation du lieu a justifié la visite « *lorsqu'elle est susceptible de fournir des renseignements sur les objets, documents et données présents sur le lieu de la visite ayant un lien avec la finalité de prévention de la commission d'actes de terrorisme ayant justifié la visite* ». Le JLD doit en être immédiatement informé et peut mettre un terme à la mesure (en ce sens on note une différence avec l'article 78-3-1 du CPP institué par la loi du 3 juin 2016 qui prévoit une retenue à l'égard de personnes à l'encontre desquelles existent des « *raisons sérieuses de penser que leur comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste* » dont le contrôle est confié au Procureur de la République). L'article L. 229-5 du CSI prévoit qu'il peut être procédé à la saisie de ces documents, ainsi qu'à celle des données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la visite soit par leur copie, soit par la saisie de leur support lorsque la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la visite. L'exploitation des données est soumise à l'autorisation du JLD.

135- Des recours sont prévus afin de permettre devant le premier président de la Cour d'appel de Paris la contestation des ordonnances du JLD ayant autorisé la perquisition ou l'exploitation des données, ainsi que la régularité du déroulement des opérations. L'ensemble des dispositions ont été validées par le Conseil.³³⁷ On note ici le souci du législateur tenant à permettre l'intervention de l'autorité judiciaire : ceci semble conforme à une volonté tendant à maintenir pareille intervention dans tous les cas permettant des visites domiciliaires et des perquisitions (alors que pour rappel, le Conseil ne considère pas que la mesure affecte la liberté individuelle³³⁸.) Ainsi, comme nous

³³⁶ L'article L.229-1 du CSI reprend les conditions prévues pour permettre l'assignation à résidence d'une personne « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes »

³³⁷ Décision du 29 mars 2018, cons n°59

³³⁸ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence] cons n°3

l'avons déjà fait valoir, de telles prérogatives reconnues à certaines autorités administratives indépendantes ne peuvent être mises en oeuvre, à défaut du consentement de l'intéressé, qu'au terme d'une autorisation conférée par le juge judiciaire. Encore faut-il préciser que la prévision d'une intervention préalable suppose la compétence judiciaire dès lors que l'état actuel du droit ne prévoit pas la possibilité faite au juge administratif de procéder par autorisation³³⁹. Il n'en reste pas moins que les textes ne fixent pas les moyens permettant de s'assurer de l'effectivité du contrôle du juge. Qu'est-ce qui permettra à ce dernier de constater l'existence de soupçons ?

136- On ne peut que déplorer l'extension de mesures originellement permises par une exception qui n'avait pas vocation à se poursuivre *ad vitam aeternam*. Si les mesures présentes sont expérimentales et prendront fin le 31 décembre 2020, si elles se fondent sur « l'exception terroriste », il n'en demeure pas moins que trop souvent on a constaté que des régimes exceptionnels avaient fini par contaminer le principe (en ce sens, la loi de programmation 2018-2022 dont certaines dispositions permettaient l'extension de moyen coercitifs hier utilisés pendant l'information, aujourd'hui pour des enquêtes « spéciales », demain peut-être pour toutes les enquêtes ! Car, si la majeure partie d'entre elles ont été censurées par le Conseil, la loi témoigne d'une volonté critiquable consistant à élargir les moyens intrusifs laissés à la disposition des enquêteurs y compris pour les infractions de droit commun, il n'en demeure pas moins qu'elles initient un mouvement consistant en la transposition dans le CSI de dispositions figurant dans un régime exceptionnel et dont on peine à croire qu'il n'ira pas en s'étendant si le contexte s'y prête. Il y a certes des adaptations atténuant la rigueur du dispositif (ex : assignation sans astreinte), mais la multiplication de pareilles prérogatives laissées au représentant de l'État dans le département et au ministre emporte nécessairement un « bouleversement de l'équilibre des pouvoirs »³⁴⁰. Est-on vraiment encore dans la prévention lorsque l'on « soupçonne » une personne d'avoir un « comportement » constituant une menace pour l'ordre public ? N'est-on par d'ores et déjà dans la recherche de l'infraction à l'image de la vraisemblance requise pour déclencher une enquête de flagrance ? Ne peut-on pas citer ici le l'article préliminaire du CPP selon lequel « *les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire* » ? La confusion des rôles de ceux qui peuvent prévenir et ceux qui recherchent est patente et ne va pas dans le sens d'une démocratie en bonne santé.

137- Il semble par ailleurs que le Conseil constitutionnel alimente la concurrence des rôles en conditionnant la satisfaction de mesures attentatoires à l'existence d'un recours juridictionnel sans distinguer le juge compétent pour en connaître. C'est presque au bon vouloir du législateur, ce dont on ne peut pas vraiment lui faire grief, puisque seul ce dernier est légitime à décider. On peut toutefois rester sceptique quant à cette volonté de faire comme si le juge administratif était le pendant, le reflet du juge judiciaire n'intervenant que dans un volet préventif (dont on a vu qu'il

³³⁹ Exception faite de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955

³⁴⁰ « *La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit* » Jean-Baptiste Perrier, D. 2018. 24

n'était pas si explicite) alors même que la Constitution a prévu deux pouvoirs et une autorité judiciaire, soumise aux dispositions prévues par la loi et le règlement, quand le juge administratif est son propre juge, soumis à sa propre jurisprudence et qu'il ne peut intervenir - en général³⁴¹ - qu'à l'occasion d'un contrôle *a posteriori*, fût-ce dans les 48 heures.

138- Tout ceci pour conclure, si besoin en était-il, que la nouvelle acception donnée par le Conseil constitutionnel à la notion de liberté individuelle a eu pour résultante concrète de permettre un accroissement des pouvoirs de l'autorité administrative et du juge administratif sans pour autant que l'on puisse constater dans les contentieux dévolus à l'autorité judiciaire en tant que gardienne du droit à la sûreté un rôle satisfaisant : la reconnaissance de la compétence judiciaire pour contrôler le contrôle de la légalité des actes demeure tributaire de la volonté législative sans que ce soit une obligation constitutionnelle.

139- Reste donc à déterminer si dans le cadre des matières réservées « par nature » à l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel permet à l'article 66 de la Constitution de se garantir contre l'arbitraire.

³⁴¹ L' article L. 227- 1 du Code de sécurité intérieure permet que le juge administratif du référé- liberté soit saisi avant l'exécution d'un arrêté préfectoral ordonnant la fermeture d'un lieu de culte.

II) L'interprétation des exigences découlant de l'article 66 de la Constitution en tant que rempart contre la détention arbitraire : une citadelle assiégée

140- L'article 66 de la Constitution semble commander la prévention des détentions arbitraires par l'instauration de conditions de formes et de fond contrôlées par l'autorité judiciaire et destinées à fonder la légalité d'une privation de liberté (A). Au fur et à mesure des décisions, il semble que l'intervention de l'autorité judiciaire devienne la caution du législateur quant à l'absence d'arbitraire (B).

A) La prévention d'une détention arbitraire à l'aune des exigences de l'article 66 de la Constitution

141- Si le Conseil constitutionnel n'apprécie qu'au terme d'un contrôle restreint la dimension arbitraire d'une détention (b), il se reconnaît parfaitement compétent pour définir ce qui constitue une détention (a)

a) La détermination des détentions relevant de l'article 66 de la Constitution

142- Le Conseil constitutionnel affirme volontiers que « *l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle* ». ³⁴² Soit ! Mais qu'est-ce que désigne le terme détention ? La notion pourrait sembler tomber sous le sens. Pourtant, la jurisprudence du Conseil rend bien difficile l'appréhension de cette notion qui conditionne pourtant l'intervention de l'autorité judiciaire et les exigences découlant *a priori* de l'article 66.

143- Rappelons dès à présent que le Littré définit la détention comme le fait de « *retenir quelqu'un contre sa volonté* » ³⁴³ (*cf supra*). Il résulte de l'étymologie du mot ³⁴⁴ que la détention peut être rapprochée de l'idée de garde, de maîtrise ou de contrôle sur autrui dès lors où « on le tient ». La notion connaît une ambiguïté en ce sens que, tel que nous l'avons dit dans notre introduction, la détention connaît une acception juridique très précise en droit pénal : elle est selon le dictionnaire de G. CORNU une « *peine criminelle politique perpétuelle ou à temps consistant dans l'internement du condamné dans le quartier spécial d'une maison centrale* » qui se distingue ainsi de la réclusion criminelle, utilisée pour les infractions de droit commun. Cependant, - mais nous l'avons dit aussi - le même dictionnaire propose une définition générale de la détention qui permet d'y associer (bien heureusement) des hypothèses extra-pénales.

³⁴² Décision QPC n°2010-92 du 26 novembre 2011, Mme Corinne C, Conseil constitutionnel, cons n°6

³⁴³ Dictionnaire de la langue française, E. Littré, Volume I, 1873

³⁴⁴ Cf. Introduction

144- Chaque fois que le Conseil est appelé à connaître d'un grief tiré de la méconnaissance de la liberté individuelle, il rappelle que depuis sa décision du 16 juin 1999,³⁴⁵ il n'a de la liberté individuelle qu'une conception qui se limite au domaine de « privation de liberté » et cite ainsi : la garde à vue, la détention, la rétention, l'hospitalisation sans consentement. En somme, la doctrine explique régulièrement que l'atteinte à la liberté individuelle est tributaire du degré de contrainte et de la durée de la mesure, critères déjà formulés dans sa décision du 25 février 1992,³⁴⁶ auxquels on peut peut-être associer la finalité de la mesure (*cf infra*). Cette distinction entre la restriction et la privation, adoptée par la C.E.D.H, (*cf supra*) peut surprendre dès lors que « *entre privation et restriction de liberté, il n'y a pourtant qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* » de sorte que l'on peut se demander, à l'instar du Professeur BEAUSSONIE, si « *cette simple différence justifie qu'une garantie constitutionnelle, l'intervention de l'autorité judiciaire, ne s'applique plus, en deçà d'un certain degré, par ailleurs non précisé par la Constitution elle-même.* »³⁴⁷

145- Effectivement, il y a en la matière des interprétations tout-à-fait surprenantes qui tiennent à une fixation prétorienne du seuil à partir duquel l'on passe d'une restriction de liberté à une détention. Il convient d'observer quelles sont les mesures rattachées à la liberté d'aller et de venir puis celles que le Conseil rattache à la liberté individuelle.

146- En matière de contrôle et de vérification d'identité, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 24 juillet 2017, écarte explicitement l'application de l'article 66 de la Constitution : « *Les dispositions contestées des articles 78-2 et 78-2-2 du code de procédure pénale permettent uniquement aux services de police judiciaire de procéder à des contrôles d'identité* » de sorte qu'« *elles n'entraînent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* »,³⁴⁸ ce qu'il réitère dans une décision du 1er décembre 2017.³⁴⁹ Une évolution en somme conforme avec celle de la notion de liberté individuelle et qui tranche avec les décisions rendues antérieurement à 2003.³⁵⁰ Reste toutefois que le Conseil a pu exiger, lorsque ces contrôles procèdent d'une finalité judiciaire, qu'ils s'exercent « *sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire* » compte tenu des exigences de l'article 66 et afin d'offrir des garanties suffisantes contre

³⁴⁵ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel

³⁴⁶ Décision DC n°92-307 du 25 février 1992, Conseil constitutionnel, cons n°13

³⁴⁷ « *Le principe de judiciarité des mesures privatives de liberté* », G. BEAUSSONIE, Les Nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles, p.9 citant ainsi les arrêts rendus par la CEDH sur ce point : CEDH, Guzzardi c/ Italie, 6 nov. 1980, § 93 ; Rantsev c/ Chypre et Russie, 10 mai 2010, § 314 ; et surtout Stanev c/ Bulgarie, 17 janv. 2012, § 115

³⁴⁸ Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, Conseil constitutionnel, « M. Ahmed M. et autre » [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République], cons n°17

³⁴⁹ Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, Conseil constitutionnel, Ligue des droits de l'Homme (Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence), cons n°3, à propos de la censure de dispositions tendant à permettre à des agents municipaux de procéder à ces contrôles.

³⁵⁰ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Conseil constitutionnel, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons n°63 à 65 ; Décision n° 86-211 DC du 26 août 1986, Conseil constitutionnel, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité ; Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, Conseil constitutionnel, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité

l'arbitraire³⁵¹... Dans sa décision du 24 janvier 2017,³⁵² s'il ne précise aucun rattachement à l'article 66, il précise que « *toutefois, en premier lieu, le législateur a confié au procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, le pouvoir d'autoriser de tels contrôles* ». La formule est ambiguë et ne permet pas de déterminer si le Conseil maintient cette exigence au regard de la finalité de la mesure (judiciaire) ou en raison des risques de privation de liberté qui peuvent découler d'un tel contrôle en cas de constatation d'une infraction... Précisons toutefois que, dans sa décision du 1er décembre 2017³⁵³ relative aux contrôles d'identité permis dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil n'a pas censuré le fait que ces contrôles puissent être exécutés sous le contrôle de l'autorité préfectorale³⁵⁴.

147- Il semble falloir en conclure que si les contrôles ne constituent pas une mesure privative de liberté au sens de l'article 66, leur exécution - au nom de l'article 66 ? - doit impérativement être le fait d'officiers de police judiciaire et, sous leur contrôle, d'agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints, y compris en matière préventive afin de garantir l'effectivité et l'efficacité des mesures qui pourront être mises en oeuvre en cas de constatation d'une infraction. Le Conseil ne dit pas mot sur le maintien de ce fondement. On peut cependant remarquer l'incohérence de cette application : le contrôle d'identité n'est pas une atteinte à la liberté individuelle, mais, puisqu'il y a un risque qu'il constitue le point de départ d'une procédure pouvant aboutir à une détention et à défaut d'en confier systématiquement le contrôle à l'autorité judiciaire, il faudra au moins s'assurer que ce sont des officiers de police judiciaire qui l'exercent...(cf. *supra*, l'interrogation avait déjà été soulevée) Les OPJ seraient-ils donc les nouveaux remparts contre l'arbitraire ? Cette constatation demeure néanmoins en suspens dès lors que le législateur confie systématiquement, à l'exception notoire des contrôles opérés pendant l'état d'urgence, la direction des contrôles au Procureur de la République.

148- Le Conseil rattache également à la liberté d'aller et de venir l'instauration d'un périmètre de protection dans le cadre de l'état d'urgence³⁵⁵ ainsi que ceux résultant de l'article L.226-1 du CSI et s'inscrivant dans le cadre de la prévention d'actes terroristes.³⁵⁶

³⁵¹ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI)

³⁵² Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, Op. cit.

³⁵³ Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, Op. cit.

³⁵⁴ L'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955 a été censurée car permettant aux préfets d'y recourir sans avoir à justifier d'un risque particulier d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause.

³⁵⁵ Décision n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018 Associations La cabane juridique / Legal shelter et autre (Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence)

³⁵⁶ Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, Op. cit. cons n°36

149- Le même mouvement peut être observé à l'égard des visites et fouilles de véhicules soumises à l'article 66 de la Constitution dans la décision du 12 janvier 1977³⁵⁷ et dans de nombreuses décisions postérieures³⁵⁸ y compris après que le Conseil ait rattaché la liberté d'aller et de venir aux articles 2 et 4 de la DDHC.³⁵⁹ Elles ne résisteront pas à ce mouvement et finiront par être rattachées à la liberté personnelle³⁶⁰ : « *s'agissant des visites de véhicules réalisées dans le cadre de la police administrative, le Conseil constitutionnel est également passé d'un contrôle fondé sur une acception extensive de la protection de la liberté individuelle à une approche autonome des droits et libertés garantis au titre de la liberté personnelle.* »³⁶¹ Remarquons que ces visites, même dans le cadre de l'état d'urgence, sont placées sous l'autorité du Procureur de la République par l'article 78-2-4 du CPP. Il en va de même s'agissant du nouvel article 78-2-5 du CPP qui prévoit la possibilité d'opérer ces visites et fouilles aux abords de manifestations. Aussi, les opérations de vérifications conduites en cas d'instauration d'un périmètre de sécurité conformément à l'article L.226-1 du CSI et qui ne peuvent jamais consister à un contrôle d'identité, sont conditionnées au consentement de l'intéressé. La visite de véhicule est réservée aux OPJ, APJ et APJA. Semblablement, le Conseil rattache à la liberté d'aller et de venir les visites des navires par les agents des douanes.³⁶²

150- Le détachement de la liberté d'aller et de venir de la liberté individuelle implique par ailleurs le rattachement à la première de la réduction de plein droit du nombre de points attachés au permis de conduire en raison d'une infraction au Code de la route.³⁶³ Ce qui au demeurant n'apparaît pas surprenant à l'aune des développements menés précédemment. Aussi peut-on faire la même remarque à l'égard de l'interdiction de déplacement des supporters.³⁶⁴ Quant à la possibilité faite aux organisateurs de manifestation sportive de « *refuser ou annuler la délivrance de titres d'accès à ces manifestations ou en refuser l'accès aux personnes qui ont contrevenu ou contreviennent aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de*

³⁵⁷ Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Conseil constitutionnel, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, cons n°2 à 5

³⁵⁸ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, dont notamment le cons n°19 qui exige pour les opérations de fouilles l'intervention de l'autorité judiciaire ; Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Conseil constitutionnel, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons n°17 à 19 sur les visites de véhicules ;

³⁵⁹ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Conseil constitutionnel, Loi pour la sécurité intérieure, cons n° 12 à 16

³⁶⁰ Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, Op. cit.

³⁶¹ Commentaire de la Décision n° 2017-677 QPC du 1 décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme, Cahiers du Conseil constitutionnel, p. 8 et application très récente dans une décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations, cons n°12 à 17 sur les visites de véhicules pendant des manifestations.

³⁶²Décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Société Wesgate Charters Ltd [Visite des navires par les agents des douanes], cons n°8

³⁶³ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Conseil constitutionnel, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Cons n°18 et 19

³⁶⁴ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons n°50

ces manifestations » (L.332-1 Code du sport), elle ne contrevient ni à la liberté d'aller et de venir, ni à la liberté individuelle.³⁶⁵ Très récemment, le Conseil a censuré des dispositions prévoyant la possibilité pour le Préfet d'interdire à une personne de participer à une manifestation en les rattachant à l'article 11 de la DDHC et « *au droit d'expression collective des idées et des opinions* »,³⁶⁶ Ne porte pas davantage atteinte à la liberté individuelle une interdiction administrative de territoire.³⁶⁷

151- Sans s'y attarder puisque la remarque a déjà été faite, on soulignera que le Conseil constitutionnel juge que les perquisitions, pourvues que celles-ci s'inscrivent dans un but préventif et afin de préserver l'ordre public, « *relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont eu lieu dans un domicile* » et « *n'affectent pas la liberté individuelle* ». ³⁶⁸ Par conséquent, si le législateur peut choisir de soumettre les perquisitions administratives prévues par le CSI à l'autorisation du JLD, il ne s'agit pas d'une exigence constitutionnelle. Cette interprétation signe définitivement la fin de toute théorie postulant que la liberté individuelle pourrait être affectée par la privation d'une liberté autre que celle d'aller et de venir.

152- Le Conseil juge que l'assignation d'un étranger en situation irrégulière à résidence en tant qu'alternative à un placement en rétention n'est pas une mesure privative de liberté.³⁶⁹ Il en va de même des assignations à résidence prévues dans le cadre de l'état d'urgence³⁷⁰ et de celles organisées par le CSI.³⁷¹ C'est sans doute ici que « l'interprétation » du Conseil est sans doute la plus discutée. Pour le Conseil constitutionnel, une assignation à résidence ne devient une mesure privative de liberté que lorsque l'astreinte à domicile est supérieure à 12 heures par jour :³⁷² sans que la motivation présidant à l'adoption de ce seuil ne soit précisée. Il apparaît pourtant que l'assignation à résidence est, quant à son principe, analogue au régime de la semi-liberté³⁷³ en tant

³⁶⁵ Décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017, Conseil constitutionnel, Association nationale des supporters, (Refus d'accès à une enceinte sportive et fichier d'exclusion), cons n° 6

³⁶⁶ Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, Op. cit. cons n° 26

³⁶⁷ Décision n° 2015-490 QPC du 14 oct. 2015, Conseil constitutionnel, Omar K

³⁶⁸ Décision du 16 février 2018, Op. cit. cons n° 3

³⁶⁹ Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, cons n° 68 retirée dans une décision du n° 2017-674 QPC du 1 décembre 2017 M. Kamel D. (Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion)

³⁷⁰ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence) ; décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofiyan I. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II), Op. cit.

³⁷¹ Décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, M. Farouk B, cons n° 17

³⁷² Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence) cons n° 6 : que « *la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution* » ; idem pour l'assignation d'un étranger : décision du n° 2017-674 QPC du 1 décembre 2017 M. Kamel D. (article L561-1 du CESEDA prévoit un maximum de 10h/24h

³⁷³ Article 132-26 du code pénal

que modalité d'exécution d'une peine privative ou à la mesure rendue possible à l'occasion d'un contrôle judiciaire (et dans ces cas, il est semble soumis aux exigences de l'article 66)³⁷⁴. Il apparaît même sous certains aspects plus rigoureux puisqu'il peut s'accompagner d'obligations dont celles tenant à devoir se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie dans la limite de trois fois par jour (y compris potentiellement les jours fériés et chômés si le Ministre le décide) s'agissant de l'assignation pendant l'état d'urgence et d'une fois par jour s'agissant de l'assignation à résidence de l'étranger. Pourtant, le Conseil considère implicitement que ces obligations ne sont pas suffisamment contraignantes pour modifier la nature de l'assignation y compris donc, lorsque la personne, si elle y consent, a été placée sous surveillance électronique. Le recueil de son consentement est-il vraiment de nature à éluder le degré de contrainte que celui-ci représente ?

153- La justification avancée par le Conseil tiendrait à ce que seules des mesures aboutissant au « *confinement* » de la personne permettent de constater une privation de liberté.³⁷⁵ Sauf que le confinement, s'il peut être associé à l'exiguïté, renvoie surtout à l'idée de limites instaurées autour de quelqu'un ou de quelque chose, sans que sa reconnaissance procède selon un critère temporel ou matériel (ainsi peut-on dire « qu'il vivait confiné au fond de sa province »³⁷⁶). Difficile de déterminer donc le seuil à partir duquel un individu est confiné « *dans un lieu déterminé* » au sens du Conseil constitutionnel. Pourtant, comme le souligne le Professeur LAZERGES, « *concrètement une personne assignée à résidence ne peut conserver son emploi, ni suivre une formation ou une scolarité. L'obligation de concilier éventuellement trois pointages par jour dans un commissariat de police n'est pas conciliable avec une vie professionnelle et a entraîné de nombreux licenciements.* »³⁷⁷

154- Il semble en somme difficile de s'allier à la motivation du Conseil lorsque celui-ci constate s'agissant des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, que tant par « leur objet » (préserver l'ordre public) que par leur « portée » (permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération et ne pas avoir pour effet la création de camps (de quoi d'ailleurs ?) où seraient détenues les personnes), ceux-ci ne

³⁷⁴ Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005 « Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales » cons n°4 et 6 (pour exécution d'une peine) et décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, cons n83 (en tant que mesure de contrôle judiciaire).

³⁷⁵ Commentaire de la décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofiyani I., « *Les modalités d'exécution d'une mesure peuvent en effet modifier sa nature : lorsque les contraintes imposées à l'intéressé excèdent, par leur rigueur, une restriction de la liberté de circulation, au point de le confiner en pratique en un lieu déterminé, fût-il son domicile, l'assignation à résidence est assimilable à une privation de liberté.* » p.9

³⁷⁶ En ce sens, pour le centre national de ressources textuelles et lexicales : « **B.- Emploi trans.** [avec un compl. prép.] Tracer des limites autour de quelque chose ou de quelqu'un. **1. Confiner qqn dans.** Tracer des limites autour du lieu où se trouve quelqu'un, l'enfermer, » <https://www.cnrtl.fr/definition/confiner> ou pour l'Académie française (op. cit.) « V. tr. Reléguer dans un endroit précis, dans un espace limité. **Confiner un prisonnier dans sa cellule. Confiner quelqu'un dans un bureau. Il vivait confiné au fond de sa province.** »

³⁷⁷ « *Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme* », C. Lazerges – RSC 2018. 753

constituent pas une mesure privative de liberté.³⁷⁸ Si la portée de la mesure peut justifier qu'elle ne soit pas considérée comme telle, avec cette étrange impression que le seuil fixé par le législateur a été repris sans objection, il apparaît plus difficile de justifier l'absence de privation à l'aune de l'objectif de la mesure.

155- En réalité, la prise en compte de la finalité de la mesure n'est peut-être pas hasardeuse. Quelques mois avant que le Conseil constitutionnel ne rende sa décision à l'égard des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, la Cour européenne des droits de l'Homme avait rendu un arrêt qui semblait intégrer aux critères traditionnels³⁷⁹ permettant de déterminer si la mesure est privative ou restrictive de liberté un critère tenant compte « *du contexte spécifique* » et de « *l'obligation d'assurer le maintien de l'ordre et la protection du public* ». ³⁸⁰ Aussi la Cour estime-t-elle que sous réserve qu'elles soient « *nécessaires pour prévenir un risque réel d'atteintes graves aux personnes ou aux biens et qu'elles soient limitées au minimum requis à cette fin* », « *des restrictions à la liberté aussi courantes ne peuvent à bon droit être regardées comme des « privations de liberté » au sens de l'article 5 § 1.* ³⁸¹ » Les juges dissidents ne manqueront pas de faire remarquer que « *la position de la majorité peut être interprétée dans le sens que s'il est nécessaire d'imposer une mesure coercitive et restrictive dans un but légitime d'intérêt général, cette mesure n'équivaut pas à une privation de liberté. Il s'agit là d'une proposition nouvelle, éminemment discutable et critiquable.* ³⁸² »

156- Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a refusé de reprendre à son compte un raisonnement qui consistait à assimiler une assignation à résidence à une mesure privative de liberté dans l'hypothèse où celle-ci excédait 12 mois. Selon le Conseil, « *la seule prolongation de la mesure n'affecte pas sa nature* » ³⁸³. Cette seule circonstance ne fait qu'accroître la rigueur de la restriction à la liberté d'aller et de venir. À ce titre, le Conseil a formulé une réserve d'interprétation s'agissant des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence et a conditionné le renouvellement de la mesure passé un délai de 12 mois à une double exigence : d'abord, que « *le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics* », ensuite « *que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires* » permettant de justifier la mesure. ³⁸⁴ De même, s'agissant des assignations à résidence prononcées contre un étranger en situation irrégulière telle que prévue par l'article

³⁷⁸ Décision du 22 décembre 2015 cons n°5

³⁷⁹ C.E.D.H. Grande chambre, 15 mars 2012, « AUSTIN ET AUTRES C/ ROYAUME-UNI » § 57 « *Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée* ».

³⁸⁰ Ibid. § 60

³⁸¹ Ibid. § 59

³⁸² Ibid. Opinion dissidente §3

³⁸³ Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofiyani I. Op. cit. cons n°7

³⁸⁴ Ibid. Cons n°17

L.561-1 du CESEDA³⁸⁵ et dont la durée peut être illimitée si elle répond aux exceptions posées par le même article, le Conseil a enjoint l'autorité administrative à « *retenir des conditions et des lieux d'assignation à résidence tenant compte, dans la contrainte qu'ils imposent à l'intéressé, du temps passé sous ce régime et des liens familiaux et personnels noués par ce dernier* »³⁸⁶. Surtout, il a censuré une incompétence négative du législateur tenant à ce que ce dernier n'ait pas prévu, dans l'hypothèse où l'assignation à résidence se fonde sur une condamnation à l'interdiction du territoire, que l'administration justifie par des circonstances particulières le maintien de la mesure³⁸⁷. Enfin, à l'égard des assignations à résidence prévues par le CSI, le Conseil a institué « une garantie supplémentaire » en imposant que la mesure ne puisse de « *manière continue ou non* », « *excéder une durée cumulée de 12 mois* »³⁸⁸.

157- De manière similaire, le Conseil avait déjà jugé que les dispositions relatives aux arrêts militaires sans isolement « *n'instituent pas une sanction disciplinaire entraînant une privation de liberté ; que le grief tiré de ce que le législateur aurait insuffisamment encadré les modalités d'exécution d'une sanction qui affecte la liberté individuelle est inopérant à l'encontre des dispositions du e) du 1° de l'article L. 4137-2 du code de la défense* »³⁸⁹. À l'instar de l'assignation à résidence et comme le relève le Professeur VIDELIN, ces sanctions « *entraînent éventuellement une forme de détention ou d'arrestation du fait de l'interdiction pour le militaire de quitter, outre sa « formation » - l'enceinte qui l'accueille -, un « lieu ». Ce terme peut désigner un bâtiment ou une pièce... Sans mise en isolement, les arrêts peuvent donc prendre la forme d'une quasi-détention* » même si « *il est vrai que cette interdiction est levée en cas d'événements familiaux* »³⁹⁰.

158- Dans une décision du 8 juin 2012³⁹¹, le Conseil constitutionnel juge que le placement d'une personne en état d'ébriété dans une cellule de dégrisement³⁹² est une mesure privative de liberté. En revanche, au motif qu'il ne s'agit que d'une mesure de police administrative et qu'elle n'est que très

³⁸⁵ Assignations dite de longue durée car pouvant perdurer jusqu'à un an voire ne pas être limitées (deux exceptions prévues par l'article L.561-1 du CESEDA) par opposition aux assignations à résidence dites « de courte durée » (45 jours maximum), la différence tenant à ce que la première ne peut être prononcée que si 1° Si l'étranger fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français sans délai ou si le délai de départ volontaire qui lui a été accordé est expiré ; 2° Si l'étranger doit être remis aux autorités d'un Etat membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ou transféré vers l'Etat responsable de sa demande d'asile en application de l'article L. 742-3 ; 3° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en application de l'article L. 531-3 ; 4° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français ; 5° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ; 6° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction administrative du territoire.

³⁸⁶ Décision n° 2017-674 QPC du 1 décembre 2017 *M. Kamel D.*, cons n°11

³⁸⁷ Ibid. cons n°10

³⁸⁸ Décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018 *M. Farouk B Op. cit.* cons n°17

³⁸⁹ Décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, Conseil constitutionnel, *M. Pierre T. et autre*, (Sanctions disciplinaires des militaires – Arrêts simples), cons n°8

³⁹⁰ « *Arrêt (de rigueur) pour la banalisation du statut des militaires* », Jean-Christophe Videlin, AJFP 2015. 244

³⁹¹ Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, Conseil constitutionnel *M. Mickaël D.* [Ivresse publique]

³⁹² L.3341 du Code de la santé publique

brève, le Conseil considère que « *l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution* »³⁹³. Interprétation étonnante dès lors que le Conseil reconnaît lui-même qu'une telle mesure peut durer plus de 12 heures³⁹⁴ et qu'elle aboutit à permettre qu'une mesure pourtant privative de liberté ne conditionne pas l'intervention de l'autorité judiciaire, fût-ce juste par l'information du Ministère public.³⁹⁵ Cette décision laisse une étrange impression tenant à l'impossibilité pour le Conseil de ne pas reconnaître le caractère privatif de la mesure eu égard aux exigences européennes³⁹⁶ et à la possibilité que cette rétention en chambre de sûreté se poursuive sous forme d'audition³⁹⁷ (libre ou par la garde à vue³⁹⁸) sans que ceci ne soit le fruit de sa conviction.

159- Quid de la retenue ? La jurisprudence du Conseil n'est pas très claire sur ce point. Ainsi, si sous l'empire de son ancienne jurisprudence, la retenue pouvant suivre un contrôle d'identité était rattachée à l'article 66³⁹⁹, les retenues susceptibles d'être mises en oeuvre à l'endroit d'une personne fréquentant le lieu visité au titre d'une perquisition administrative⁴⁰⁰ et qui ne peuvent excéder quatre heures (que l'on peut rapprocher de celles qui s'exécutent pendant l'état d'urgence⁴⁰¹ ou conformément à l'article 78-3 du CPP) n'ont pas été examinées à l'aune de l'article 66.⁴⁰² Quant à la retenue à laquelle peut être soumis un étranger en situation irrégulière et dont la durée ne devrait pouvoir excéder 16 heures,⁴⁰³ on a peine à déceler si celle-ci a été examinée à l'origine par le Conseil constitutionnel⁴⁰⁴ au regard de l'article 66 de la Constitution, ce dernier se contentant d'écarter le grief tiré d'une méconnaissance dudit article au stade de l'examen des contrôles d'identité mais n'y revenant point s'agissant des retenues alors que la question posée contestait la conformité des dispositions sur ce fondement. Il est vrai cependant que dans chacune de ces hypothèses, l'autorité judiciaire est présente (information du Procureur de la République voire autorisation du JLD, information de l'individu quant à ses droits). Eu égard à la durée de la mesure et à ses modalités d'exécution, il ne semblerait pas raisonnable de ne pas la considérer

³⁹³ Décision du 8 juin 2012, cons n°8 Op. cit.

³⁹⁴ Commentaire de la décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, cahiers du Conseil constitutionnel, p.7

³⁹⁵ « *Constitutionnalité de la mesure et du régime du placement en cellule de dégrisement* », S. DETRAZ, Gazette du Palais du 05/07/2012, n°187 - page 11

³⁹⁶ CEDH, deuxième section, 4 avril 2000, *Witol Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, cité par le Conseil dans son commentaire précité.

³⁹⁷ Sur ce point, voir « *Garde à vue sur gueule de bois* », J.H. Robert, Droit pénal, septembre 2012, n° 9, p. 52-53

³⁹⁸ Auquel cas la durée de la mesure devra s'imputer sur la durée de la mesure de garde à vue, décision du 8 juin 2012, cons n°9 Op. cit.

³⁹⁹ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, Op.cit.

⁴⁰⁰ L.229-2 CSI

⁴⁰¹ Article 11 de la loi du 3 avril 1955

⁴⁰² Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme], Op. cit.

⁴⁰³ Article L.611-1-1 du CESEDA désormais 24 heures depuis la loi du 10 septembre 2018 (n°2018-778)

⁴⁰⁴ Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017 M. Ahmed M. et autre, Op.cit

comme étant privative de liberté. D'ailleurs, le rattachement à l'article 66 de la Constitution de la retenue d'un individu à la suite d'une garde à vue et dans l'attente de son jugement par un magistrat du siège, mesure susceptible de durer au maximum 20 heures, était évident.⁴⁰⁵ Les doutes ont été dissipés lorsque le Conseil a fait une application explicite de l'article 66 en matière de retenue d'un étranger aux fins de vérification de son droit de circulation ou de son titre de séjour dans une décision du 6 septembre 2018.⁴⁰⁶ Par ailleurs, on notera que si dans ces décisions le Conseil n'est pas toujours des plus explicites, il a pu l'être beaucoup plus dans l'examen de la retenue ordonnée par un OPJ à des agents SNCF et RATP à l'égard d'un contrevenant se trouvant dans l'impossibilité de justifier son identité et pour le temps « strictement nécessaire » à la venue de l'officier⁴⁰⁷. Ici, le Conseil décide de fonder son contrôle sur l'article 66⁴⁰⁸, en dépit de la brièveté de la mesure. Il prend cependant soin de relever que ces pouvoirs constituaient des « pouvoirs particuliers de police judiciaire » ce qui semble justifier le rattachement à l'article 66 de la Constitution. Enfin, très récemment, le Conseil constitutionnel analysait la conformité à la Constitution de la possibilité faite au personnel d'un établissement pénitentiaire de retenir une personne non-détenue lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle se prépare à commettre une infraction portant atteinte à la sécurité de l'établissement sur le fondement de l'article 66.⁴⁰⁹

160- Que reste-t-il à cet article ? D'abord, la garde à vue⁴¹⁰ mais aussi les retenues douanières.⁴¹¹ Ensuite, le placement des étrangers en situation irrégulière en zone de transit ou encore en centre de rétention.⁴¹² Il en est de même s'agissant du placement sous écrou extraditionnel.⁴¹³

161- Sont considérées comme des mesures privatives de liberté les hospitalisations d'offices, sur demande d'un tiers ou en unité pour malades difficiles.⁴¹⁴ Constitue également une mesure privative de liberté la rétention de sûreté, mesure permettant le maintien en détention d'une personne condamnée pour un crime grave à l'issue de sa peine en raison de sa « particulière dangerosité ».⁴¹⁵ La détention provisoire, définie par le Professeur PRADEL comme « *l'incarcération d'un inculpé*

⁴⁰⁵ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice], cons n°7

⁴⁰⁶ Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018 Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie cons n°99

⁴⁰⁷ L. 2241-2 du Code des transports

⁴⁰⁸ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Op.cit. cons n°46

⁴⁰⁹ Décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019 Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, cons n°356 à 364

⁴¹⁰ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 « M. Daniel W. et autres [Garde à vue] » cons n° 22

⁴¹¹ Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010 « M. Samir M. et autres [Retenue douanière] »

⁴¹² Décision n°92-307 DC 25 février 1992, Conseil constitutionnel, cons n°15 et 17

⁴¹³ Décision n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016 « M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel] » cons n°12

⁴¹⁴ Décision n°2010-171 QPC du 26 novembre 2010 Op. ci. ; décision n°2011-135/140 du 9 juin 2011 Op. cit. ; décision n°2012-235 du 20 avril 2012 « Association cercle de réflexions et de propositions sur la psychiatrie »

⁴¹⁵ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Conseil constitutionnel, cons n°8 à 23

en maison d'arrêt pendant tout ou partie de l'instruction préparatoire jusqu'au jugement définitif sur le fond de l'affaire »⁴¹⁶ est également, et bien heureusement, soumise à l'article 66 de la Constitution⁴¹⁷. Enfin, et de façon assez intuitive, les peines privatives de libertés relèvent évidemment de l'article 66 de la Constitution.⁴¹⁸ Les mesures entrant dans la catégorie des privations de liberté semblent être celles qui sont susceptibles de s'inscrire dans la durée et qui occasionnent une garde effective de la personne sur laquelle elles s'appliquent.

162- Enfin, on soulignera à nouveau que les mesures d'investigations constituant des mesures de police judiciaire et dès lors mises en oeuvre dans le cadre d'une procédure pénale (y compris en enquête) doivent être placées « *sous le contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle*⁴¹⁹ » alors même qu'elles ne sont pas des mesures privatives de liberté. La justification pourrait donc bel et bien tenir à la possibilité que ces mesures aboutissent à une privation de liberté⁴²⁰. Il serait alors possible d'y voir « une clause de style » constatant la compétence de l'autorité judiciaire en la matière non à raison de la nature de la mesure, mais en raison des circonstances dans lesquelles celle-ci intervient.

163- En somme, le Conseil constitutionnel n'a pas seulement donné de la liberté individuelle une définition restreinte : il a en sus réduit la conception de ce qu'est une mesure restrictive de liberté à un champ d'application « *excessivement restrictif* ». ⁴²¹ Seules les mesures entrant dans cette définition devront alors être soumises aux exigences de fond de l'article 66 de la Constitution qu'il s'agit de déterminer.

b) La détermination et le contrôle constitutionnel des garanties inhibant l'arbitraire

164- Les controverses qui gravitent autour de l'article 66 de la Constitution quant à la détermination des compétences entre les deux ordres juridictionnels et dont le « *juge constitutionnel règle les niveaux par l'entremise de la définition de la liberté individuelle dont le juge judiciaire est le gardien exclusif*⁴²² » ne doivent pas faire oublier que cet article érige surtout une règle de fond : nul ne doit être arbitrairement détenu et des conditions de fond et de forme doivent garantir aux justiciables leur droit à la sûreté.

⁴¹⁶ « *L'instruction préparatoire* », J. Pradel, Cujas, 1990, p. 587

⁴¹⁷ Par exemple : décision n° 2014-446 QPC du 29 janvier 2015 « M. Maxime T. [Détenue provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi] » cons n°8

⁴¹⁸ Décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, Conseil constitutionnel, cons. n°19

⁴¹⁹ Décision n°2004-492 du 2 mars 2004, Op. cit. cons n°6

⁴²⁰ Par exemple : décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice » cons n°141

⁴²¹ « *Etat d'urgence et risque d'inconstitutionnalité* » F. SAVONITTO, RDLF 2016, chron. n°15

⁴²² Ibid.

165- Il y aurait peut-être même deux règles édictées par l'article 66 : ainsi, son alinéa 1 exigerait du législateur qu'il n'édicte aucune loi permettant une détention arbitraire, alors que son alinéa 2 exigerait du législateur qu'il assortisse toutes détentions de conditions de fond et de formes permettant de vérifier si en pratique, la détention n'est pas arbitraire.⁴²³ Aussi, le Professeur CAPELLO reproche au Conseil constitutionnel de lier le premier alinéa au second pour ainsi conditionner l'absence de détention arbitraire à l'existence de garanties légales.

166- Nous avons déjà, à l'occasion de notre introduction, défini ce que constituait l'arbitraire, avec toutes ses ambivalences. Pour rappel, si l'on se réfère au Dictionnaire de l'Académie française, l'adjectif arbitraire est ce « *qui est produit par la seule volonté de l'homme, sans avoir de règle ni de fondement naturel* » ou « *qui est despotique, qui n'a d'autre règle que la volonté, le caprice du prince ou de ses agents. Une autorité arbitraire. Exercer le pouvoir arbitraire.*⁴²⁴ » Il y a dans cette définition une ambiguïté découlant de la notion d'arbitre. Nous l'avons dit, à l'époque féodale, l'arbitre que constituait le juge n'était pas à l'origine perçu de façon péjorative dès lors que sa décision permettait l'adaptation de la sanction aux circonstances de l'infraction. La notion a endossé un caractère péjoratif dès lors que il est apparu que cet arbitre n'était pas légitime et qu'il résistait à la seule autorité (le Roi), qui elle, était légitimée par Dieu.⁴²⁵ Cette réflexion apparaît transposable à l'article 66 de la Constitution.

167- En effet, le législateur est un pouvoir dont la légitimité est tirée d'une délégation faite par le Peuple à ses représentants. Nous l'avons aussi rappelé en introduction : le Président Charles DE GAULLE considérait que le seul détenteur du pouvoir, le seul souverain était le Peuple de sorte que seuls les organes constitutionnels qui bénéficiaient d'une délégation directe pouvaient être reconnus comme des « pouvoirs » et non comme des autorités. Dès lors, le législateur a bien la légitimité d'édicter quelles sont les détentions possibles. Il ne semble pas être envisageable de lui reprocher la création d'un cas de détention qui serait en lui-même et pour lui-même arbitraire. La seule injonction faite au législateur par l'article 66 de la Constitution est que cette création soit assortie de garanties légales, de forme et de fond, permettant de s'assurer qu'en pratique la mesure est conditionnée et que sa mise en oeuvre n'outrepasse pas ce qui a été décidé par le représentant du peuple. Par conséquent, l'analyse faite par le Conseil constitutionnel ne paraît pas - au moins de ce point de vue - critiquable : celui-ci lie bel et bien le fond à la forme pour en déduire ou non l'absence d'arbitraire et ne contrôle la motivation que de façon restreinte. Autrement dit, s'il est nécessaire qu'une motivation existe, le contenu de cette dernière devrait être souverainement appréciée par le législateur. Nous verrons cependant que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la motivation n'est pas totalement absent.

⁴²³ « *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel* », A. CAPELLO, Col. Thèse, L.G.D.J, 2014

⁴²⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} Ed., Littérature française, Fayard, 2001

⁴²⁵ Cours d'Histoire du droit pénal et d'Histoire de la Justice des Professeurs d'Alteroche et Krinen, Faculté de droit et sciences politiques de Paris II et de Toulouse I (2018/2019) Op. cit.

168- Cette interprétation est tempérée par les définitions de ce que constitue une détention arbitraire au sens des Conventions internationales. Par exemple, si la Déclaration universelle des droits de l'Homme se satisfait d'une affirmation de principe,⁴²⁶ l'article 9 du Pacte international des droits civils et politiques définit la détention arbitraire comme celle « *qui n'aurait aucun fondement légal et qui ne reposerait sur aucun motif* ».⁴²⁷ En effet, il précise que « *Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi* »⁴²⁸. En revanche, la Convention européenne semble avoir une conception plus restreinte de ce qui peut fonder une détention. Effectivement, si l'article 5 § 1 dispose que la privation de liberté doit être le fait des « *voies légales* », il énumère six motifs permettant la mise en oeuvre de cette mesure. Il semble donc que si ce n'est pas pour l'un ces motifs, fussent-ils très larges, le législateur ne pourra pas édicter une mesure privative de liberté.

169- L'analyse que nous proposons n'est pas une lapalissade. Ainsi peut-on trouver des avis contraires comme celui du Professeur CAPELLO qui considère qu'une détention peut être arbitraire y compris lorsqu'elle est reposée sur la seule volonté du législateur. En réalité, la position du Professeur CAPELLO est née d'un constat : l'interprétation faite par le Conseil constitutionnel a abouti à ce que des détentions soient considérées comme conformes à la Constitution au seul motif - ou presque - que l'arbitraire était empêché par la prévision textuelle d'une intervention de l'autorité judiciaire. En somme, le Professeur CAPELLO considère que si l'objectif poursuivi par le législateur reste à son appréciation, les motifs - entendus comme les raisons concrètes figurant dans la loi pour permettre la détention - doivent faire l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel afin de vérifier si la motivation permet de remplir l'objectif.

170- Il y a en effet en la matière une difficulté tenant au sentiment que le Conseil constitutionnel contrôle de façon de plus en plus souple les conditions de forme et de fond édictées par le législateur et devant en principe empêcher qu'une détention ne devienne arbitraire dans sa mise en oeuvre et en vienne à ériger l'existence d'une intervention de l'autorité judiciaire comme le véritable rempart à l'arbitraire. Or, nous verrons que souvent cette intervention peut se révéler très lacunaire pour deux raisons : d'abord, parce que s'il n'existe aucune condition de forme et de fond entourant la mise en oeuvre de la mesure, le contrôle de l'autorité judiciaire ne se fonde que sur sa propre appréciation, ensuite, parce que souvent il s'avère dans la pratique qu'il n'est pas possible d'espérer un contrôle effectif des conditions dans lesquelles s'inscrit la mesure faute de moyens suffisants.

⁴²⁶ Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen, 10 décembre 1948, article 9 « *Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé* ».

⁴²⁷ « *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel* », A. CAPELLO, Op. cit.

⁴²⁸ Article 9 al 1 du Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966

171- Certains auteurs parlent en ce sens d'une véritable « *crise de la justice constitutionnelle*⁴²⁹ ». Quelles sont alors les exigences que le Conseil attache à l'article 66 de la Constitution ? Pour le comprendre, il est nécessaire de remonter à la première décision qui fût rendue sur le fondement de l'article 66 de la Constitution. Dans sa décision du 12 janvier 1977 en effet, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelles les dispositions de la loi autorisant la fouille de véhicule pour prévenir et réprimer des infractions, en affirmant que celles-ci portent « *atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la liberté individuelle*.⁴³⁰ » Cette affirmation est induite par « *l'étendue des pouvoirs conférés et dont la nature n'est pas précisée* » ; « *la généralité des cas dans lesquels ils peuvent être mis en oeuvre* » et « *l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils sont susceptibles de donner lieu* ». Autrement dit, les seules exigences que le Conseil fait découler de l'article 66 résident *a priori* dans la nécessaire précision des cas dans lesquels la mesure peut être mise en oeuvre et des moyens par lesquels elle est mise en oeuvre : « *quoi et comment ?* » en quelque sorte, parce que ce quoi et ce comment permettent l'instauration de limites à la mesure. Explicitement, il n'y a pas dans cette décision un contrôle fondé sur l'objectif poursuivi par le législateur, lequel légitimerait l'instauration de la mesure et qui équivaldrait au « *pourquoi* ». Néanmoins, le fait que le Conseil constitutionnel reproche au législateur de ne pas avoir précisé la nature des pouvoirs conférés aux officiers de police judiciaire sous-entend que selon que ceux-ci se rapportent à la prévention ou à la répression de l'infraction - police administrative ou judiciaire en somme - le contrôle ne sera pas le même.

172- Effectivement, le Conseil n'a jamais placé son contrôle sur les mesures entrant dans le giron de l'article 66 comme se limitant à la vérification de l'existence de conditions suffisamment précises et limitées pour que le justiciable ait la garantie de ne pouvoir être détenu que dans des cas édictés par la loi et dont les modalités ont été déterminées. Formellement, le Conseil vérifie en effet que les mesures prises par le législateur sont « *nécessaires, proportionnées et adaptées*⁴³¹ » à l'objectif poursuivi. Ceci signifie donc bien qu'existe - au moins formellement - un contrôle de la motivation du législateur qui ne peut instituer une mesure privative que si elle se rattache à un objectif déterminé (que le Conseil a souvent érigé au rang « *d'objectif à valeur constitutionnelle* ») et que si elle est strictement limitée à ce qui est nécessaire pour poursuivre cet objectif.

173- En effet, le Conseil constitutionnel a fait de la sauvegarde de l'ordre public,⁴³² de la prévention des atteintes à l'ordre public et de la recherche des auteurs d'infractions⁴³³ ou encore de la protection de la santé [des personnes souffrants de troubles mentaux]⁴³⁴ des objectifs à valeur

⁴²⁹ « *Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* » G. ARMAND Op. cit. p. 39

⁴³⁰ Décision du 12 janvier 1977, Op. cit, cons n°5

⁴³¹ Décision du 22 décembre 2015, Op. cit. cons n°4

⁴³² Décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989, Conseil constitutionnel, cons n°12, et décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons n° 11

⁴³³ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Conseil constitutionnel, cons n°3

⁴³⁴ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Op. cit. cons n°16

constitutionnelle pour affirmer qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre « *d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent (...) ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution, en vertu duquel « Nul ne peut être arbitrairement détenu », place sous la surveillance de l'autorité judiciaire* ⁴³⁵ ». L'idée en est que la prévention des atteintes à l'ordre public ou la recherche des auteurs d'infractions et plus généralement les objectifs à valeur constitutionnelle (dont la nature n'est pas toujours précisément identifiée⁴³⁶), sont des « préalables » à l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis.

174- Ainsi, selon le Professeur ARMAND, l'article 66 serait le vecteur d'une double garantie correspondant aux « principes essentiels sur lesquels la liberté individuelle repose » : l'existence d'un contrôle de proportionnalité de la mesure et « *la garantie judiciaire qui implique que toute atteinte portée à cette liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire* ». ⁴³⁷ Précisons d'emblée que la première ne découle parfois qu'indirectement de l'article 66, le Conseil constitutionnel rattachant ce contrôle à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ⁴³⁸ duquel il fait découler le principe selon lequel la liberté individuelle ne doit pas être entravée par une rigueur non nécessaire. Parfois le Conseil se fonde sur les deux articles, ⁴³⁹ parfois il semble intégrer le principe posé par l'article 9 dans l'article 66. ⁴⁴⁰

175- Le Conseil constitutionnel définit l'adéquation de la mesure au fait que celle-ci doit être « *appropriée ou adaptée au but recherché par le législateur* », la proportion de la mesure comme étant celle « *qui ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché* » et enfin, la nécessité comme « *ce qu'exige la réalisation du but poursuivi* » ce qui

⁴³⁵ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Op. cit. cons n°8

⁴³⁶ En ce sens, « *Les objectifs à valeur constitutionnelle* », P. de MONTALIVET, Cahier du conseil constitutionnel, n°20 juin 2006

⁴³⁷ « *Que reste-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* » Op. cit.

⁴³⁸ Article 9 de la DDHC de 1789 : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.* »

⁴³⁹ Par exemple le cons n°4 de la décision n°2005-527 du 8 décembre 2005 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi " ; que l'article 66 de la Constitution dispose que : " 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 »*

⁴⁴⁰ Par exemple le cons n°4 de la décision n°2015-527 du 20 décembre 2015 : « *aux termes de l'article 66 de la Constitution : « 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 » ; que la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ; »*

suppose de vérifier si « *cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté* ».441

176- Ces exigences tenant à l'adéquation, à la nécessité et à la proportionnalité de la mesure ne sont pas dans leur principe distinctes de celles qui découlent des articles 2 et 4 de la DDHC (ni de celles exigées par toutes les libertés que le bloc constitutionnel peut garantir) que le Conseil constitutionnel utilise pour contrôler les mesures coercitives applicables dans une procédure pénale (perquisitions domiciliaires, écoutes téléphoniques, géolocalisation...) et qu'il ne peut rattacher sous cet angle à l'article 66 de la Constitution puisque ne constituant pas des mesures privatives de liberté. Pour autant, lorsque ces mesures interviennent dans un cadre judiciaire, le Conseil exigera un contrôle effectif de l'autorité judiciaire « gardienne de la liberté individuelle » et le rattachera alors à l'article 66 de la Constitution.

177- Il s'agirait donc de déterminer si les exigences de fond de l'article 66 ont une particularité que n'auraient pas les autres. Cette détermination s'avère laborieuse pour plusieurs raisons. D'abord, parce que le Conseil constitutionnel n'utilise pas systématiquement cette triple exigence. Ainsi, si dans une décision du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté il apprécie successivement la conformité des dispositions aux trois critères, il ne le faisait pas auparavant.⁴⁴² En effet, on peut constater que dans une décision du 2 mars 2004, dans l'appréciation de la conformité de la prolongation de la durée d'une garde à vue, seules la nécessité et la proportionnalité de la mesure, déduites de la clarté des dispositions et du pouvoir d'appréciation de l'autorité judiciaire, semblent être examinées.⁴⁴³ Mais même postérieurement à la décision du 21 février 2008 et alors même que le Conseil exige expressément que les atteintes à la liberté individuelle soient adaptées, proportionnées et nécessaires, il ne contrôle pas forcément les dispositions qui lui sont soumises à l'aune de ces trois critères, ceux-ci semblant alors se confondre.⁴⁴⁴ Car ce que chacune de ces notions recouvre peut apparaître difficile à délimiter, tant elles semblent parfois interchangeables. Ainsi, on peut souligner que dans sa décision du 21 février 2008, le Conseil, censé alors examiner scrupuleusement les exigences d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité, constate lors de l'examen de l'adéquation que « *les dispositions constituent des garanties adaptées pour réserver la rétention de sûreté aux seules personnes particulièrement dangereuses* ». Autrement dit, le contrôle de l'adaptation ne s'inscrit pas entre l'objectif visé par le législateur et la mesure, mais entre cette dernière et les circonstances dans laquelle elle peut s'inscrire, ce qui renvoie davantage à la nécessité...

⁴⁴¹ Commentaire de la décision du n° 2008-562 DC du 21 février 2008, p. 5

⁴⁴² Décision du 21 février 2008, Op. cit. Le Conseil fait valoir expressément dans le commentaire de cette décision que jusqu'alors, il n'avait utilisé conjointement ces trois critères mais « séparément ou deux par deux », p. 5

⁴⁴³ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons n°23 à 26

⁴⁴⁴ Décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, cons n°10

178- Abstraction faite des décisions dans lesquelles la frontière entre ces trois exigences est opaque, voire inexistante, il semble que l'on puisse comprendre l'adaptation/adéquation comme correspondant à la vérification d'un lien existant entre la mesure et l'objectif visé par le législateur.⁴⁴⁵ La nécessité consisterait quant à elle à apprécier si les circonstances dans lesquelles s'inscrit la mesure paraissent commander sa mise en oeuvre.⁴⁴⁶ Le contrôle aurait plutôt tendance à s'exercer entre la mesure et l'objectif poursuivi. Enfin, la proportionnalité vise à s'assurer que la mesure et les dispositions qui l'entourent offrent une balance satisfaisante entre l'atteinte - la charge - que celle-ci entraîne et la gravité de ce que l'on cherche à prévenir. Le contrôle bascule alors entre l'appréhension du comportement et le degré de coercition de la mesure.⁴⁴⁷ Cette dernière condition étant bien souvent appréciée par référence aux modalités et aux droits dont va bénéficier l'individu dans sa mise en oeuvre,⁴⁴⁸ lesquels semblent alors pouvoir pallier la disproportion. À ce titre, le Conseil peut vérifier que la durée de la mesure contraignante est raisonnable⁴⁴⁹ ou bien qu'elle n'intervienne qu'en tant que dernier recours (ce qui n'est pas sans pouvoir être confondu avec la nécessité de la mesure),⁴⁵⁰ qu'elle repose sur un risque grave⁴⁵¹... Ainsi peut-on constater que la proportionnalité de la mesure est déduite dans la décision du 21 février 2008 de toutes les « garanties » entourant sa mise en oeuvre et son maintien (débat contradictoire, avis de la juridiction régionale, présence d'un avocat, recours effectif...)⁴⁵²

⁴⁴⁵ Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, cons n°8 : le Conseil constate que l'hospitalisation d'office est une mesure qui permet bien de sauvegarder l'ordre public.

⁴⁴⁶ Ibid. cons n°9 : l'hospitalisation forcée est rendue possible à raison d'un certificat médical circonstancié émanant d'un psychiatre et déterminant les « *circonstances qui ont rendu nécessaires la mesure* ».

⁴⁴⁷ Décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, cons n°13 : « *même lorsqu'il est commis en bande organisée, le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'en permettant de recourir à la garde à vue selon les modalités fixées par l'article 706-88 du code de procédure pénale au cours des enquêtes ou des instructions portant sur ce délit, le législateur a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi.* »

⁴⁴⁸ Décision du 9 juin 2011 Op. cit. cons n°10 : dans les 24heures suivant la mise en oeuvre de la mesure, un certificat médical est à nouveau rédigé par un médecin distinct. Dans l'hypothèse où celui-ci ne confirme pas le premier, la mesure est disproportionnée si l'on ne prévoit pas un réexamen à bref délai de la mesure afin de confirmer que celle-ci demeure proportionnée à l'état du malade. Au demeurant, l'insatisfaction de cette condition gangrène en réalité les trois conditions permettant la conformité constitutionnelle de la mesure qui dès lors plus n'est plus « nécessaire, adaptée et proportionnée ».

⁴⁴⁹ Par exemple, une décision n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, cons n°15 : « *l'étranger ne peut ainsi être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à la détermination de l'État responsable de l'examen de sa demande d'asile, une fois émise la requête de prise en charge ou de reprise en charge, et, le cas échéant, à l'exécution de la décision de transfert. En tout état de cause, la mesure de rétention, qui, en vertu des articles L. 552-1 et L. 552-7 du même code, ne peut être prolongée au-delà de quarante-huit heures qu'avec l'accord du juge judiciaire, ne peut durer plus de quarante-cinq jours* ».

⁴⁵⁰ Ibid. cons n°15 « *d'autre part, le placement en rétention n'est susceptible d'intervenir qu'en dernier ressort, si une mesure d'assignation à résidence n'est pas suffisante pour parer au risque de fuite. Il doit alors être proportionné à ce risque* ».

⁴⁵¹ Décision n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, cons n°13 : un mandat d'amener permettant l'arrestation d'une personne à plus de 200 km du siège du juge d'instruction qui l'a décerné et sa rétention pendant 4 à 6 jours ne saurait être regardées comme équilibrées si l'infraction visée n'est pas suffisamment grave.

⁴⁵² Décision du 21 février 2008, Op. cit. cons n°22

179- Par ailleurs, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement et de façon traditionnelle lorsqu'il se prononce sur une peine que « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen*⁴⁵³ » Par conséquent, le contrôle du Conseil se limite à la constatation de l'existence d'un objectif poursuivi, même si ceux-ci peuvent recouvrir des réalités très différentes (par exemple l'ordre public porte en lui-même plusieurs composantes) et que le moyen mis en oeuvre par le législateur pour atteindre cet objectif est proportionné (entendu *lato sensu*), sans pour autant se reconnaître compétent pour vérifier s'il n'existait pas d'autres moyens permettant de satisfaire au mieux à cet objectif.

180- Ceci est vrai. Cependant, l'intensité du contrôle opéré par le Conseil n'est pas le même : selon la liberté en cause, son contrôle sera tantôt « restreint », tantôt « plein ». Or, si les atteintes à la liberté individuelle semblent engendrer un contrôle « plein », en ce sens que le Conseil ne se résout pas à l'appréciation d'une erreur manifeste, il n'en n'est pas de même s'agissant des contrôles portant sur une atteinte à la liberté d'aller et de venir, à la vie privée ou à l'inviolabilité du domicile⁴⁵⁴. Depuis une décision du 13 mars 2003,⁴⁵⁵ et même si ce n'est pas systématique, ces atteintes peuvent en effet faire l'objet d'un contrôle portant sur l'erreur d'appréciation manifeste du législateur.⁴⁵⁶ Voilà ce qui distinguerait alors les exigences de l'article 66 de la Constitution (à l'exception de l'intervention de l'autorité judiciaire sur laquelle nous reviendrons), de celles qui procèdent des articles 2 et 4 de la DDHC.

181- Le contrôle opéré par le Conseil est-il toutefois satisfaisant ? Il est permis d'en douter pour au moins cinq raisons : la première tient à ce que, comme nous l'avons dit, les exigences d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité de la mesure sont perméables et s'apprécient souvent de façon globale par le Conseil constitutionnel.⁴⁵⁷ Par ailleurs, le Conseil ne fait pas toujours découler ces exigences de l'article 66. On a parfois l'impression que celui-ci fonde uniquement la garantie judiciaire et que les autres garanties découlent des articles 9 et 16 de la DDHC⁴⁵⁸ ou du « principe

⁴⁵³ Par exemple, Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure cons n°22

⁴⁵⁴ En ce sens, voir "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? » V. GOESEL-LE BIHAN Professeur de droit public à l'Université Lyon 2, http://institutvilley.com/IMG/pdf/Valerie_Goesel-Le_Bilhan.pdf

⁴⁵⁵ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 Op.cit.

⁴⁵⁶ Un exemple très récent : Décision du 29 mars 2018 Op. cit. cons n°35 « *le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée* ».

⁴⁵⁷ Par exemple : décision n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016, cons n°11 à 15

⁴⁵⁸ On peut citer ici la décision du 30 juillet 2010 sur la garde à vue, cons n°26 : sur l'intervention de l'autorité judiciaire qui, puisque satisfaisante, permet d'écarter le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66. Puis, cons n°27 à 29 : garanties insuffisantes lors de la garde à vue qui engendre la méconnaissance des articles 9 et 16 de la DDHC.

de rigueur non nécessaire ». ⁴⁵⁹ La deuxième tient à ce que, puisque le Conseil procède à des appréciations globales, il n'est pas toujours possible de déterminer ce qui a permis la conformité de la mesure. En outre, il arrive que des décisions jugent les dispositions conformes car celles-ci sont entourées de certaines garanties, dont la teneur diffère selon la matière et sans que l'on puisse établir si celles-ci se rapportent toujours à la portée, aux motifs et aux conditions de mise en oeuvre de la mesure ⁴⁶⁰. *In fine*, on peut affirmer que le Conseil n'a jamais tiré de l'article 66 alinéa 1 des exigences tenant à l'obligation d'assortir une mesure de conditions de fond et de forme.

182- Surtout, le Conseil constitutionnel énonce habituellement que « *s'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales.* » ⁴⁶¹ Il en résulterait que l'aggravation d'une contrainte devrait supposer des garanties renforcées. Or, il semble que le Conseil se satisfait d'une simple modulation des garanties exigées : ainsi peut-on relever dans une décision du 2 mars 2004 ⁴⁶² que la prolongation de la durée d'une garde à vue à raison de « la gravité et de la complexité » de l'infraction est conforme à l'article 66 dès lors où l'on « *subordonne la prolongation de la garde à vue à une décision écrite et motivée d'un magistrat du siège, auquel l'intéressé doit être présenté ; qu'en outre, est prescrite la surveillance médicale de la personne gardée à vue ; que ces garanties s'ajoutent aux règles de portée générale du code de procédure pénale qui placent la garde à vue sous le contrôle de l'autorité judiciaire* ».

183- La justification de l'aggravation pouvait elle-même être sujette à caution : l'article 706-73 du Code de procédure pénale énonçant une liste d'infractions hétéroclites dites « graves et complexes » car portant gravement atteinte « *à la sécurité, à la vie et à la dignité.* » ⁴⁶³ Or, on pouvait trouver parmi ces infractions le vol ou le faux monnayage pourvu que ceux-ci soient commis « en bande organisée ». Cette énumération sera validée par le Conseil qui n'émettra qu'une seule réserve d'interprétation à propos du vol, ⁴⁶⁴ lequel devra « présenter des éléments de gravité suffisants » que l'autorité judiciaire devra apprécier : « *quel aveu de la perméabilité de la frontière entre des infractions nécessitant une procédure extraordinaire et celles bénéficiant de la procédure de droit commun !* » ⁴⁶⁵ Le Conseil constitutionnel reviendra cependant sur cette interprétation en matière de

⁴⁵⁹ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice] cons n°7 et 8

⁴⁶⁰ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, cons n°8 dans lequel le Conseil énonce expressément ces trois critères.

⁴⁶¹ Par exemple : Décision n° 2014-452 QPC du 27 février 2015 M. Olivier J. [Mandat d'arrêt à l'encontre des personnes résidant hors du territoire de la République], cons n°4

⁴⁶² Décision du 2 mars 2004, Op. cit. cons n°

⁴⁶³ Ibid. cons n°16

⁴⁶⁴ Ibid. cons n°17

⁴⁶⁵ « *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle* », C. Lazerges, RSC 2004. 725

corruption, de trafic d'influence, de fraude fiscale,⁴⁶⁶ d'escroquerie,⁴⁶⁷ de blanchiment et de recel d'escroquerie⁴⁶⁸.

184- On peut relever la même évolution s'agissant de l'allongement du délai de rétention d'un étranger : d'abord allongé de 12 à 32 jours⁴⁶⁹, il a récemment été porté à 90 jours dans le cas général. Le Conseil constitutionnel a eu à connaître de cet allongement dans une décision du 6 septembre 2018. Or, le Conseil constatant que ladite mesure n'intervient « *qu'en l'absence de garanties de représentation effectives* », qu'elle ne peut être maintenue « *que pour le temps strictement nécessaire à son départ* », que « *la mesure de rétention ne peut à chaque fois être prolongée que sur l'autorisation du juge judiciaire, dans les conditions définies par la loi* » et que cette dernière « *conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* », elle est alors « *adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public* »⁴⁷⁰ Des garanties en somme bien maigres dès lors que les notions de « *garanties de représentations suffisantes* » et de « *risques de fuite* » demeurent imprécises et laissées à une appréciation subjective.⁴⁷¹

185- La quatrième tient à ce que si le Conseil constitutionnel avait pu affirmer « *qu'il incombe à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond* »⁴⁷² entourant la mesure, il n'a jamais déterminé ce que ces conditions exigeaient et les intègre dans son contrôle de proportionnalité sans les caractériser. On aurait pu pourtant s'attendre à ce que les principaux enjeux posés par l'article 66 portent sur une suffisance des conditions de fond et de forme permettant une privation de liberté. On soulignera cependant que le Conseil a pu censurer des dispositions sur ce fondement dans une décision du 20 avril 2012 : « *l'article L. 3222-3 du code de la santé publique prévoit que les personnes soumises par le représentant de l'État à des soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète peuvent être prises en charge dans une unité pour malades difficiles lorsqu'elles « présentent pour autrui un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mis en œuvre que dans une unité spécifique* » ; que ni cet article

⁴⁶⁶ Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière cons^o77

⁴⁶⁷ Décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014 M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée], cons n°13. Voir en ce sens : « *L'inconstitutionnalité du régime dérogatoire de garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée* », A. Botton – D. 2014. 2278

⁴⁶⁸ Décision n° 2015-508 QPC du 11 décembre 2015 M. Amir F. [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits de blanchiment, de recel et d'association de malfaiteurs en lien avec des faits d'escroquerie en bande organisée]

⁴⁶⁹ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Op. cit.

⁴⁷⁰ Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Op. cit. cons n°73 à 76

⁴⁷¹ « *La rétention des étrangers est-elle conforme aux exigences de la Convention européenne ?* », C. Pouly, D. actualités de droit administratif, 29/06/2018

⁴⁷² Décision n°93-323 DC 5 août 1993, Op. cit. cons n°5

*ni aucune autre disposition législative n'encadrent les formes et ne précisent les conditions dans lesquelles une telle décision est prise par l'autorité administrative*⁴⁷³ ».

186- Enfin, et dans le même sens, la cinquième raison découle de la seconde exigence de l'article 66 : le contrôle de l'autorité judiciaire quant au respect des conditions de fond et de forme posées par le législateur. Aussi, pareille intervention suppose que les conditions posées par le législateur soit suffisamment claires et précises pour donner à l'examen sa contenance. À défaut, l'autorité judiciaire deviendrait « *la gardienne d'une coquille vide* »⁴⁷⁴. Or, on observe une certaine tendance du Conseil à considérer que l'intervention de l'autorité judiciaire inhibe à elle seule tout risque d'arbitraire. En somme, soit les conditions de forme et de fond sont lacunaires, soit elles reposent sur des notions obscures, soit elles ne consistent qu'à l'appréciation subjective d'un Magistrat.

187- Ainsi peut-on citer la rétention de sûreté dont la condition majeure tient à « la dangerosité » de la personne qui y est soumise, « *base incertaine* », ⁴⁷⁵ notion aléatoire et peu fiable reposant sur une probabilité⁴⁷⁶ puisque « *même les psychiatres (...) ne manquent pas d'émettre des réserves sérieuses sur la difficulté d'évaluer la dangerosité* ». ⁴⁷⁷ On peut aussi mentionner également l'incarcération d'une personne en vue de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, laquelle repose sur l'appréciation de « *garanties de représentation suffisantes* »⁴⁷⁸ ou encore la prolongation de la garde à vue en matière d'actes de terrorisme « *pour permettre d'empêcher la réalisation d'une action terroriste en France ou à l'étranger dont l'imminence a été établie soit grâce aux éléments recueillis dans le cadre de l'enquête ou de la garde à vue elle-même, soit dans le cadre de la coopération internationale* » circonstances dont le juge de la liberté et de la détention devra apprécier la réunion...⁴⁷⁹

188- L'intervention de l'autorité judiciaire serait donc devenue l'amulette apotropaïque : mais les modalités de son contrôle, déjà affaibli pour les raisons susmentionnées, permettent-elles vraiment de conjurer le mauvais sort ?

B) La prévention de la détention arbitraire à l'aune de l'effectivité de la garantie judiciaire

189- Le second alinéa de l'article 66 de la Constitution confie la garde de la liberté individuelle *stricto sensu* à l'autorité judiciaire dont la définition constitutionnelle comporte certaines difficultés

⁴⁷³ Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement], cons n°26

⁴⁷⁴ « *Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* » G. Armand, Op. cit.

⁴⁷⁵ « *La rétention de sûreté : pénal or not pénal ?* », B. de Lamy, RSC 2009. 166

⁴⁷⁶ « *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel* », A. CAPELLO, Op. cit.

⁴⁷⁷ « *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel* », C. Lazerges, RSC 2008 . 746

⁴⁷⁸ Décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, Op. cit. cons n°14

⁴⁷⁹ Décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, M. Bulent A. et autres [Garde à vue terrorisme], cons n°5

commandant la modulation de son contrôle (a). Au-delà, il apparaît que l'effectivité de ce dernier n'emporte pas la conviction (b).

a) La notion d'autorité judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

190- À la question : « qu'est-ce que l'autorité judiciaire ? », le Conseil constitutionnel répond par une jurisprudence constante : elle comprend « à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ». ⁴⁸⁰ La question portant sur l'intégration des magistrats du parquet à l'autorité judiciaire a fait l'objet de nombreux débats ces dernières années. En cause, essentiellement, l'armature du statut de la magistrature du parquet qui le place tout à la fois comme une autorité indépendante bien que hiérarchisée : « magistrat certes, mais magistrat proche de l'exécutif ». ⁴⁸¹

191- En effet, le ministère public se trouve dans une situation qui, en dépit de nombreuses réformes (cf. *supra*) tendant à lui assurer une certaine indépendance, ⁴⁸² frôle la schizophrénie. Coexiste ainsi « un principe d'unité du corps judiciaire » et un principe de subordination des magistrats du parquet au garde des Sceaux ⁴⁸³: l'article 64 de la Constitution disposant que seuls « les magistrats du siège sont inamovibles. ». À la faveur de l'unité du corps judiciaire, on peut citer les mots du Professeur LEROY : « nul ne peut contester qu'en droit positif juges et procureurs font partie d'un même corps animé d'une même résolution : faire respecter la loi, les uns en en requérant l'application, les autres en l'appliquant », ⁴⁸⁴ et se reporter à l'article 1er de l'ordonnance du 22 décembre 1958 selon lequel « le corps judiciaire comprend : 1° Les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice ⁴⁸⁵ » et qui énonce que « tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet ». À la faveur de la dichotomie, la hiérarchie, l'article 30 du CPP prévoyant que « le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales » et l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 selon lequel « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre. »

⁴⁸⁰ Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, cons n°5 ; déjà dans une décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, cons n°6, le Conseil qualifiait le Procureur de la République de « magistrat de l'ordre judiciaire ».

⁴⁸¹ « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion » Y. Mayaud, Op. cit.

⁴⁸² La loi du 25 juillet 2013 réformant l'article 30 du CPP de sorte que le Ministre de la Justice ne puisse adresser au Ministère public « que des instructions générales » relatives à la cohérence de la politique pénale.

⁴⁸³ « L'originalité statutaire des magistrats du Parquet et la Constitution », P. Mbongo, *Pouvoirs*, vol. 115, no. 4, 2005, pp. 167-176.

⁴⁸⁴ « Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui mais... », J. Leroy, JCP 2011, n°8, p. 379

⁴⁸⁵ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

192- Pour certains, les réformes et projets de réformes récents tendant à résorber le lien entre le ministère public et la Chancellerie (dont le plus récent annonce un alignement des modalités de la nomination des magistrats du Parquet sur celles des magistrats du Siège), « *ne doivent pas occulter la situation de réelle indépendance actuelle dans laquelle se trouvent aujourd'hui, certes de fait, les magistrats du Ministère Public.*⁴⁸⁶ » Il est vrai que ne subsiste que la faculté d'adresser au ministère public des « instructions générales », lesquelles demeureraient nécessaires car « *sans les instructions, le risque est même celui d'une privatisation rampante de la justice pénale, chaque procureur exerçant à sa façon ses pouvoirs en fonction de ses seules idées personnelles.*⁴⁸⁷ »

193- Il n'en demeure pas moins que de récents évènements ont conduit une ministre de la Justice à se rendre personnellement au tribunal de grande instance de Paris pour annoncer que tous les gardés à vue seraient déférés.⁴⁸⁸ Une démarche sans doute permise, mais sensiblement différente de ce que le texte pouvait inspirer de prime abord. On perçoit souvent « l'instruction générale » comme une instruction guidée par l'intérêt général dans le cadre d'une politique d'ensemble préétablie : on a pu voir que l'instruction générale permettait encore de favoriser une répression dont on peine à croire qu'elle n'est pas simplement partisane. Par la même, le Parquet est un corps indivisible et partant, interchangeable. Ainsi, l'adage « *la plume est servie mais la parole est libre* » peut apparaître comme un faible contrepoids face à l'obligation faite aux parquetiers par l'article 33 du CPP. Le ministère public est irresponsable, sauf faute personnelle : il n'a pas de compte à rendre s'agissant de ses décisions. Enfin, le ministère public est amovible et révocable : son contrôle disciplinaire demeure parmi les prérogatives du garde des Sceaux et « *bien que les gardes des sceaux successifs aient toujours suivi depuis 2010 les avis simples du CSM en matière de nominations et de sanctions, il n'en demeure pas moins qu'en droit, le ministre de la justice demeure libre dans les propositions de nomination qu'il soumet au président de la République* ». ⁴⁸⁹ D'ailleurs, les conditions de la récente nomination du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris a fait l'objet de certaines polémiques⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ « *Réflexions sur le statut du magistrat du parquet* », Discours de Mr Jean-Claude Marin, Colloque sur « le statut du magistrat » du 18.12.15

⁴⁸⁷ « *Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ?* », J. Pradel, D. 2013. 1361

⁴⁸⁸ http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2018/12/02/01016-20181202ARTFIG00132-apres-les-violences-a-paris-un-dispositif-renforce-pour-juger-les-378-gardes-a-vue.php?utm_term=Autofeed&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR0go6U2z9O8pG3_hHmb18-ul_mfn06xTX9mgXX4JHKPJcIuz7san5VkOeQ#Echobox=1543782488

⁴⁸⁹ « Le parquet au milieu du gué », J. Roux, AJDA 2018. 509

⁴⁹⁰ <https://www.marianne.net/politique/nouveau-procureur-de-paris-macron-crispe-en-faisant-sa-justice-lui-meme> / https://www.liberation.fr/france/2018/09/27/a-paris-macron-veut-poser-son-parquet_1681731

194- Ces raisons sont celles qui ont justifié la condamnation de la France par la CEDH, pourtant déjà avertie dans les arrêts MEDVEDYEV,⁴⁹¹ dans l'arrêt MOULIN.⁴⁹² Dans ce dernier, la Cour confirme ce que certains auteurs, dont le Professeur REBUT, avaient déjà analysé à propos des premiers : « *les incidences éventuelles de l'arrêt Medvedyev sur le ministère public ont moins trait à son statut qu'à ses missions* ». ⁴⁹³

195- Effectivement, la Cour constate d'abord que « *si l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire représente l'autorité judiciaire citée à l'article 66 de la Constitution, il ressort du droit interne que les magistrats du siège sont soumis à un régime différent de celui prévu pour les membres du ministère public. Ces derniers dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la Justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice (...)* » (§ 56) se faisant la Cour, « *appelée à se prononcer sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions* » considère que, « *les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3* » (§57).

196- Mais au-delà elle fait valoir « *que la loi confie l'exercice de l'action publique au ministère public, ce qui ressort notamment des articles 1er et 31 du code de procédure pénale. Indivisible (paragraphe 26 ci-dessus), le parquet est représenté auprès de chaque juridiction répressive de première instance et d'appel en vertu des articles 32 et 34 du code précité. Or la Cour rappelle que les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties excluent notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale* » (§ 58).

197- En somme, au-delà de la dépendance statutaire, le ministère public semble ne pas satisfaire aux exigences tenant à l'impartialité requise. Ainsi, il conduit dans un premier temps les investigations, - certes « à charge et à décharge » conformément au nouvel article 39-3 du CPP⁴⁹⁴ qui semble oublier que procureur est avant tout celui qui accuse - puis il « *exerce l'action publique et requiert l'application de la loi* » conformément à l'article 31 du CPP, « *dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ». En somme : « *il est ainsi partie principale et publique au procès*

⁴⁹¹ CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, n° 3394/03 et CEDH, 5e Sect. 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, Req. n°3394/03

⁴⁹² CEDH, 5e Sect., 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n°37104/06

⁴⁹³ « *L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale* », D. Rebut, D. 2010. 970

⁴⁹⁴ Article issu de la loi du 3 juin 2016 n°2016/731

pénal : il est un demandeur »⁴⁹⁵ : l'impartialité est une qualité qui semble pourtant difficilement exigible auprès d'une partie ! On peut ici citer le Professeur MATSOPOLOU : « *l'impartialité, dont ce texte fait état [l'article 31 du CPP], n'est qu'un précepte d'ordre moral. Comme la Cour EDH l'a affirmé, à plusieurs reprises, l'impartialité des membres du ministère public est compromise, dès lors qu'ils sont chargés de contrôler en amont une mesure privative de liberté, telle que la garde à vue, et sont susceptibles, ultérieurement, d'intervenir dans la même procédure en tant qu'organes de poursuite.* »⁴⁹⁶ »

198- Sur la place des magistrats du parquet en tant que composante de l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel n'est jamais revenu sur sa jurisprudence. Ainsi, dans une décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue, il réaffirme qu'au sens de l'article 66 l'autorité judiciaire est un corps unitaire comprenant « *les magistrats du siège et les magistrats du parquet* ».⁴⁹⁷ Mais quid de cette appartenance eu égard au principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire qui constitue la justification de ses prérogatives dans la protection de la liberté individuelle ? Dans une décision attendue du 8 décembre 2017, le Conseil affirme que « *la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège* ».⁴⁹⁸ Une certaine interprétation de la jurisprudence européenne aboutirait à croire que la décision est aux antipodes⁴⁹⁹ de cette dernière. En réalité, si la Cour européenne considère que le Ministère public n'est pas « un magistrat » au sens de l'article 5§3 de la Convention, elle précise « *qu'il ne lui appartient pas de prendre position* » quant au débat portant sur « *le lien de dépendance effective entre le ministre de la justice et le ministère public* » qui relève « *des autorités nationales* ».⁵⁰⁰ Autrement dit, la Cour n'exige pas la pleine indépendance de l'institution.

199- Reprenant les développements de J.P. COSTA, à propos du rôle du parquet et de la jurisprudence européenne, selon lequel « *[le rôle du parquet] c'est d'être avocat de la société, de contrôler la police, d'engager les poursuites pénales... La question de l'indépendance du parquet en tant que telle n'a pas été posée à la Cour. Celle-ci a jugé que l'on ne pouvait être à la fois juge et partie. Si le ministère public chargé de poursuivre une personne intervient sur sa demande de mise en liberté, il y a confusion des rôles.... En France, les magistrats du siège et ceux du parquet n'ont*

⁴⁹⁵ « *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?* » J.C. SAINT-PAU, Droit pénal n° 9, Septembre 2007, étude 14, citant P. Conte et P. Maistre du Chambon, Procédure pénale : Armand Colin, 2002, 4e éd., n° 141

⁴⁹⁶ « *L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet* », H. Matsopoulou, La Semaine juridique. Édition générale, 15 janvier 2018, n° 3, p. 78-82

⁴⁹⁷ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Op. cit. cons n°26, on peut citer aussi une décision n°2011- 125 QPC du 6 mai 2011 cons n°8

⁴⁹⁸ Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet], cons n°9

⁴⁹⁹ Expression empruntée à Lenon J.-L., « *L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale* », Dr. pén. 2016, étude 25.

⁵⁰⁰ CEDH, Moulin c. France, Op. cit. §57

*pas le même statut*⁵⁰¹ », Maître ROBERT conclut que « *la Cour de Strasbourg n'a jamais érigé un principe général de séparation étanche des pouvoirs entre le siège et le parquet, qui obligerait, d'une part, à ce que toute la garantie des libertés individuelles soit le fait exclusif du siège et, d'autre part, à une scission des corps communs afin d'éviter « une contamination » du siège...* »⁵⁰²

200- Ceci est sans doute vrai, mais si selon les rédacteurs du commentaire de la décision du 8 décembre 2017 « *certain magistats du siège ont prôné la séparation du siège et du parquet afin, principalement, que les juges ne soient pas confondus dans l'opinion publique avec les procureurs, trop proches à leurs yeux du pouvoir exécutif*⁵⁰³ », l'origine de la QPC dont le Conseil constitutionnel avait à connaître témoigne peut-être du fait que d'autres voient la solution ailleurs et pourquoi pas dans la consécration de l'indépendance du parquet à l'issue d'une censure⁵⁰⁴.

201- Ceux-ci ne seront pas entendus et les difficultés demeurent : d'abord, la motivation du Conseil constitutionnel dans la décision précitée est elliptique, ensuite, bien que n'imposant pas à la France qu'elle abandonne le principe de subordination de la magistrature « debout », la CEDH empêche que ses prérogatives soient les mêmes que la magistrature du « siège » en matière de privation de liberté.

202- Dans la décision du 8 décembre 2017, le Conseil était appelé à déterminer si l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 était conforme à l'article 64 de la Constitution qui fonde l'indépendance de l'autorité judiciaire. Par le passé, le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion d'affirmer que l'article 30 du CPP était conforme aux articles 2 et 16 de la DDHC et à l'article 66 de la Constitution⁵⁰⁵ et avait fait découler de l'article 64 de la Constitution le principe selon lequel « *le ministère public exerce librement, en recherchant la protection des intérêts de la société, l'action publique devant les juridictions pénales.*⁵⁰⁶ » La majorité de la doctrine s'entend pour dire que le Conseil n'a pas fait preuve de la rigueur qui était attendue. La décision paraît réaliser ce tour de force consistant à déduire de dispositions constatant l'existence d'un lien de subordination

⁵⁰¹ Audition devant la commission des lois du Sénat, 4 avr. 2012.

⁵⁰² « *Le parquet français et la rumeur de Strasbourg* », M. Robert, AJ pénal 2016, p. 563 ;

⁵⁰³ Commentaire de la décision du 8 décembre 2017, Op. cit. p.11 Propos de J.L. NADAL

⁵⁰⁴ La QPC avait été posée par l'Union syndicale des magistrats (USM), le Syndicat de la magistrature et FO Magistrats

⁵⁰⁵ Décision du 2 mars 2004, Op. cit. cons n° 98 « *en vertu de l'article 20 de la Constitution, le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique ; que l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, place les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice ; que l'article 30 nouveau du code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle* ».

⁵⁰⁶ Décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration], cons n°10

l'indépendance des magistrats du parquet.⁵⁰⁷ La seule disposition invoquée qui penche en faveur de l'indépendance du parquet n'est autre que l'article 64 lui-même et toutes les dispositions « contextuelles » tirées du CPP ne résistent pas à l'analyse : elles font état de nombreux principes permettant une indépendance fonctionnelle sans que ceux-ci ne soient jamais assortis de garanties en assurant l'effectivité.⁵⁰⁸

203- Par ailleurs, cette appréciation se concilie mal avec l'avènement futur du parquet européen : le Professeur BOTTON rappelant ainsi que « *le texte comprend des dispositions garantissant expressément aux membres de ce Parquet une indépendance à l'égard tant des institutions communautaires que des Etats membres* »⁵⁰⁹ et prévoit que les parquetiers nationaux pourront être simultanément parquetiers européens.

204- Le contrôle du Conseil constitutionnel en la matière est un contrôle de proportionnalité, l'idée étant que la Constitution constate une « indépendance particulière du parquet » puisque devant être conciliée avec les prérogatives que tient le Gouvernement de l'article 20 de la Constitution. Fort de ce constat, qui semblait en lui-même donner la solution, le Conseil s'attache à vérifier à l'aide de dispositions législatives si l'équilibre requis « *a priori* » par la Constitution est satisfait : il en conclut par l'affirmative. Force est toutefois de reconnaître, à l'instar du Professeur De LAMY,⁵¹⁰ que les textes constitutionnels sont intrinsèquement paradoxaux : ils constatent que le Président de la République garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire, citent dans le même titre les prérogatives du Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du siège et des parquetiers, mais constatent que ces dernières ne sont pas les mêmes.

205- Quelle alternative à cette difficulté ? Les partisans de l'indépendance mettent en évidence que l'article 20 de la Constitution a été tronqué : si son premier alinéa dispose bien que « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* », son deuxième alinéa fait valoir quant à lui que le Gouvernement « *dispose de l'administration et de la force armée* » et donc non pas, de la magistrature. Dès lors, selon eux, et notamment selon l'Union syndicale des magistrats, le Conseil constitutionnel aurait dû exclure cette norme de son contrôle car dans le cas inverse, il porte sur un article constitutionnel une interprétation extensive (il est toutefois rare que le Conseil ne procède pas autrement). La magistrature devrait être pleinement indépendante et soumise aux seuls lois et règlements. Déclarer la non-conformité de l'article 5 aurait eu pour effet de contraindre le Gouvernement à réformer et notamment, à transférer les prérogatives tenant à la nomination et à la discipline des magistrats du parquet au C.S.M. La réforme la plus audacieuse aurait impliqué une scission complète du lien existant entre le pouvoir exécutif et le corps des magistrats du parquet par

⁵⁰⁷ « *Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel* », B. de Lamy, RSC 2018. 163/ « *Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants* », A. Botton, Lexbase. La Lettre juridique, 11 janvier 2018, 8 p.

⁵⁰⁸ En ce sens l'analyse du Professeur BOTTON, Ibid.

⁵⁰⁹ Ibid. à propos de l'article 6 du règlement (UE) n° 2017/1939

⁵¹⁰ « *Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel* », B. de Lamy, Op. cit.

la création d'une sorte de « Premier procureur » interne à la magistrature à l'image du système en vigueur en Espagne. Toute la question demeurant dans les modalités de cette nomination et dans la satisfaction un nouveau point d'équilibre qu'il y aurait eu à rechercher : assurer l'indépendance des magistrats, empêcher l'immixtion d'un autre pouvoir et dans le même temps empêcher que l'autorité judiciaire ne se meuve en un pouvoir qui n'a ni la légitimité du vote populaire, ni la contrainte de l'existence d'un contre-pouvoir et éloigner le spectre des échecs de l'indépendance des magistrats du parquet italien : « *L'Italie a laissé prospérer autant de politiques criminelles qu'il y a de parquets sur son territoire, réduisant le ministre de la justice au rôle d'un caissier qui distribue des traitements, incapable qu'il est d'expliquer, devant le Parlement, les ressorts de l'exercice de l'action publique.*⁵¹¹ »

206- Selon le Professeur ROBERT, « *le texte querellé remonte à la période consulaire des débuts de la Cinquième République, pendant laquelle le pouvoir législatif était tout entier confié au gouvernement, sans ratification parlementaire ni contrôle juridictionnel (Const., art. 92 anc.). Cette circonstance historique exceptionnelle, le temps passé, la ratification (tardive) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, les multiples décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relative à notre ministère public, les solennelles déclarations des plus hauts personnages de la hiérarchie judiciaire et, enfin, les vœux des syndicats de magistrats concrétisés dans la QPC renvoyée au Conseil constitutionnel, tout cela formait un ensemble favorable à la revendication en faveur de l'indépendance du parquet.*⁵¹² »

207- Le mérite de ce choix, qui n'était pas celui souhaité par le Gouvernement actuel, aurait celui d'une certaine cohérence avec toutes les réformes qui mettent en évidence la liberté d'action du ministère public, reconnue par le Conseil constitutionnel comme un principe et l'« impartialité » qui lui est requise au stade de l'enquête. Comme le fait valoir le Professeur de LAMY, il y a à l'heure actuelle une évolution de la fonction du ministère public et un immobilisme de son statut.⁵¹³ Acteur central de l'enquête, bénéficiant de prérogatives de plus en plus étendues et coercitives que l'on tente de légitimer par l'intervention du juge de la liberté et de la détention, il n'est plus le magistrat d'antan qui bénéficiait de prérogatives d'investigations destinées à déterminer la nécessité d'une poursuite. Aussi, pour reprendre les propos du Professeur FOURMENT : « *les garanties d'indépendance (prochaine), d'impartialité et d'investigations à décharge assez particulières qui sont les siennes sont-elles comparables à celles du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention et des magistrats des formations de jugement ? Non pas. C'est qu'alors, il y a bien des qualités d'indépendance, d'impartialité et d'obligation d'investiguer à décharge surfaites.*⁵¹⁴ » Toutes ces qualités surexposées, auxquelles s'ajoutent désormais le Sceau constitutionnel qui consacre une « indépendance dépendante », donne l'impression d'une sorte de novlangue consistant

⁵¹¹ « *Gardez-moi de mes amis* », J.H. Robert, Droit pénal, janvier 2018, n° 1, p. 1-2

⁵¹² Ibid.

⁵¹³ « *Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel* », B. de Lamy, Op. cit.

⁵¹⁴ « *Remarques sur l'impartialité du ministère public* », F. Fourment, Gaz. Pal. 18 juill. 2017, n° 299 j4, p. 92

à appeler les choses par leur antonyme. Quoi qu'il en soit, les nouvelles prérogatives du ministère public dans l'enquête et la mutation de cette dernière impliquent un contrôle effectif de ses actes, ce que le Conseil a relevé dans une décision du 21 mars 2019.⁵¹⁵ L'indépendance semble de mise parce qu'elle servirait la légitimité de l'autorité judiciaire au service de l'article 66 de la Constitution : dans le cadre de ses nouvelles prérogatives, le ministère public est un acteur central dans l'urgence et tant qu'il demeure dans une situation ambiguë, « *on peut légitimement se demander si ce dernier n'est pas finalement, en matière de terrorisme, l'autorité administrative de droit commun...* »⁵¹⁶

208- Reconnaître la dépendance du ministère public, qui selon certains auteurs aurait été possible,⁵¹⁷ aurait eu pour mérite d'être lucide sur l'état du droit actuel. La proposition du Professeur BOTTON est la suivante : si l'adjectif judiciaire n'est plus pensé par rapport à l'institution, mais par rapport à la fonction « juridictionnelle », le parquet n'en possédant - *a priori* (car les pouvoirs qu'il tient en matière d'alternatives aux poursuites et de comparution sur reconnaissance préalable sèment parfois le doute) - aucune, il serait possible de dire le parquet dépendant sans contredire l'article 16 de la DDHC. Or, une telle solution serait possible dès lors que le Conseil constitutionnel interprète la séparation des pouvoirs découlant de l'article 16 comme impliquant la séparation des fonctions juridictionnelles, législatives et exécutives.⁵¹⁸ Dans le même sens, le Conseil fait valoir dans le commentaire de cette décision qu'il « *juge que ce principe d'indépendance est « indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires » ou « juridictionnelles ».*⁵¹⁹ »

209- Le Conseil constitutionnel tire les conséquences de cette ambivalence dans l'application de l'article 66 de la Constitution. Si le ministère public, en tant que corps faisant partie de l'autorité judiciaire, est un garant de la liberté individuelle, il ne peut bénéficier des mêmes prérogatives qu'un juge du siège. À propos de la garde à vue, il a considéré que le procureur pouvait valablement autoriser la mesure pour 24 heures et son renouvellement pour 24 heures supplémentaires dès lors que passé ce délai, la décision de renouvellement appartient au JLD.⁵²⁰ Peu importe d'ailleurs que le texte ne prévoit plus la présentation obligatoire au procureur du gardé à vue avant qu'il ne décide de

⁵¹⁵ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, cons n°144 « *En deuxième lieu, cette autorisation est délivrée, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, les dispositions légales ne prévoient pas l'accès du juge des libertés et de la détention à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, il n'a pas accès aux procès-verbaux dressés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux pris en application des articles 100-3 à 100-8 du code de procédure pénale et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que la mesure d'interception de correspondances. Enfin, les dispositions législatives ne prévoient pas que le juge peut ordonner la cessation de la mesure d'interception, notamment s'il estime que celle-ci n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité.* »

⁵¹⁶ « *L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion !* », Y. Mayaud, Op. cit.

⁵¹⁷ « *Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants* », A. Botton, Op. cit.

⁵¹⁸ Ibid.

⁵¹⁹ Commentaire de la décision du 8 décembre 2017, p. 17

⁵²⁰ Décision du 30 juillet 2010, Op. cit. cons n°26 ; ce qui avait déjà été établi dès une décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons n°5

la prolongation de la mesure, pourvu que celle-ci demeure sous contrôle.⁵²¹ De même s'agissant de l'exécution d'un mandat d'amener qui, lorsqu'il aboutit à l'interpellation d'une personne à plus de 200 km du siège du juge d'instruction, permet de retenir une personne pendant 4 jours afin de permettre sa conduite devant ce dernier après l'avoir présentée au procureur.⁵²² Le Conseil a par ailleurs validé qu'une personne soit déférée à l'issue de sa garde à vue le même jour devant le procureur⁵²³, ainsi qu'elle puisse être maintenue pendant un délai de 20 heures dans les locaux d'une juridiction afin de pouvoir être déférée⁵²⁴. De même, le fait que le procureur puisse introduire un référé-suspension permettant de suspendre la décision de mise en liberté du juge d'instruction afin d'interjeter appel, sans excéder deux jours ouvrables afin que le Premier président de la Cour d'appel statue sur cette demande est conforme à l'article 66.⁵²⁵ Le procureur peut autoriser le recours à la force publique pour contraindre une personne à comparaître au commissariat dans le cadre d'une enquête préliminaire.⁵²⁶ Une jurisprudence qui semble conforme à la jurisprudence européenne qui considère qu'une personne privée de sa liberté doit être « aussitôt » conduite devant un magistrat (au sens de l'article 5§3). L'adverbe aussitôt étant interprété de telle sorte qu'il n'admet pas un délai excédant 4 jours⁵²⁷.

210- De même, dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable, l'article 66 n'empêcherait pas que le procureur puisse proposer une peine allant jusqu'à 1 an de prison, pourvu qu'un juge du siège soit seul compétent pour procéder à l'homologation de la proposition.⁵²⁸ Si le procureur peut désormais décider d'une comparution à délai différé et à cette occasion demander le placement de l'individu sous contrôle judiciaire, assignation à résidence ou en détention (ce qui est une nouvelle prérogative...), la décision appartient au JLD.⁵²⁹ En revanche, l'injonction pénale, qui prévoyait la possibilité pour le ministère public de prononcer des « *mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle* » et qui, si elles étaient prononcées par un tribunal constitueraient des sanctions pénales « *ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement* »⁵³⁰. Dans une décision du 30 mars 2006, le Conseil avait

⁵²¹ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Op. cit. cons n°180 et 181

⁵²² Décision n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011 M. Kiril Z. [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener], cons n°10 et 11

⁵²³ Décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, Op. cit. cons n°8

⁵²⁴ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, Op. cit. cons n°8. Sur ce point, la loi du 23 mars 2019 permet la prolongation de la garde à vue pour 48h pour ce motif.

⁵²⁵ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons n°74

⁵²⁶ Décision n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012 Société OLANO CARLA et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire], cons n°7

⁵²⁷ CEDH, 4ème sec., *ORAL ET ATABAY c. TURQUIE*, 23 juin 2009 n°39686/02

⁵²⁸ Décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011 Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, cons n°16

⁵²⁹ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Op. cit. cons n°289

⁵³⁰ Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995 Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, cons n°6

considéré que lorsque la mesure, objet de la transaction, ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, le pouvoir d'homologation pouvait être confié aussi bien à un magistrat du siège qu'à un magistrat du parquet,⁵³¹ position sur laquelle il semble être revenu puisque ne reprenant pas ce principe en matière de transaction par OPJ.⁵³²

211- Une interprétation analogue, excluant la possibilité d'une fonction juridictionnelle dans la détermination de mesures « portant atteinte à la liberté individuelle », conduit le Conseil constitutionnel à considérer que les juridictions de proximité peuvent être dotées de compétences pénales pourvu que ne leur soit pas confié le pouvoir d'ordonner des mesures privatives de liberté.⁵³³ Il affirme par ailleurs que si l'article 66 s'oppose « à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, il n'interdit pas, par lui-même, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges »,⁵³⁴ sous réserve que soient « apportées en pareil cas des garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance, indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires » et les « exigences de capacité, qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ». Dès lors, un juge de proximité peut siéger parmi les trois magistrats composant le tribunal correctionnel, son statut ayant été reconnu par le Conseil comme apportant « les garanties d'indépendance et de capacité requises »⁵³⁵.

Il précisera, ce qui cependant était déjà implicite dans la décision précitée, qu'en pareille hypothèse, « s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire ; »⁵³⁶ Toutefois, ce principe souffre d'une exception s'agissant du tribunal pour enfant, dès lors, selon le Conseil, qu'il « s'agit d'une juridiction pénale spécialisée » et non « de droit commun ».⁵³⁷ En revanche, si dans une juridiction de droit commun, les dispositions n'empêchent pas que des juges non professionnels restent minoritaires, elles seront déclarées contraires à la Constitution⁵³⁸.

212- Au visa des articles 64 et 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a considéré que « si les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire, la Constitution ne fait pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de

⁵³¹ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 Loi pour l'égalité des chances, cons n°42

⁵³² Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, Syndicat de la magistrature et autre [Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines]

⁵³³ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons n°19

⁵³⁴ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, cons n°15

⁵³⁵ Ibid. cons n°18 et 19

⁵³⁶ Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], cons n°5

⁵³⁷ Ibid. cons n°6

⁵³⁸ Décision n° 2016-532 QPC du 1er avril 2016, M. Jean-Marc E. et autre [Composition de la formation collégiale du tribunal correctionnel du territoire des îles de Wallis-et-Futuna], cons n°8

carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire ». Ces dispositions « n'imposent pas que les citoyens appelés par le tirage au sort à participer occasionnellement et en qualité d'assesseurs à l'exercice de la justice pénale soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire ou partiel de leurs fonctions » sous réserve que « les procédures selon lesquelles ils statuent, soient définies de manière à ce qu'ils soient mis à même de se prononcer de façon éclairée sur les matières soumises à leur appréciation ».⁵³⁹

213- On retiendra donc que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, lesquels ne peuvent bénéficier des mêmes pouvoirs et l'article 66 de la Constitution ne fait pas obstacle, sous les réserves susvisées, que la gardienne de la liberté accueille dans son exercice juridictionnel des juges non-professionnels.

214- Reste enfin à évaluer les modalités du contrôle de l'autorité judiciaire dans sa mission de préservation de la liberté individuelle face à l'arbitraire.

b) Les modalités du contrôle de l'autorité judiciaire

215- Le second alinéa de l'article 66 de la Constitution dispose que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Nous avons souligné dans notre introduction que cette disposition peut faire l'objet de deux interprétations : soit, elle oblige le législateur à encadrer les conditions d'intervention de l'autorité judiciaire, soit elle oblige le législateur à déterminer des conditions de fond et de forme entourant la privation de liberté et sur lesquelles devra veiller l'autorité judiciaire. Nous avons considéré que les deux interprétations devaient être cumulativement retenues dès lors que l'autorité judiciaire doit respecter la loi.

216- En premier lieu, mais nous l'avons déjà dit à de nombreuses reprises, l'article 66 exige que toute atteinte à la liberté individuelle, bien qu'entendue de façon restrictive par le Conseil constitutionnel, implique l'intervention de l'autorité judiciaire. Aussi, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de faire valoir qu'il incombait au législateur de prévoir cette intervention chaque fois qu'il entendait instituer des mesures portant atteinte à la liberté individuelle.⁵⁴⁰ Pourtant, on peut d'ores et déjà faire remarquer qu'il y a au moins un cas dans lequel le Conseil n'a pas suivi ce raisonnement : en effet, dans une décision du 8 juin 2012⁵⁴¹ (*cf. supra*) tout en reconnaissant que le placement d'une personne en état d'ébriété dans une cellule de dégrisement est une mesure

⁵³⁹ Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cons n°10 à 12

⁵⁴⁰ Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, cons n°28

⁵⁴¹ Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, Conseil constitutionnel M. Mickaël D. [Ivresse publique] Op. cit.

privative de liberté, le Conseil considère que « *l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution* »⁵⁴² parce qu'il ne s'agit que d'une mesure de police administrative et qu'elle n'est que très brève.

217- Aussi peut-on rejoindre l'analyse du Professeur DETRAZ : « *la référence à l'appartenance de la mesure à la police administrative, en premier lieu, ne justifie cependant pas l'absence de contrôle judiciaire : elle explique tout au plus que les droits de la défense soient, durant le placement, refusés à l'individu* » et « *dire, comme le fait que le Conseil constitutionnel, que l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire est compatible avec l'article 66 de la Constitution en raison de la brièveté de la mesure relève constitue donc un pur argument d'autorité, chose facilitée par l'extrême généralité des règles constitutionnelles qu'il est chargé de faire respecter (quand il ne les crée pas lui-même de toutes pièces)*.⁵⁴³ »

218- Dans un sens similaire, selon le Conseil constitutionnel, alors que l'autorité judiciaire bénéficie d'un monopole en matière de privation de liberté,⁵⁴⁴ l'article 66 de la Constitution n'empêche pas le législateur de confier le soin de fixer certaines modalités d'application des peines à d'autres autorités que des juridictions judiciaires.⁵⁴⁵

219- À l'origine, afin que le contrôle effectué par l'autorité judiciaire ne se borne pas à un contrôle formel, le Conseil constitutionnel avait fait valoir que ce contrôle devait être effectif. Ainsi dans une décision du 5 août 1993, il considère « *qu'il incombe à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond* »⁵⁴⁶ édictées par le législateur pour assurer la conciliation entre certains objectifs et le respect de la liberté individuelle (*cf. supra*). À l'image du Professeur ARMAND, on s'attendait alors, vu les principes posés, que la garantie judiciaire consiste en une garde effective procédant d'abord d'une autorisation, ensuite d'un contrôle satisfaisant.⁵⁴⁷ Force est de reconnaître que la position du Conseil, au fil de ses décisions, apparaît décevante et constitue, selon ce même auteur « *le dernier coup porté à la protection constitutionnelle de la liberté individuelle et qui, combiné avec les autres, pourrait lui être fatal faute d'un resserrement de la contrainte de constitutionnalité du législateur*.⁵⁴⁸ »

⁵⁴² Décision du 8 juin 2012, cons n°8 Op. cit.

⁵⁴³ « *Constitutionnalité de la mesure et du régime du placement en cellule de dégrisement* », S. DETRAZ, Op. cit.

⁵⁴⁴ Décision n°89-260 DC, du 28 juillet 1989, cons n°6

⁵⁴⁵ Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, Op. cit. cons n°23

⁵⁴⁶ Décision n°93-323 du 5 août 1993, Op. cit. cons n°5 ou encore, une décision n°93-326 du 11 août 1993, Op. cit. cons n°3

⁵⁴⁷ « *Que reste-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* », G. ARMAND, Op. cit.

⁵⁴⁸ Ibid.

220- Sur la mise en oeuvre d'une mesure privative de liberté, d'abord, le Conseil constitutionnel énonce régulièrement et de façon générale que « *dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle qu'il entend édicter* ».549 Ainsi donc, en fonction de « la nature » de la mesure (ce qu'il ne définit pas, peut-être alors doit-on se référer à la distinction police administrative/police judiciaire) et de « la portée » de la mesure (que l'on peut sans doute rapprocher de la durée et du degré de contrainte), l'intervention de l'autorité judiciaire est modulable.

221- On ajoutera qu'aux yeux du Conseil constitutionnel, l'article 66 n'impose pas que l'autorité judiciaire soit saisie préalablement de toute mesure privative de liberté550 pourvu que passée une certaine durée, le maintien de la mesure privative ne puisse avoir lieu sans une décision émanant de cette dernière.551 À titre presque compensatoire, il fera valoir que l'autorité judiciaire doit intervenir dans « *le plus cours délai possible* » afin de pourvoir à la sauvegarde de la liberté individuelle.552 De même, il affirme que le droit au recours juridictionnel effectif impose que dans le cadre d'une mesure privative de liberté que le juge devra statuer « *dans les plus brefs délais*.553»

222- Il en résulte pratiquement deux choses : d'une part, l'autorité judiciaire n'autorise pas forcément la mesure, mais nous l'avons déjà fait valoir lors de notre étude sur les interventions de l'autorité judiciaire en matière administrative, d'autre part, le législateur peut permettre une intervention dont la portée et le moment sont susceptibles de varier au gré des mesures. Comme nous en avons fait la remarque, on ne peut que voir poindre à travers la jurisprudence du Conseil, une conception du « contrôle » de l'autorité judiciaire davantage assimilée à une exigence de vérification qu'à une pleine maîtrise.

223- Sur le premier point, on peut citer essentiellement toutes les mesures privatives de liberté intervenant en tant que matière de police administrative. En effet dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction, *a fortiori* au stade du jugement, les mesures attentatoires à la liberté individuelle sont aux mains de l'autorité judiciaire *ab initio*. On peut ici citer plusieurs exemples : l'ordre de comparaître donné à une personne en enquête préliminaire doit être autorisé par le procureur de la République554, l'appréhension d'une personne par tout citoyen en cas de crime ou de délit flagrant suppose sa conduite dans les plus brefs délais auprès d'un OPJ qui est placé « sous le contrôle et la direction de l'autorité judiciaire »555. La garde à vue est le fait d'OPJ, « *sous le contrôle de*

549 Par exemple : décision n°93-307 du 25 février 1992, Op. cit. cons n°13

550 Ibid. cons n°20

551 Ibid. cons n°23

552 Par exemple, décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Op. cit. cons n°25

553 Ibid. cons n°39

554 Article 78 du CPP

555 Article 73 du CPP et principe énoncé par le Conseil constitutionnel.

*l'autorité judiciaire*⁵⁵⁶ », ce qui implique que le procureur soit informé du placement « *dès le début de la mesure*⁵⁵⁷ », qu'il « *apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre* » et qu'il puisse décider d'y mettre un terme à tout moment.⁵⁵⁸ La retenue rendue possible par l'article 803-3 du CPP, sous le contrôle du procureur de la République et après la levée d'une mesure de garde à vue, conduit le Conseil constitutionnel à exiger que le magistrat devant lequel la personne sera emmenée à comparaître soit informé sans délai de l'arrivée de la personne dans les locaux de la juridiction.⁵⁵⁹ La détention provisoire est décidée par le JLD, sur demande du juge d'instruction et lorsque la personne a été placée par ce dernier en mise en examen, ce qui suppose qu'existent à son encontre des « *indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle(s) ai(en)t pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* »⁵⁶⁰.

224- Aussi, si nous avons critiqué l'intervention *a posteriori* du juge administratif dans le cadre de l'état d'urgence ou en matière de renseignements, on ne peut que constater que de la même manière, lorsqu'il statue en « matière administrative », « *le juge arrive toujours trop tard* ». ⁵⁶¹ Ainsi sur le second point, la possibilité faite au législateur de moduler les délais et d'instituer selon les hypothèses un maximum au terme duquel l'autorité judiciaire doit intervenir sont très disparates : le Conseil constitutionnel admet qu'il puisse être de 5 jours dans l'hypothèse d'une rétention administrative⁵⁶² et en matière d'hospitalisation d'office, le délai avant l'expiration duquel le juge doit intervenir est de 15 jours.⁵⁶³

225- Dans ce dernier cas, la fixation de ce délai se justifie par la prise en compte « *des motifs médicaux et les finalités thérapeutiques de la mesure* », ce qui n'est pas critiquable dès lors que le juge statuera sur la nécessité de la prolongation de la mesure, ce qui suppose un certain recul, et que la personne bénéficie au nom du droit à un recours juridictionnel effectif de la possibilité de se pourvoir par simple requête devant le Président du TGI afin qu'il soit mis fin à son hospitalisation⁵⁶⁴. Le juge devant alors statuer « *dans les plus brefs délais* ». ⁵⁶⁵ S'agissant de la

⁵⁵⁶ Article 62-2 du CPP

⁵⁵⁷ Article 63 du CPP

⁵⁵⁸ Article 62-3 du CPP

⁵⁵⁹ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, Op. cit. cons n°11

⁵⁶⁰ Article 80-1 du CPP

⁵⁶¹ Expression empruntée à l'article « *Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2015)* », ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y. et BONNET J., *RDP*, 2016, n°1, p. 305 et s.

⁵⁶² Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Op. cit. cons n°73

⁵⁶³ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons n°25 et Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, Op. cit. cons n°13

⁵⁶⁴ CEDH, 1^{re} sect., 27 oct. 2005, n° 68673/01, *Mathieu c/ France*, la Cour avait admis que l'on puisse pour ces motifs déroger au respect du délai raisonnable.

⁵⁶⁵ *Ibid.* cons n°25, 38 et 39

rétenion administrative, le délai se justifie « *par la nécessité de procéder à l'éloignement* » et par « *le respect des règles de répartition du contentieux*⁵⁶⁶ » pour offrir au juge administratif la possibilité de statuer rapidement sur la légalité de la mesure. On peut toutefois constater que ce délai n'a cessé de s'allonger : d'abord de 24 heures, puis de 48h désormais de 5 jours... Le Conseil constitutionnel ayant censuré un délai prévu de 7 jours,⁵⁶⁷ il admet que l'intervention du juge judiciaire puisse être portée à 7 jours *maximum* si l'étranger en situation irrégulière est placé à l'issue d'une garde à vue. Il présente alors cette disposition sous la forme d'une réservation d'interprétation alors qu'elle permet concrètement d'allonger le délai *maximum*.⁵⁶⁸ En somme, le raisonnement « *revient à ne pas opposer une norme constitutionnelle précise (les droits de la défense, la liberté individuelle...) à la loi et à privilégier les clauses d'ordre public de la Constitution en déduisant les garanties de la loi elle-même*.⁵⁶⁹ » Toutefois, la loi du 7 mars 2016, qui confie au JLD le contentieux de la légalité de la rétention administrative des étrangers, a réduit ce délai à 48h.

226- On soulignera toutefois que l'autorité judiciaire « *doit conserver en tout état de cause la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en détention, d'office ou à la demande de l'intéressé, lorsque les circonstances de droit et de fait le justifient* ⁵⁷⁰ », ce qui d'une certaine manière, rejoint la garantie offerte à la personne hospitalisée par la force et plus généralement, une constante tenant à la nécessité de pouvoir - qui aurait peut-être dû être un devoir - mettre un terme à la mesure si les conditions présidant à sa mise en oeuvre ne sont plus réunies. Par exemple, on peut citer ici la rétention de sûreté : « *aux termes de l'article 706-53-18 du code de procédure pénale : « La juridiction régionale de la rétention de sûreté ordonne d'office qu'il soit immédiatement mis fin à la rétention de sûreté dès lors que les conditions prévues. . . Ne sont plus remplies » ; qu'il ressort de ces dispositions que l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de la personne retenue, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* ».⁵⁷¹

227- À ce titre, le Conseil constitutionnel a pu juger qu'en matière d'incarcération pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, les dispositions contestées « *ne sauraient, sans imposer une rigueur*

⁵⁶⁶ Décision n°2011-632 du 9 juin 2011, Op. cit. cons n°71 et 72

⁵⁶⁷ Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, Op; cit. cons n°4

⁵⁶⁸ Commentaire de la décision du 9 juin 2011 p. 38 et 39 : « *lorsque l'étranger a été placé en rétention administrative à l'issue d'une garde à vue, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle exige que la durée de cette garde à vue soit prise en compte pour déterminer le délai avant l'expiration duquel une juridiction de l'ordre judiciaire doit intervenir. La durée de la garde à vue peut être portée à quarante-huit heures en cas de renouvellement de la mesure par le procureur de la République. Les dispositions contestées ne sauraient donc, sans méconnaître l'article 66 de la Constitution, permettre que l'étranger privé de sa liberté soit effectivement présenté à un magistrat du siège après l'expiration d'un délai de sept jours à compter du début de la garde à vue* »

⁵⁶⁹ « *Une réforme qui n'a épargné aucune question du droit des étrangers* », V. Tchen ; L. Le Fourn, La Semaine juridique. Édition générale, 18 juillet 2011, n° 29-34, p. 1414-1415

⁵⁷⁰ Décision n°2003-484 du 20 novembre 2003, Op. cit. cons n°66

⁵⁷¹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Op. cit. cons n°22

*non nécessaire méconnaissant la liberté individuelle ni porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir, être interprétées comme excluant la possibilité pour le magistrat du siège saisi aux fins d'incarcération dans le cadre d'une procédure d'extradition de laisser la personne réclamée en liberté sans mesure de contrôle dès lors que celle-ci présente des garanties suffisantes de représentation.*⁵⁷² »

228- Par ailleurs, le caractère effectif du contrôle suppose une intervention qui ne soit pas comparable à de la figuration, ce qui suppose que l'autorité judiciaire soit dotée des moyens permettant d'assurer une appréciation concrète de la nécessité de la mesure. En somme, le législateur ne peut pas retirer à l'autorité judiciaire le pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non de mettre un terme à une mesure privative de liberté. Dès lors, le Conseil a pu affirmer que le législateur ne pouvait subordonner le pouvoir du JLD quant à la levée de la mesure à l'avis favorable de deux médecins sans méconnaître les articles 64 et 66 de la Constitution.⁵⁷³ Et s'il a convenu que le législateur pouvait, sans méconnaître l'article 66, exclure que la décision du JLD refusant la prolongation d'un maintien en zone d'attente puisse se fonder exclusivement sur les garanties de représentation de l'étranger,⁵⁷⁴ c'est en se fondant avec une certaine pertinence sur le fait que les dispositions instituées visaient à empêcher l'entrée d'un étranger en France.

229- En revanche, le Conseil constitutionnel juge que « *si en principe, il résulte de l'article 66 de la Constitution que, lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère son rôle de gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel* », le procureur de la République peut faire appel de ladite décision et lui donner un effet suspensif. Nous avons fait remarquer qu'en application de cette disposition, un justiciable peut être maintenu jusqu'à 20h après sa garde à vue dans les locaux de la juridiction, mais le dispositif touche aussi le droit des étrangers : un étranger peut être maintenu en zone d'attente jusqu'à 10 heures après une décision de remise en liberté. Ce délai n'a cessé de s'allonger, il était d'abord de 4 heures⁵⁷⁵, puis de 6⁵⁷⁶ et alors même que le Conseil constitutionnel faisait valoir dans le commentaire de cette dernière décision que l'allongement du délai au double de ce qu'il était initialement aurait entraîné une censure des dispositions,⁵⁷⁷ il a fini par admettre que ce délai puisse être porté à 10 heures.⁵⁷⁸

⁵⁷² Décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, Op. cit. cons n°15

⁵⁷³ Décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables], cons n°6

⁵⁷⁴ Décision n°2011-632 du 9 juin 2011, Op. cit. cons n°30

⁵⁷⁵ Décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003, Op. cit. cons n°72 et 73

⁵⁷⁶ Décision n°2011-632 du 9 juin 2011, Op. cit. cons n°74 à 78

⁵⁷⁷ Commentaire de la décision du 9 juin 2011, p. 19

⁵⁷⁸ Décision n°2018-770 du 6 septembre 2018, Op. cit. cons n° 59

230- Nous avons cependant mis en évidence les difficultés tenant à s'assurer de l'existence d'un véritable contrôle dès lors que les conditions de fond et de forme édictées par la loi sont parfois insuffisantes. Ainsi peut-on à nouveau citer la rétention de sûreté et reprendre le constat sans appel du Professeur DELMAS-MARTY : « *la garantie née du contrôle de l'autorité judiciaire est un leurre dès lors où la rétention porte non pas sur la preuve de la culpabilité mais sur un diagnostic de dangerosité* ». ⁵⁷⁹

231- Il y a des hypothèses où la part de subjectivité entrant dans les conditions est irréductible : il en est ainsi d'un placement en détention provisoire ou du prononcé d'une peine d'emprisonnement. Pour l'une, il sera nécessaire de constater « *l'existence d'indices graves ou concordants* ⁵⁸⁰ » et d'indiquer parmi une liste de sept d'objectifs ceux qui commandent la mesure tandis que pour l'autre, la peine d'emprisonnement (et la sanction pénale en général), le Conseil constitutionnel a obligé à la motivation des arrêts de Cour d'assises en énonçant « *qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines* », de sorte que « *ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine*. ⁵⁸¹ » Il existera dans ces matières, outre des motifs édictés par le législateur, une obligation de motivation « spéciale » du juge qui devra se fonder sur les conditions posées par la loi. Par la même, dans toutes ces situations, le justiciable bénéficie d'un droit de recours contre la décision.

232- L'analyse est un peu différente s'agissant du placement en garde à vue : s'il est vrai que la loi prévoit, comme pour le placement en détention, que celle-ci ne peut être mise en oeuvre, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, « *qu'en raison de l'existence d'une ou de plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* ⁵⁸² » et si elle est « l'unique moyen » de satisfaire à l'un des six objectifs posés (ce que la Chambre criminelle accepte désormais de contrôler), ⁵⁸³ elle ne confie pas au justiciable un recours (ce qui est audible lorsqu'elle ne dure que 24 heures, peut-être moins lorsqu'elle dure 6 jours) et ne pourra faire l'objet d'un recours en nullité, faute d'intérêt à agir, que si le procureur déclenche l'action publique. Ce constat participe aujourd'hui d'un débat tendant à constater la juridictionnalisation de l'enquête, aux motifs que pour autoriser les actes les plus coercitifs tout en instituant un contrepouvoir au ministère public, le JLD a de plus en plus investi la phase policière. Le Professeur GOGORZA invite à une analyse plus nuancée et parle davantage de

⁵⁷⁹ « *La liberté et la sûreté dans un monde dangereux* », M. Delmas-marty, Col. la couleur des idées, Ed. Seuil, 02/2010

⁵⁸⁰ Articles 62-2 et 80-1 du CPP

⁵⁸¹ Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises] cons n°8

⁵⁸² Article 62-2 du CPP

⁵⁸³ Ch. crim. 7 juin 2017 n°16-87588

judiciarisation de l'enquête : faute d'action publique, faute de participation du justiciable à la demande introduite auprès du JLD et faute de pouvoir constater l'existence d'un droit à la contestation.⁵⁸⁴

233- La place du JLD est fondamentale dans le domaine des privations de liberté et partant, de l'article 66. Créé par la loi du 15 juin 2000⁵⁸⁵ dans le dessein de renforcer la détention provisoire sans pour autant renoncer à l'existence du juge d'instruction, celui qui à l'origine avait été perçu comme voué à disparaître en raison d'un contrôle que l'on a rapidement perçu comme seulement formel, a vu son rôle croître pour devenir « *le pilier central de la garantie constitutionnelle des libertés individuelles* ». ⁵⁸⁶ Comme bien souvent, « l'intention est bonne » - au moins peut-être à l'origine - et l'instauration d'un contrôle opéré par un second juge dans le cadre d'un placement en détention provisoire, d'un contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence, - mesures très attentatoires aux libertés individuelles d'autant qu'elles s'inscrivent à un stade de la procédure où la présomption d'innocence doit être sauvegardée - apparaît comme bienvenue dans ce domaine si sensible et hanté par les affaires d'Outreau. Aussi, s'est-il vu doter d'un statut depuis la loi organique du 8 août 2016,⁵⁸⁷ répondant ainsi aux souhaits de certains auteurs, afin qu'il bénéficie d'« *une plus grande légitimité et autorité face au procureur et aux parties privées* » et que l'on accorde son statut, désormais celui d'un juge spécialisé, à ses missions.⁵⁸⁸

234- Car en effet, parce que « l'enfer est pavé de bonnes intentions », le JLD est devenu « *l'atout processuel, permettant en théorie de combler une « carence judiciaire » pour mieux repousser les limites de la coercition.* ⁵⁸⁹ » Intervenant dans l'enquête, nous l'avons dit, le JLD est rapidement apparu comme étant l'outil idéal qui, sous couvert de son intervention, permettait la légalisation d'actes de plus en plus coercitifs. Mais le JLD est aussi présent dans de très nombreux domaines. Parce qu'il est « flexible, malléable », ⁵⁹⁰ il est utilisé par le législateur chaque fois qu'une intervention de l'autorité judiciaire est requise, devenant par son pouvoir d'autorisation « *la bonne à tout faire des procédures contemporaines* » ⁵⁹¹ que l'on peut dépêcher sur des terrains forts divers pourvu qu'il apparaisse au moins formellement comme une garantie.

⁵⁸⁴ « *L'autorisation judiciaire pendant la phase policière* », A. Gogorza, RSC 2017. 247

⁵⁸⁵ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « Présomption d'innocence »

⁵⁸⁶ « *Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles* » A. L. Bergère, AJ pénal 2019. 120

⁵⁸⁷ Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature

⁵⁸⁸ « *La nécessaire reconnaissance du statut du JLD* », D. Rebut, La Semaine juridique Ed. générale, 15/02/2016

⁵⁸⁹ « *La mutation du juge des libertés et de la détention* », P. Le Monnier de Gouville, AJ pénal 2019. 131

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ « *Le divan d'Hercule* », P. Conte, Droit pénal n°3, repère n°3, 03/2019

235- La diversité de ses compétences - qui inévitablement nuit « à la lisibilité de la fonction⁵⁹² » - et que l'on retrouve s'agissant de l'article 66 de la Constitution notamment en matière de rétention des étrangers et d'hospitalisation sans consentement, pose essentiellement deux questions : le contrôle tel qu'il est prévu par les textes permet-il une surveillance effective ? Au-delà, peut-on raisonnablement croire que le JLD bénéficie en pratique des moyens lui permettant d'assurer pleinement son office ? Le risque bien présent et qui ne leurre personne étant que le JLD, « *otage autant qu'alibi, contrôle de loin, et comme il le peut, des demandes qu'il n'a pas le temps de maîtriser* ». ⁵⁹³

236- À la première question, il faudra répondre au gré des hypothèses. Dans des actes d'enquête, qui ne sont pas rattachés directement à l'article 66 par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation exige s'agissant des perquisitions, une motivation distincte des éléments transmis par le procureur de la République pour autoriser la mesure,⁵⁹⁴ mais comme le fait remarquer le Professeur LE MONNIER DE GOUVILLE, on ne retrouve pas - au moins dans les textes - cette même exigence s'agissant de la surveillance électronique. L'auteur fait remarquer qu'une fois l'autorisation donnée, le JLD est simplement informé du déroulement de la mesure, mais n'a aucun autre pouvoir.⁵⁹⁵ En matière de détention provisoire, la Chambre criminelle exige également que la décision du JLD soit fondée sur les circonstances de droit et de fait justifiant la mesure.⁵⁹⁶ La personne placée conserve tout au long de son incarcération la possibilité de demander sa mise en liberté⁵⁹⁷ et son placement est enserré dans des délais *maxima*.⁵⁹⁸

237- En matière d'hospitalisations sans consentement, qu'elles procèdent à la demande d'un tiers ou du représentant de l'État dans le département, la mesure ne peut se poursuivre sans l'assentiment du JLD qui devra statuer dans un délai de 12 jours à compter de l'admission après avoir été saisi dans un délai de 8 jours à compter de cette même date par le Préfet ou le directeur de l'établissement. Puis, il bénéficie de prérogatives lui permettant d'opérer un contrôle « bisannuel⁵⁹⁹ » dès lors qu'il devra être saisi pour se prononcer sur le maintien de la mesure avant l'expiration d'un délai de six mois à compter de l'admission.⁶⁰⁰ La Cour de cassation a par ailleurs eu l'occasion de rappeler que le contrôle du JLD, qui porte à la fois sur la nécessité de la mesure mais également sur sa légalité,

⁵⁹² « *Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles* » A. L. Bergère, Op. cit.

⁵⁹³ « *Le divan d'Hercule* », P. Conte. Op. cit.

⁵⁹⁴ Ch. crim. 23 novembre 2016, n°15-83649

⁵⁹⁵ « *La mutation du juge des libertés et de la détention* », P. Le Monnier de Gouville, Op. cit.

⁵⁹⁶ Ch. crim. 30 mai 2017, n° 17-81578

⁵⁹⁷ Article 148 du CPP

⁵⁹⁸ Articles 145-1 et -2 du CPP

⁵⁹⁹ « *Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement* », J.B. Perrier, AJ pénal 2019. 124

⁶⁰⁰ Article L3211-12-1 du CSA, la loi n°2016-441 du 26 juillet 2016 ayant réduit le délai au terme duquel le JLD devra se prononcer pour la première fois sur le maintien de 15 à 12 jours.

suppose que lui soit transmises à la fois les pièces médicales, mais également les pièces administratives ayant abouti au prononcé de la mesure.⁶⁰¹ Il est en somme demandé au JLD, même si son office est ici très encadré, de se prononcer sur une mesure très particulière : « *invité à ne pas confondre troubles psychiatriques et dangerosité sociale (...)* le juge ne peut que difficilement contester la nécessité de la mesure, appréciée par des médecins bien plus compétents que lui sur ces questions.⁶⁰² » Il est des obstacles qui paraissent ici bien difficiles à surmonter.

238- Enfin, en matière de rétention administrative, le JLD est saisi dans les 48 heures et doit se prononcer dans les 24 heures suivantes.⁶⁰³ Passé un délai de 20 jours à compter de l'expiration du délai de 48 heures, il est à nouveau saisi et se prononce quant à la nécessité d'une prolongation maximale de 15 jours.⁶⁰⁴ Il est par ailleurs, comme le procureur de la République, habilité à se transporter sur les lieux pour vérifier les conditions matérielles de détentions.⁶⁰⁵

239- Beaucoup d'attributions, beaucoup d'obligations, beaucoup de responsabilités et pourtant peu de moyens. C'est là l'épine qu'on ne pourra jamais enlever faute de permettre à la Justice, de manière globale, d'exercer correctement son rôle. En demander autant aux juges, qui ne doivent pas oublier d'être « performants » et « rapides » pour la satisfaction de principes dont on promet qu'ils ne sont pas des formules incantatoires quand on compte 10 magistrats pour 100 000 habitants,⁶⁰⁶ relève de l'illusion. Le Conseil constitutionnel n'a pas mis un frein à cette tendance : lorsqu'il a exigé dans une décision du 21 mars 2019 que la coercition ne soit possible que si l'objet de l'enquête porte sur une infraction suffisamment grave (la gravité relevant de son appréciation) et qu'elle fasse l'objet d'un contrôle « suffisant » du JLD, il n'a pas mis un terme à cette expansion mais en a simplement donné les conditions.⁶⁰⁷

240- « *Quand on parle d'âne boiteux, personne en France n'a de doute : c'est la justice qui est visée. La désaffection populaire vis-à-vis de la justice est un symptôme grave : la fonction de juger est, dans l'ordre des affaires intérieures, le premier devoir de l'État.*⁶⁰⁸ »

⁶⁰¹ Civ. 1ère, 30 janvier 2019, n°17-26131, sur ce point, voir « *Soins psychiatriques sans consentement : précisions sur les pièces devant être communiquées au JLD* », N. Peterka, D. actualité, 14 février 2019

⁶⁰² « *Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement* », JB Perrier, Op. cit.

⁶⁰³ Article L.552-1 du CESEDA

⁶⁰⁴ Article L.552-7 du CESEDA

⁶⁰⁵ Article L. 553-3 du CESEDA, le procureur a l'obligation de procéder à cette vérification au moins une fois par an. Il en est de même pour les établissements psychiatriques : article L.3222-4 du CSA

⁶⁰⁶ Le tableau de bord 2017 de la justice dans l'Union européenne, 10/04/2017 p. 35

⁶⁰⁷ « *Réforme de la justice - Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre « moustiques et chameaux » de procédure pénale* », A. Botton, La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 8 Avril 2019, 359

⁶⁰⁸ « *La mort de l'État républicain* », M. Debré, Paris, Gallimard, 1947, p. 119

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	4
I) L'appréhension restrictive de la liberté individuelle comme fondement d'une conception étroite des domaines d'intervention de l'autorité judiciaire.....	23
A) La définition de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	23
a) La conception extensive de la liberté individuelle du Conseil constitutionnel.....	23
b) La conception restrictive de la liberté individuelle du Conseil constitutionnel.....	
B) La détermination des compétences résultant de la conception constitutionnelle de la liberté individuelle.....	37
a) L'intervention de l'autorité judiciaire en matière administrative en cas de détention ou la concurrence des rôles.....	38
b) L'ascension du juge administratif à l'aune d'une confusion quant à la nature judiciaire ou administrative de mesures de police.....	47
 i) Les mesures adoptées par la loi relative au renseignement.....	51
 ii) Les mesures permises dans le cadre de l'état d'urgence.....	54
 iii) Les mesures instituées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.....	60
II) L'interprétation des exigences découlant de l'article 66 de la Constitution contre la détention arbitraire : une citadelle assiégée.....	65
A) La prévention d'une détention arbitraire à l'aune de conditions exigées par l'article 66 de la Constitution.....	65
a) La détermination des détentions relevant de l'article 66 de la Constitution.....	65
b) La détermination et le contrôle constitutionnel des garanties inhibant l'arbitraire.....	75
B) La prévention de la détention arbitraire à l'aune de l'effectivité de la garantie judiciaire.....	85
a) La notion d'autorité judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	86
b) Les modalités du contrôle de l'autorité judiciaire.....	96
Bibliographie.....	107

BIBLIOGRAPHIE

DÉCISIONS ET ARRÊTS :

● Conseil constitutionnel

Décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats

Décision n°7144 DC du 16 juillet 1971, Conseil constitutionnel, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

Décision n°7351 DC du 27 décembre 1973, Conseil constitutionnel, Loi de finances pour 1974

Décision n°7675 DC du 12 janvier 1977, Conseil constitutionnel, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales

Décision DC n°79-107 du 12 juillet 1979, Conseil constitutionnel, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales

Décision DC n°79-109 du 9 janvier 1980, Conseil constitutionnel, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration

Décision DC n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Conseil constitutionnel, Loi portant validation d'actes administratifs

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Conseil constitutionnel, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

Décision n°83164 DC du 29 décembre 1983, Conseil constitutionnel, Loi de finances pour 1984

Décision n°92-307 DC 25 février 1992, Conseil constitutionnel, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Conseil constitutionnel, « Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances »

Décision n° 86-211 DC du 26 août 1986, Conseil constitutionnel, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité

Décision DC n°86-224 du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Conseil constitutionnel

Décision DC n°88-224 du 20 juillet 1988, Conseil constitutionnel, Loi portant amnistie

Décision DC n°89-261 du 29 juillet 1989, Conseil constitutionnel, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France

Décision DC n° 89-271 du 11 janvier 1990, Conseil constitutionnel, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques

Décision du n°90-281 DC 27 décembre 1990, Conseil constitutionnel, Loi sur la réglementation des télécommunications

Décision n°91-294 DC du 25 juillet 1991, Conseil constitutionnel, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

Décision DC n°92-307 du 25 février 1992, Conseil constitutionnel, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, Conseil constitutionnel, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité

Décision DC n°93-325 du 13 août 1993, Conseil constitutionnel, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France

Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, Conseil constitutionnel, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale

Décision DC n°94-352 du 18 janvier 1995, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995 Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Conseil constitutionnel, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration

Décision DC n°98-405 du 29 décembre 1998, Conseil constitutionnel, Loi de finances de 1999

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Conseil constitutionnel, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs

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

Décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation pour la justice

Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Conseil constitutionnel, Loi pour la sécurité intérieure

Décision DC n°2003-484 du 23 novembre 2003, Conseil constitutionnel, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

Décision DC n°2004-492 du 2 mars 2004, Conseil constitutionnel, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005

Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Conseil constitutionnel, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales

Décision DC n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Conseil constitutionnel, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 Loi pour l'égalité des chances

Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, Conseil constitutionnel, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile

Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Conseil constitutionnel, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution,

Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Conseil constitutionnel, M. Daniel W. et autres [Garde à vue]

Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, Conseil constitutionnel, M. Samir M. et autres [Retenue douanière]

Décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, Conseil constitutionnel, M. Bulent A. et autres [Garde à vue terrorisme]

Décision QPC n° 2010-71 du 26 novembre 2010, Conseil constitutionnel, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]

Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, Conseil constitutionnel, M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice]

Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Conseil constitutionnel, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI)

Décision n°2011- 125 QPC du 6 mai 2011, Conseil constitutionnel, M. Abderrahmane L. [Défèrement devant le procureur de la République]

Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Conseil constitutionnel, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité

Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, Conseil constitutionnel, « M. Abdellatif B. et autre »

Décision n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, Conseil constitutionnel, M. Kiril Z. [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener]

Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]

Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

Décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, Conseil constitutionnel, Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent]

Décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables]

Décision QPC n°2010-92 du 26 novembre 2011, Conseil constitutionnel, Mme Corinne C.

Décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011 Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles

Décision n°2012-235 du 20 avril 2012, Conseil constitutionnel, Association cercle de réflexions et de propositions sur la psychiatrie

Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, Conseil constitutionnel, M. Mickaël D. [Ivresse publique]

Décision n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012 Société OLANO CARLA et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire],

Décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Conseil constitutionnel, Société Wesgate Charters Ltd [Visite des navires par les agents des douanes]

Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, Conseil constitutionnel, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

Décision n°2014-693 DC du 25 mars 2014, Conseil Constitutionnel, Loi relative à la géolocalisation

Décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, Conseil constitutionnel, M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]

Décision n° 2014-446 QPC du 29 janvier 2015, Conseil constitutionnel, M. Maxime T. [Détention provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]

Décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, Conseil constitutionnel, M. Pierre T. et autre, (Sanctions disciplinaires des militaires – Arrêts simples)

Décision n° 2014-452 QPC du 27 février 2015, Conseil constitutionnel, M. Olivier J. [Mandat d'arrêt à l'encontre des personnes résidant hors du territoire de la République]

Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Conseil constitutionnel, Loi relative au renseignement

Décision n° 2015-490 QPC du 14 oct. 2015, Conseil constitutionnel, Omar K

Décision n° 2015-508 QPC du 11 décembre 2015, Conseil constitutionnel, M. Amir F. [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits de blanchiment, de recel et d'association de malfaiteurs en lien avec des faits d'escroquerie en bande organisée]

Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Conseil constitutionnel, M. Cédric D. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence)

Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, Conseil constitutionnel, Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)

Décision n° 2016-532 QPC du 1er avril 2016, M. Jean-Marc E. et autre [Composition de la formation collégiale du tribunal correctionnel du territoire des îles de Wallis-et-Futuna]

Décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, Conseil constitutionnel, M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]

Décision n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016, Conseil constitutionnel, M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]

Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, Syndicat de la magistrature et autre [Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines]

Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, Conseil constitutionnel, M. Ahmed M. et autre [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République]

Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, Conseil constitutionnel, M. Sofiyan I

Décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017, Conseil constitutionnel, Association nationale des supporters, (Refus d'accès à une enceinte sportive et fichier d'exclusion)

Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017, Conseil constitutionnel, La Quadrature du net et autres (Accès administratif en temps réel aux données de connexion)

Décision n° 2017-674 QPC du 1 décembre 2017, Conseil constitutionnel, M. Kamel D. (Assignment à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion)

Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, Conseil constitutionnel, Ligue des droits de l'Homme (Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence)

Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Conseil constitutionnel, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]

Décision n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, Conseil constitutionnel, Associations La cabane juridique / Legal shelter et autre (Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence)

Décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, Conseil constitutionnel, M. Farouk B.

Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]

Décision n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, Conseil constitutionnel, Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen

Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, Conseil constitutionnel, M. Rouchdi B. et autre

Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Conseil constitutionnel, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie

Décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019, Conseil constitutionnel, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, Conseil constitutionnel, Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations

● **Cour de cassation**

Ch. crim., 11 septembre 1933, DP 1937, 1.40. note G.L.

Ch. crim., 21 décembre 1961, « Le Roux », D. 1962

Ch. crim., 4 octobre 1984, Bull. crim. n° 287

Ch. crim. 25 avril 1985, Bodgan et Vuckovic n°85-91324

Ch. crim. 23 novembre 2016, n°15-83649

Ch. crim. 30 mai 2017, n° 17-81578

Ch. crim. 7 juin 2017 n°16-87588

2e civ., 28 juin 1995, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta ; Mme Mesu c/ Préfet du Calvados ; M. F. Massembla c/ Préfet de police de Paris

1ère Civ. Commune de Bou Guenais, 24 octobre 1977, N°: 76-12674 / 76-12675

1re civ., 25 janv. 2018, n° 17-40.066

Civ. 1ère, 30 janvier 2019, n°17-26131

● **Conseil d'État**

Conseil d'État, Assemblée plénière, 7 novembre 1947, Alexis et Wolff, n°83619/83620

Conseil d'État, « Consorts Baud », 11 mai 1951, Rec. Lebon p. 265

Conseil d'Etat, assemblée, arrêt Peltier, 8 avril 1987, n° 55895

Conseil d'Etat, rapport public 1991, Paris, Documentation française, 1992, p.62

Conseil d'État, Ordonnance du 23 janvier 2013, « Commune de Chirongui », n°365262

Conseil d'État, Avis n° 390.786 du 17 novembre 2015

Conseil d'État, 11 décembre 2015, n°395009

Conseil d'État, 15 janv. 2016, n° 395092, Ligue des droits de l'homme

Conseil d'État, 27 janvier 2016, « Ligue des droits de l'Homme et autres », n°396220

● **Cour européenne des droits de l'Homme**

CEDH, AMUUR C/ FR, 25 juin 1996, req. n° 19776/92

CEDH, 2ème Sect. 4 avril 2000, WITOL LITWA C. POLOGNE, n° 26629/95

CEDH, 1^{re} sect., MATHIEU C/ FRANCE, 27 octobre 2005, n° 68673/01

CEDH, 5e Sect. 10 juillet 2008, MEDVEDYEV ET AUTRES C. FRANCE, Req. n°3394/03

CEDH, 4ème sec., ORAL ET ATABAY c. TURQUIE, 23 juin 2009 n°39686/02

CEDH, gde ch., 29 mars 2010, MEDVEDYEV C. FRANCE, n° 3394/03

CEDH, 3ème sec. « BAUDOIN C. FRANCE », 18 novembre 2010, n° 35935/03,

CEDH, 5ème Sect., 23 novembre 2010, MOULIN C. FRANCE, n°37104/06

CEDH. Grande chambre, 15 mars 2012, « AUSTIN ET AUTRES C/ ROYAUME-UNI »

CEDH, AFFAIRE A.M. c. FRANCE, 12 juillet 2016, n°56324/13

● **Tribunal des conflits**

Tribunal des conflits Curé de Réalmont, 4 juillet 1934 Rec. p. 1247

Tribunal des conflits, Action française, 8 avril 1935, n° 00822

Tribunal des conflits, « Barinstein », 30 octobre 1947

Tribunal des conflits « Noualek », 7 juin 1951, Rec. Lebon p. 636

Tribunal des conflits, « Avranches et Desmarets », 5 juillet 1951, Rec. CE 1951, p. 638

Tribunal des conflits, « Dame de la Murette », 27 mars 1952, N° 01339

Tribunal des conflits, Randon, 10 décembre 1956, Rec. p. 592

Tribunal des conflits, « Commune de Saint-Just-Chaleyssin », 25 novembre 1963

Tribunal des conflits, « Sieur Clément c/ Etat », 16 décembre 1964, Recueil Lebon p. 796

Tribunal des conflits, « Capitaine Guignon », 27 juin 1966, N° 01889

Tribunal des conflits, « Eucat », 9 juin 1986, n° 02434

Tribunal des conflits, 12 mai 1997, N° 03056

Tribunal des conflits, 23 octobre 2000, « Boussadar », n°3227

Tribunal des conflits, « Bergoend », 17 juin 2013, N° C3911

Tribunal des conflits, 9 février 2015, n°3986

Tribunal des conflits, 12 juillet 2018, n°4110

DICTIONNAIRES :

Dictionnaire de l'Académie française (9e édition), t. 1 (de A à Enzyme), Imprimerie nationale/Fayard, 1992,

Dictionnaire de l'Académie française, 9 ème Ed., Littérature française, Fayard, 2001

Dictionnaire français, Larousse, 2005

Dictionnaire historique de la langue française, A. REY, dictionnaire Le Robert, 4ème Ed. juillet 2010 ; Voir également : <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/DETINERE/index.htm> et <https://fr.wiktionary.org/wiki/detinerere>

Dictionnaire de la langue française, E. Littré, Volume I, 1873

Vocabulaire juridique, Gérard CORNU, 10 ème édition, Ed. Presse universitaire de France

MANUELS :

BIOY. X, « Droits fondamentaux et libertés publiques », 4e éd., L.G.D.J

CONTE. P. et MAISTRE DU CHAMBON. P, « Procédure pénale », Armand Colin, 2002, 4e éd., n° 141

GAÑA, GHEVONTIA, ROUX, OLIVIA & MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel », 8e éd., Dalloz, p. 435

GUINCHARD. S, « Protection des libertés et droits fondamentaux, Examen d'entrée au CRFPA, le Grand oral, Session 2018 », Gazette du Palais

GUINCHARD S., VARINARD A., TEBARD T. « Institutions juridictionnelles », 14e éd., Dalloz, coll. « Précis » § 886, p. 980

LASCOMBES. M, « Code constitutionnel et des droits fondamentaux », 4e éd., Dalloz, p. 20

MONTALIVET de. P, « Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence », PUF, collection « Thémis droit », 2011, p. 465

MORANGE. J, « Les libertés publiques », Que-sais je ? 1979, 8e éd.

PRADEL. J, « L'instruction préparatoire », Cujas, 1990, p. 587

ROUSSEAU. D, « Droit du contentieux constitutionnel », 9e éd, Domat-Monchrestien

RIVERO. J, « Les libertés publiques », 1er ED. PUF, collection « Thémis droit », 1977, p. 21

ROUVILLOIS. F, « Libertés fondamentales », 2e éd., Flammarion

TIMBAL P.C., MAUSEN Y. , CASTALDO A., « Histoire des Institutions publiques et des faits sociaux », 12 ème Ed. Dalloz, 2009

LIVRES :

DEBRÉ M. « La mort de l'État républicain », M. Debré, Paris, Gallimard, 1947, p. 119

DE GAULLE, « Mémoires de guerre – L'Appel : 1940-1942 », tome I, éd. Plon, Paris, 1954 ; rééd. Pocket, 1999

DELMAS-MARTY. M, « La liberté et la sûreté dans un monde dangereux », Col. la couleur des idées, Ed. Seuil, 02/2010

DENYS. O, « Les garanties de la liberté individuelle, analyse et commentaire des dispositions législatives concernant la Liberté individuelle, en particulier la loi du 7 février 1933 », Librairie du recueil Sirey, 1933

ESMEIN A. « Histoire de la procédure criminelle en France du XVIII ème siècle jusqu'à nos jours », 1882

MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », Liv. XI. Chap. VI., 1748 Garnier

« Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration », Ed. Firmin Didot, 1833

SCHNAPPER D. « Une sociologue au Conseil constitutionnel », Éd. Gallimard, 11 mars 2009.

ARTICLES DE REVUES JURIDIQUES :

APSEN P. « *La Magna Carta, 800 ans de fierté anglo-saxonne* », Financial Times, In Courrier international, 04/09/2013

ARMAND. G, « *Juge administratif et autorité judiciaire : quelles fonctions dans la sauvegarde la liberté individuelle après la loi du 30 juin 2000 ?* », Université de Caen Normandie

ARMAND. G, « *Que reste t'il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?* », RFDC 2006/01, p. 37

BEAUD & SAINT-BONNET. F, « *État d'urgence : un statut constitutionnel donné à l'arbitraire* », La Semaine juridique Edition générale, 2016, n° 71

BEAUSSONIE. G, « *Le principe de judiciarité des mesures privatives de liberté* », Les Nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles, p.9

BERGÈRE A.L. « *Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles* », AJ pénal 2019. 120

BERNARD. M, « [Note sous décision n° 99-411 DC] », Les Petites Affiches, 1999, n° s.n., p. 12-18

BOTTON. A, « *Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants* », Lexbase. La Lettre juridique, 11 janvier 2018, 8 p.

BOTTON. A, « *L'inconstitutionnalité du régime dérogatoire de garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée* », D. 2014. 2278

BOTTON. A, « *Réforme de la justice - Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre « moustiques et chameaux » de procédure pénale* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 8 Avril 2019, 359

BUISSON. J, « *POLICE JUDICIAIRE . – Agents de police judiciaire. Agents de police judiciaire adjoints . – Fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire* », Jurisclasseur Fas. 20, article 20 à 29, n°6

Commentaire de la décision du n° 2008-562 DC du 21 février 2008, p. 5

Commentaire de Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 M. Abdellatif B. et autre (Hospitalisation d'office)

Commentaire de la décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, cahiers du Conseil constitutionnel, p.7

Commentaire de la décision n°2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Société Wesgate Charters Ltd

Commentaire de la décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cahiers du Conseil, p. 14

Commentaire de la décision du 10 mars 2011, cahiers du Conseil constitutionnel, p 37

Commentaire de Décision n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016 « M. Raïme A. » (Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III), p. 8

Commentaire de la Décision n°2017-677 QPC du 1 décembre 2017, Ligue des droits de l'Homme, Cahiers du Conseil constitutionnel, p. 8

Commentaire de la décision n°2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofiyan I., p.9

Commentaire de la décision du 8 décembre 2017, Op. cit. p.11 Propos de J.L. NADAL

Commentaire de la décision du 8 décembre 2017, p. 17

Commentaire de la décision n°2017-691 QPC du 16 février 2018 « M. Farouk B » p. 2

CONTE P. « *La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel (Hommage tout en nuances à la science infuse des omniscients*)* », http://juspoliticum.com/uploads/jp20-21-t06_conte.pdf

CONTE P. « *Le divan d'Hercule* », Droit pénal n°3, repère n°3, 03/2019

CORNU. J, « *Les métamorphoses de la voie de fait : changements attendus et perspectives* », RDP 2017, p. 571

DENOIX DE SAINT MARC, « *Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire* », Séminaire pédagogique du pôle « Administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009

DESGORGES R. « *Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales: le point de vue de la doctrine* », Actes du colloque organisé par l'Association des étudiants du droit public (AEDP) le 3 avril 2015 à la Faculté de droit de l'Université de Rennes 1

DETRAZ. S, « *Constitutionnalité de la mesure et du régime du placement en cellule de dégrisement* », Gazette du Palais du 05/07/2012, n°187 - page 11

DEYGAS. S, « *État d'urgence - Confier au juge administratif un contrôle a priori des assignations à résidence est inconstitutionnel* », Procédures n° 5, Mai 2017, comm. 115

DREUILLE. J-F, Jurisclasseur lois pénales spéciales, 25 septembre 2016

FABRE. L, « *Droit des étrangers : une répartition des compétences entre juges administratif et judiciaire* », Dalloz actualité, 12 décembre 2016

FINES. F, « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* », RFDA, 1994 . 594

FOURMENT. F, « *Remarques sur l'impartialité du ministère public* », Gaz. Pal. 18 juill. 2017, n° 299 j4, p. 92

GARÇON E. Bulletin de la Société des prisons, 1901, p. 338 et suivants

GIRAULG. C, « *Contrôles et vérifications d'identité* », RDPP, Janvier 2017, n°154

GOESEL-LE-BIHAN. V, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ?* » http://institutvilley.com/IMG/pdf/Valerie_Goesel-Le_Bilhan.pdf

GOGORZA. A, « *L'autorisation judiciaire pendant la phase policière* », RSC 2017. 247

- GRANGER. M-A, « *La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle* », M.A. RSC 2011. n°789
- JOXE. P, « Note sous la décision du 12 janvier 1977 », Pierre JOXE et autres, Recueil Dalloz, 1978, 13ème cahier, p. 125
- LAMY de. B, « *Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel* », RSC 2018.
- LAMY de. B, « *La rétention de sûreté : pénal or not pénal ?* », RSC 2009. 166
- LAZERGES. C, « *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel* », RSC 2008 . 746
- LAZERGES. C, « *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle* », RSC 2004. 725
- LAZERGES. C, « *Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme* », RSC 2018. 753
- LENON. J-L, « *L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale* », Dr. pén. 2016, étude 25.
- LEROY. J, « *Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui mais...* », JCP 2011, n°8, p. 379
- LOCHAK D. « *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés?* », <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01659362/document>
- MAGNON. X, « *L'accès au juge administratif des libertés : l'exemple du référé-liberté* », http://publications.ut-capitole.fr/13839/1/L%27accès_au_juge_administratif_des_libertés__l%27exemple_du_référé_liberté.pdf
- MATSOPOULOU. H, « *L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet* », La Semaine juridique. Édition générale, 15 janvier 2018, n° 3, p. 78-82
- MAURY J.P. « *Loi d'Habeas Corpus* », Université de Perpignan, digithèque MJP, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1679.htm>
- MAYAUD. Y, « *L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion* », la Semaine juridique, Edition générale n°12, mars 2016, n°344
- MBONGO. P, « *L'originalité statutaire des magistrats du Parquet et la Constitution* », *Pouvoirs*, vol. 115, no. 4, 2005, pp. 167-176.
- MONNIER DE GOUVILLE P. « *La mutation du juge des libertés et de la détention* », AJ pénal 2019. 131
- MONTALIVET de. P, « *Les objectifs à valeur constitutionnelle* », Cahier du conseil constitutionnel, n°20 juin 2006
- PERRIER. J-B, « *La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit* », D. 2018. 24
- PERRIER J.B. « *Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement* », AJ pénal 2019. 124
- PETERKA N. « *Soins psychiatriques sans consentement : précisions sur les pièces devant être communiquées au JLD* », D. actualité, 14 février 2019
- POULY C. « *La rétention des étrangers est-elle conforme aux exigences de la Convention européenne ?* », actualités de droit administratif, 29/06/2018
- PRADEL J. « *Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ?* », D. 2013. 1361
- RAZ J. « *Authority and Justification* », In. Authority, Oxford, basic blackwell, 1990.

- REBUT. D, « *L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale* », D. 2010. 970
- REBUT D. « *La nécessaire reconnaissance du statut du JLD* », La Semaine juridique Ed. générale, 15/02/2016
- RENOIX DE SAINT MARC « *Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire* », Séminaire pédagogique du pôle « Administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009
- RENOUS T.S. « *La Constitution et le pouvoir juridictionnel* », Dalloz 2008
- RENOUX T. S. « *Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet en droit constitutionnel français* » RFDC, 1992 p. 318
- ROBERT. J-H, « *Garde à vue sur gueule de bois* », Droit pénal, septembre 2012, n° 9, p. 52-53
- ROBERT. J-H, « *Gardez-moi de mes amis* », Droit pénal, janvier 2018, n° 1, p. 1-2
- ROBERT. M, « *Le parquet français et la rumeur de Strasbourg* », AJ pénal 2016, p. 563 ;
- ROBLOT-TROIZIER. A, « *Un contrôle de constitutionnalité restreint sur les mesures de la police administrative du renseignement* », Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel, RFDA, 2015. 1195
- ROLIN. F & SLAMA. S, « *Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste* », AJDA, 2006. 975
- ROUSSEAU. D, « *De quoi le Conseil d'État est-il le nom ?* », Gazette du Palais, 12 juillet 2016, N°26, p. 5
- ROUSSEAU D. GAHDOUN P.Y, BONNET J. « *Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2015)* », RDP, 2016, n°1, p. 305 et s.
- ROUX. J, « *Le parquet au milieu du gué* », AJDA, 2018. 509
- SAINT-PAU. J-C, « *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?* », Droit pénal n° 9, Septembre 2007, étude
- SALLES D. « *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire* », cahiers du conseil constitutionnel n° 26 - août 2009
- SAUVE. J.M, « *Le juge administratif, protecteur des liberté* », Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), p. 1
- SAVONITTO. F, « *Etat d'urgence et risque d'inconstitutionnalité* », RDLF 2016, chron. n°15
- SCHOETTL. J-É, « *La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité* », Gazette du Palais, 7 février 2006
- TCHEN V. « *Une réforme qui n'a épargné aucune question du droit des étrangers* », L. Le Fourn, La Semaine juridique. Édition générale, 18 juillet 2011, n° 29-34, p. 1414-1415
- TUKOV. C, « *L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ?* », AJDA, 2016. 936
- VADILLO. F, « *Liberté individuelle vs liberté personnelle : l'article 66 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou la progressive reconnaissance d'un habeas corpus à la française* », les Petites affiches du 22 avril 2015, n° PA201508006, p. 4
- VEDEL. G, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative* », JCP, 1950.I.851

VERPEAUX. M, « La première QPC relative à l'état d'urgence », La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 15 février 2016, n° 6, p. 37-40

VIDELIN. J-C, « Arrêt (de rigueur) pour la banalisation du statut des militaires », AJFP, 2015. 244

PARIZOT. R, « Sécurité intérieure - Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », La Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 5 Octobre 2015, doct. 1077

POULY. C, « La rétention des étrangers est-elle conforme aux exigences de la Convention européenne ? », actualités de droit administratif, 29/06/2018

POULY. C, « Le juge des libertés, une garantie de façade », Plein droit, vol. 94, no. 3, 2012, pp. 6-9 sur l'arrêt rendu par la 1ère ch. civ. du 23 novembre 2012 n°10-23042

PRADEL. J, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? », D. 2013. 1361

ARTICLES DE PRESSE :

DAOUD. E, « Etat d'urgence et contrôle du juge administratif : la grande illusion » In L'obs, 3 février 2016

DELMAS-MARTY. M, « La démocratie dans les bras de Big Brother », In Le Monde du 4 juin 2015, entretien réalisé par F. JOHANNÈS

« À Paris Macron veut poser son parquet », E. FANSTEIN et I. HALLISAT, Libération, 27 septembre 2018
<https://www.marianne.net/politique/nouveau-procureur-de-paris-macron-crispe-en-faisant-sa-justice-lui-meme> / https://www.liberation.fr/france/2018/09/27/a-paris-macron-veut-poser-son-parquet_1681731

« Après les violences à Paris, un dispositif renforcé pour juger les gardés à vue », P. GONZALES, Le Figaro, 03/12/2018 http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2018/12/02/01016-20181202ARTFIG00132-apres-les-violences-a-paris-un-dispositif-renforce-pour-juger-les-378-gardes-a-vue.php?utm_term=Autofeed&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR0go6U2z9O8pG3_hHmbl8-u1_mfn06xTX9mgXX4JHKPJcIuz7san5VkOeQ#Echobox=1543782488

DISCOURS :

« Michel Debré, une certaine idée de la justice », Intervention de J.L. DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel, École Nationale de la Magistrature Le 22 décembre 2008

Discours devant le Conseil d'État, 27 août 1958, M. DEBRÉ

Discours de Bayeux, 16 juin 1946, G. DE GAULLE

Discours de présentation du projet constitutionnel, G. DE GAULLE, place de la République, 4 septembre 1958

« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », B. LOUVEL, Discours du 2 février 2016

« Projet de loi constitutionnelle Protection de la Nation », Intervention au Sénat de Monsieur Bertrand LOUVEL, Premier président de la Cour de cassation, 1er Mars 2016

« Réflexions sur le statut du magistrat du parquet », Discours de Mr Jean-Claude MARIN, Colloque sur « le statut du magistrat » du 18.12.15

MÉLANGES :

« *Commentaire de l'article 66 de la Constitution* », F. Hourquebie,, in G. Conac, F. Luchaire et X. Prétot (dir), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, 3^{ème} éd., 2009, pp. 1553-1569.

« *La Constitution a 50 ans* », F. Luchaire, In. *Le cinquantième anniversaire de la Constitution*, sous la direction de B. Mathieu, Dalloz, 2008 p. 1553

La Constitution et le pouvoir juridictionnel, Thierry S. RENOUX, De l'article 64 de la Constitution et de l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la Justice, In *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, pp. 293-309.

La protection de la vie privée par le droit, P. Kayser, *Protection du secret de la vie privée*, préf. H. Mazeaud, 3e éd., 1995, In *Economica*, n° 265

« *La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil* », J. MOREAU, In « *Le renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur du Professeur FAVOREU », 2007, Dalloz, p. 1662

« *Regard sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un habeas corpus à la française ?* », D. Maus, in *Mélanges Jean-françois FLAUSS*, A. Pedone, 2014

« *La Constitution a 50 ans : continuités et ruptures* », B. Mathieu, 1958 - 2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Association française de droit constitutionnel sous la direction de Bertrand Mathieu, Dalloz - 2008

« *Le pouvoir judiciaire en cause ?* », J. BUISSON, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD, Dalloz, p. 488

« *La Cour européenne des droits de l'Homme ou le chef d'orchestre de la constitutionnalisation du droit pénal* », A. CAPELLO, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD, Dalloz, p. 161-162

« *Liberté individuelle et Constitution : quels principes pour quels juges ?* », G. DRAGO, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD, p. 531

« *Fallait-il constitutionnaliser l'État d'urgence* » C. LAZERGES, In Mélanges en l'honneur du Professeur Yves MAYAUD

« *De peu, de tout et de rien* », J. Carbonnier, In. Mélanges Rodière, 1982, p. 47

« *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal* », L. FAVOREU, in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Paris, Cujas, 1989, p. 182

TEXTES :

Code du III brumaire an IV

Code de la justice administrative

Code pénal

Code de la sécurité intérieure

Code des transports

Constitution du 3 septembre 1791

Constitution du 24 juin 1793

Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XII/Charte constitutionnelle du 4 juin 1814

Acte additonal aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815

Charte constitutionnelle du 14 août 1830

Constitution de 1848, I^ee République

Constitution du 4 octobre 1958

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 24 juin 1793

Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen, 10 décembre 1948

La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

La loi Constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution et prévoyant un référendum, JORF 4 juin 1958

Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature

La loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation

La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « Présomption d'innocence »

La loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme

Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

La loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge

La loi du 25 juillet 2013

La loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

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

La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France

La 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

La 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

La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature

Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966

Règlement (UE) n° 2017/1939

THÈSES :

« *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel* », A. CAPELLO, Col. Thèse, L.G.D.J, 2014

« *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire* » R. CHAPUS, LGDJ, 1953, préf. M. Waline, n° 132 et 133

« *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile* », Isabelle GRAVELAIS, Droit. Université de Bourgogne, 2013, p. 454

« *La loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle* », D. SALAMA, Paris, Ed. A. Pedone, 1934

DIVERS :

Archives Michel Debré, 1DE309, dossier 2, chemise 1 « Habeas corpus », Note de la direction des Affaires criminelles et des Grâces, 11 août 1958

Audition devant la commission des lois du Sénat, 4 avr. 2012.

Bulletin de la Société des prisons, 1901, p. 338 et suivants

Communiqué de presse sur l'Avis sur le projet de loi relatif au renseignement de la CNCDH, Paris 16 avr. 2015, www.cncdh.fr.

Conférence de presse du 31 janvier 1964, Charles de Gaulle

Conseil des Ministres du 19 mars 2015, à propos du projet de loi relatif au renseignement

Cours d'Histoire du droit pénal et d'Histoire de la Justice des Professeurs d'Alteroche et Krinen, Faculté de droit et sciences politiques de Paris II et de Toulouse I (2018/2019)

Cours d'Histoire des institutions administratives, Mme la Professeur Simonian-geneste, 1ère année, Toulouse I Capitole, 2014-2015

« *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* », Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, Dir. Didier Maus, La Documentation française, Paris

« *Historical aspects of Habeas corpus* », St. John law review, p. 3-4

« *Idées et pratiques constitutionnelles du général de Gaulle* », FranceTV éducation, : <https://education.francetv.fr/matiere/epoque-contemporaine/premiere/article/idees-et-pratiques-constitutionnelles-du-general-de-gaulle?#topic=de-gaulle-et-la-constitution-de-la-ve-republique>

« Les origines du Conseil d'État », Histoire et patrimoine, site internet du Conseil d'État, <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/histoire-patrimoine/les-origines-du-conseil-d-etat>

Rapport de Mr. P. Meunier à la Chambre, 27 novembre 1918, n°5.318

Le tableau de bord 2017 de la justice dans l'Union européenne, 10/04/2017 p. 35

AUTEURS

ABSEN Peter

ARMAND Guillaume

BEAUD Olivier

BEAUSSONIE Guillaume

BERGÈRE A. L.

BERNARD. M

BONNET J.

BOTTON Antoine

BUISSON. J

BIOY Xavier

CAPELLO Aurélie

CARBONNIER Jean

CASTALDO André

CHAPUS René

CONTE Philippe

CORNU Gérard

CORNU Julie

DAOUD Emmanuel

DEBRÉ Jean-Louis

DEBRÉ Michel

DE GAULLE Charles

DELMAS-MARTY Mireille

DENOIS DE SAINT MARC R.

DENYS. S

DETRAZ Stéphane
DESGORGES R.
DEYGAS Serge
DRAGO Guillaume
DREUILLE. J-F
FABRE Laurent
FAVOREU. L
FINES. F
FOURMENT François
GAÏA Patrick
GADHOUIN P.Y.
GARÇON Émile
GHEVONTIA Richard
GIRAULG. C
GOESEL-LE-BIHAN Valérie
GOGORZA Amane
GRANGER. M-A
GRAVELAIS Isabelle
GUINCHARD Serge
HOURQUEBIE Fabrice
JOXE Pierre
KAYSER Pierre
LASCOMBES. M
LAMY de. Bertrand
LAZERGES Christine
LENON Jean-Luc
LEROY Jacques
LITTRÉ Émile
LOCHAK Danielle
LOUVEL Bertrand
MAGNON Xavier
MAISTRE DU CHAMBON Patrick

MARIN Jean-Claude
MATHIEU Bertrand
MATSOPOULOU Haritini
MAUS Didier
MAUSEN Y.
MAURY Jean-pierre
MAYAUD Yves
MBONGO Pascal
MELIN-SOUGRAMANIEN Ferdinand
MONNIER DE GOUVILLE Pauline
MONTALIVET de. Pierre
MORANGE Jean
MOREAU. J
OLIVA Éric
PARIZOT Raphaële
PERRIER Jean-Baptiste
PETERKA N.
POULY. C
PRADEL Jean
REBUT. Didier
RENOIX DE SAINT-MARC R.
RENOUX Thierry. S
REY Alain
RIVERO. J
ROBERT Jacques-Henri
ROBERT. M
ROBLOT-TROIZIER Agnès
ROLIN Frédéric
ROUSSEAU Dominique
ROUVILLOIS Frédéric
ROUX. J
SAINT-BONNET François
SAINT-PAU Jean-Christophe

SALAMA Danielle
SALLES Damin
SALMA. S
SAUVE Jean-Marc
SAVONITTO Florian
SCHAPPER Danielle
SCHOETTL Jean-Éric
TIMBAL P. C.
TCHIN Vincent
TUKOV Christophe
VADILLO Floran
VEDEL Georges
VERPEAUX Michel
VIDELIN Jean-Christophe