

## Le principe de judiciarité des mesures privatives de liberté

*Les Nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles*

Guillaume BEAUSSONIE

*Professeur à l'Université Toulouse-Capitole*

*IEJUC (EA 1919)*

« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions posées par la loi ». Peu de textes, dans le corps même de la Constitution du 4 octobre 1958, sont susceptibles de prétendre à la solennité de cet article 66. À condition qu'on n'oublie pas que les révolutionnaires de la première heure percevaient davantage le juge comme le coupable d'un « arbitraire » – l'adjectif substantivé, qui désignait avant tout sa liberté dans le choix de la peine, devenant de la sorte péjoratif – que comme son pourfendeur, on croirait même lire la Déclaration de 1789. Marcel Waline aurait, en ce sens, volontiers inséré ces quelques mots à son voisinage, dans le préambule de la Constitution, l'indécision ayant présidé à leur placement révélant, sans doute, des incertitudes persistantes – et, semble-t-il, incessantes<sup>1</sup> – quant au statut et aux fonctions de l'autorité judiciaire en France.

Ce texte postérieur à la seconde guerre mondiale exprime bien, pourtant, comme d'autres de cette époque si soucieuse de l'essor des droits de l'homme (ex. : CEDH, art. 5 ; PIDCP, art. 9), tant l'importance attachée à la liberté individuelle, que la confiance accordée au juge à cet égard. De telle sorte que le développement de ces droits a conduit à la promotion du juge, garant notamment de ce droit à la sûreté que la Déclaration de 1789<sup>2</sup> consacrait déjà, autrement dit de cette « certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestations ou détentions »<sup>3</sup>.

Assez naturellement, pendant longtemps, l'article 66 de la Constitution, qui fait donc de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, a été interprété en faveur de l'une comme de l'autre : l'autorité judiciaire *lato sensu*, c'est-à-dire incluant les magistrats du siège comme les magistrats du parquet, aurait la charge des libertés *lato sensu*, c'est-à-dire pas seulement du droit à la sûreté<sup>4</sup>. Tel semble bien être le sens de cette partie de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, adoptée le 15 juin 2000, selon laquelle « 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. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> V., encore dernièrement, le colloque organisé les 25 et 26 mai 2016 par la C. cass. à cet égard : « La place de l'autorité judiciaire dans les institutions ».

<sup>2</sup> Art. 2, mais aussi art. 7 et 9.

<sup>3</sup> J. Rivero, H. Moutouh, *Libertés publiques*, PUF, coll. Thémis, t. II, 5<sup>e</sup> éd., 2003, p. 23. V., sur ce droit, J.-B. Perrier, La diffusion du droit à la sûreté, in *Les droits fondamentaux des personnes privées de libertés*, dir. M. Giacomelli, Mare & Martin, 2015, p. 49.

<sup>4</sup> Telle était la volonté des constituants. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 précisait, en effet, que « le gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en œuvre les principes ci-après [...] : 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 ». Telle fut aussi l'interprétation du Conseil constitutionnel jusqu'à quelques décisions récentes : v. par ex. déc. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977 ; déc. n° 78-98 DC du 22 nov. 1978 ; déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995.

<sup>5</sup> V. aussi, en ce sens, art. 136 C. proc. pén.

Toutefois, soit par souci de garantir encore davantage les libertés, soit parce que les pouvoirs du ministère public apparaissaient disproportionnés, soit, tout simplement, pour sauver les apparences, la Cour européenne des droits de l'homme, d'abord et expressément<sup>6</sup>, le Conseil constitutionnel, ensuite et plus subrepticement<sup>7</sup>, ont fini par entretenir une conception plus exigeante de l'autorité judiciaire en la définissant par les qualités que seul un juge peut avoir : l'indépendance et l'impartialité. Il faudrait plutôt parler, désormais, d'une autorité « juridictionnelle ». Ce fut la première restriction apportée à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution.

De façon prévisible, dans la continuité de ce qui précède, les prérogatives du ministère public en matière de libertés ont alors été réduites à leur portion congrue, même si cette portion demeure, notamment en ce qui concerne la garde à vue. De façon peut-être un peu plus inattendue, le juge administratif a fini par occuper une place dans cette même matière qui a conduit le Conseil constitutionnel à opérer une seconde restriction de son interprétation de l'article 66 de la Constitution : la liberté individuelle, objet du monopole judiciaire, ne consisterait plus qu'en l'interdiction des détentions arbitraires<sup>8</sup>. Le juge administratif pourrait alors, dans leur domaine, se substituer au juge judiciaire pour le reste, tout le reste. On n'est plus très loin de la rédaction que, avec quelques autres, le vice-président René Cassin avait proposée à l'occasion de l'avis formulé par le Conseil d'État à propos du projet constitutionnel de 1958 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire *et les juridictions administratives* assurent, chacune en ce qui les concerne, le respect de ce principe ».

À la fin, que reste-t-il de l'article 66 de la Constitution et, par là même, du principe de judiciarité des mesures privatives de liberté ?

Il demeure, malgré tout, une « réserve constitutionnelle de compétence judiciaire »<sup>9</sup> qui confie au juge qui offre le plus de garanties le monopole de la privation de liberté au sens strict. Même bornée de la sorte, même réduite à sa plus faible expression, cette compétence conserve un caractère fondamental en raison tant de la gravité que de la diversité des mesures privatives de liberté.

Toutefois, cette exclusivité apparaît désormais poreuse en ce sens que, d'autres autorités participant déjà à l'appréhension des libertés, nul ne peut garantir que, demain, le juge judiciaire ne sera pas concurrencé jusqu'à sa garde de la liberté individuelle.

C'est dire qu'il faut analyser tant la cause du monopole du juge judiciaire en matière de mesures privatives de liberté (I) que sa portée (II)

## **I. La cause du monopole du juge judiciaire en matière de mesures privatives de liberté**

Nul n'ignore que l'article 66 de la Constitution se combine avec l'article 64 qui affirme l'indépendance de l'autorité judiciaire. C'est, en effet, parce qu'elle est indépendante

---

<sup>6</sup> CEDH, *Huber c/ Suisse*, 23 oct. 1990.

<sup>7</sup> Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juill. 1996 et déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010 (mais v. déjà, à propos de la privation de liberté, déc. n° 79-98 DC, 22 nov. 1978).

<sup>8</sup> V. déjà Cons. const., déc. n°98-405 DC du 29 déc. 1998 et v., surtout, déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999.

<sup>9</sup> Th. S. Renoux, *La liberté des juges*, *Pouvoirs*, 74, 1995, p. 70.

constitutionnellement que l'autorité judiciaire est – seule – légitime à garder la liberté individuelle.

Toutefois, l'article 66 précise également, *in fine*, que le respect du principe d'interdiction de toute détention arbitraire est assuré par l'autorité judiciaire « dans les conditions posées par la loi ». C'est rappeler que, tout autant qu'être le gardien de la liberté individuelle, le juge est celui de la loi – qui le garde d'ailleurs en retour. Or, en vertu notamment de la Déclaration de 1789 ou de la Convention européenne des droits de l'homme, la loi est, elle aussi, et peut-être elle surtout, la gardienne de la liberté individuelle.

Autrement dit, parce qu'il est indépendant (A), le juge judiciaire est le plus légitime à faire respecter une loi qui protège la liberté individuelle (B).

## A. L'indépendance

La chose est bien connue. Nul, mieux que la Cour européenne des droits de l'homme, n'a défini les qualités attendues de celui dont on souhaite faire le gardien de la liberté individuelle. Selon elle, il faut entendre l'article 5 § 3 de la Convention, qui garantit à « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du même article, le droit à être "aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" », comme appelant l'intervention d'une autorité « indépendante de l'exécutif et des parties »<sup>10</sup> – bref comme gommant finalement toute référence du texte ainsi visé à un autre magistrat que le juge, celui-ci serait-il « habilité par la loi »<sup>11</sup>. On reconnaît sans peine le tribunal indépendant et impartial dont fait état l'article 6 § 1 : suffisamment – bien que pas totalement – indépendant par son statut, impartial par sa vertu – encouragée, il est vrai, par quelques incompatibilités et par une incitation à veiller aux apparences<sup>12</sup> –, le juge judiciaire ne peut ni espérer ni craindre quoi que ce soit de la part des autres pouvoirs, et doit faire preuve de neutralité face aux parties. Cette dernière qualité comptant seule, tout juge se définissant avant tout comme un tiers, c'est elle que l'indépendance contribue en somme à garantir, et c'est donc elle qui explique que le juge judiciaire puisse seul décider de priver une personne de sa liberté. De plus, et ce n'est pas rien, le « juge », c'est également toutes les garanties procédurales qui vont avec<sup>13</sup>.

D'où, à ces égards, certaines exclusions d'autres autorités qui, pour être judiciaires voire juridictionnelles, ne sauraient présenter de telles garanties. Le ministère public français, d'abord, parce qu'il n'est ni indépendant (du pouvoir exécutif), ni impartial (en tant qu'autorité de poursuite puis partie accusatrice), n'est pas légitime à garder la liberté individuelle<sup>14</sup>, même membre qu'il est et demeure de l'autorité judiciaire française. Ce qui ne signifie pas, en revanche, qu'il ne puisse jouer aucun rôle en la matière<sup>15</sup>.

Ensuite, l'impartialité du juge d'instruction français demeure sujette à caution, en ce sens qu'il est susceptible de devenir une autorité de poursuite à l'issue de l'information<sup>16</sup>. La Cour

---

<sup>10</sup> CEDH, *Schiesser c/ Suisse*, 4 déc. 1979.

<sup>11</sup> V. M. Robert, L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juill. 2011.

<sup>12</sup> CEDH, *Hauschildt c/ Danemark*, 24 mai 1989.

<sup>13</sup> CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, 18 juin 1971, § 78 ; *Weeks c/ Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 61.

<sup>14</sup> CEDH, *Medvedev c/ France*, 29 mars 2010 ; CEDH, *Moulin c/ France*, 23 nov. 2010.

<sup>15</sup> V. II, B.

<sup>16</sup> V. S. Guinchard, Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction, *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz et Panthéon-Assas éd., 2010.

de Strasbourg semble, néanmoins, du moins pour le moment, se contenter de son indépendance statutaire<sup>17</sup>.

Enfin, on sait que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait [pas] obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction *dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté* et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>18</sup>.

N'oublions pas, en effet, que les privations de liberté peuvent, plus naturellement d'ailleurs, être prononcées en tant que peines par le juge judiciaire, à la suite d'une condamnation pénale. Il ne saurait être question que de celles qui interviennent durant une enquête ou une instruction, voire en dehors de la matière pénale (ex. : hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux<sup>19</sup>).

Mais où, dans la Constitution, réside le fondement précis de cette incapacité des autorités administratives indépendantes de prononcer des mesures privatives de liberté ? La question est d'importance, tant en considération de l'essor des pouvoirs répressifs de ces autorités que de la disparition, dans les décisions ultérieures du Conseil constitutionnel relatives à ces pouvoirs, de toute précision relative à la privation de liberté<sup>20</sup>.

Le regard se tourne derechef vers l'article 66, lequel, néanmoins, a vu son domaine réduit au droit à la sûreté et, surtout, lie, par sa combinaison avec l'article 64, pouvoir de prononcer et de se prononcer sur les mesures privatives de liberté et indépendance. Or, le Conseil constitutionnel comme la Cour européenne des droits de l'homme ont fini par imposer l'indépendance et l'impartialité des autorités administratives indépendantes. Par ailleurs, même non assise dans la Constitution, l'indépendance des juridictions administratives est, elle aussi, difficilement contestable.

Dès lors, sauf à considérer que seule importe l'indépendance ancrée dans la Constitution (qui fait de l'inamovibilité une règle constitutionnelle<sup>21</sup>), quand bien même elle est garantie par le pouvoir exécutif, et à l'aune des nombreuses décisions rendues en matière de cumul répressif<sup>22</sup>, peut-être vaudrait-il mieux chercher un fondement de cette incapacité des autorités administratives à prononcer des mesures privatives de liberté dans les principes qui gouvernent les peines – puisqu'il est certain qu'elles peuvent prononcer des « sanctions ayant le caractère d'une punition » – et, plus précisément, dans les principes de nécessité et de proportionnalité posés par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

---

<sup>17</sup> CEDH, *Medvedyev c/ France*, préc.

<sup>18</sup> Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, cons. 6.

<sup>19</sup> V. par ex., à cet égard, Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010.

<sup>20</sup> V. par ex. Cons. const., déc. n° 2015-489 QPC du 14 oct. 2015 à propos du Conseil de la concurrence. – V. cpdt déc. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, où l'on peut lire qu'« eu égard à la nature de la liberté garantie par l'art. 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ».

<sup>21</sup> V. G. Canivet, Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

<sup>22</sup> V., encore récem., déc. n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janv. 2016.

Au-delà, d'autres qualités du juge judiciaire expliquent peut-être le maintien de son monopole, essentiellement son rôle de gardien de la loi.

## **B. L'application de la loi**

Le juge n'est pas que le gardien de la liberté individuelle ; il est aussi celui de la loi. Or, en vertu de la Déclaration de 1789 (art. 7 et 9), de la Constitution de 1958 (art. 66) et de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5), la loi est la seule à pouvoir déterminer ce qui peut justifier une privation de liberté. C'est alors, pour citer de nouveau l'article 66 de la Constitution, « dans les conditions posées par la loi » que le juge garde la liberté individuelle. Ce rapport tripolaire doit être bien compris car, au-delà des questions de statut du juge, de l'appréhension de cette relation pourrait découler un meilleur entendement de l'existence et la pérennité d'une compétence exclusive du juge judiciaire en matière de liberté individuelle.

Nul ne l'ignore : par considération envers les libertés, le principe de légalité est particulièrement puissant en droit pénal, celui-ci impliquant notamment une détermination et un encadrement, par la loi, des différentes privations de liberté, avant comme après une condamnation. Il en va ainsi, en vérité, à chaque fois que, au-delà du droit pénal, une liberté est en cause, et pas seulement, d'ailleurs, lorsqu'il peut être question de la « priver ». Toutefois, la loi demeurant, à l'instar de toute autre règle, générale et abstraite, c'est au juge de la rendre particulière et concrète, même lorsqu'il s'agit de la liberté d'une personne. Il s'avère, de la sorte, totalement incontournable. Plus précisément, le juge va, selon les cas, autoriser ou contrôler la privation de liberté, sa décision contenant les raisons de fait et de droit qui, au regard de la loi, la justifient, et qu'une motivation fera apparaître. Ainsi le destinataire saura et, éventuellement, contestera.

En raison de sa gravité, la privation de liberté exige, sur cette base commune à toute application de la loi, un juge qui maîtrise parfaitement cet office. En ce domaine plus que dans tout autre, l'erreur ne saurait être pas admissible. C'est peut-être pourquoi le Conseil constitutionnel a précisé, tout en constatant l'existence de garanties d'indépendance suffisantes de la part de la juridiction de proximité, que « l'article 66 de la Constitution [...] ne s'oppose pas à ce que [lui] soient dévolues [...] des compétences en matière pénale *dès lors que ne lui est pas confié le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté* »<sup>23</sup>.

De même, en raison de sa gravité, la privation de liberté exige souvent des motifs puis une motivation spéciale (ex. : détention provisoire<sup>24</sup> ; emprisonnement ferme<sup>25</sup>) que, là encore, seul un juge professionnel apparaît apte à apprécier puis à diffuser.

Sur tous ces points, la culture législative du juge judiciaire est incomparable. Plus encore, ce dernier ne fait pas qu'appliquer la loi ; il y participe en l'interprétant. Comme l'a remarquablement démontré le professeur Zenati-Castaing, au sommet de l'ordre judiciaire se trouve la Cour de cassation, dont la nature s'avère sans doute plus législative que juridictionnelle<sup>26</sup>. Par son interprétation, qui s'impose aux juges du fond, celle-ci garantit en effet l'unité de la législation, notamment en ce qui concerne les libertés. Indépendant dans son appréciation des faits, le juge judiciaire est donc, en revanche, dépendant dans son

---

<sup>23</sup> Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 19, et déc. n° 2003-466 DC du 20 févr. 2003.

<sup>24</sup> Art. 144 C. proc. pén.

<sup>25</sup> Art. 132-19 C. pén.

<sup>26</sup> F. Zenati, La nature de la Cour de cassation, *BICC*, n° 575, 15 avr. 2003.

interprétation du droit, ce qui est un gage de sécurité juridique et, par là même, une garantie de plus pour les libertés.

Et ce n'est pas tout, comme nous le soulignons en introduction, l'essor des droits de l'homme a fini par bouleverser le schéma ainsi décrit en allant jusqu'à autoriser le juge à supplanter la loi en matière de libertés. D'abord, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge assure un contrôle de conventionnalité de la loi à ce texte dont l'objet est, précisément, d'imposer le respect des libertés les plus fondamentales. Il n'est pas non plus absent, du moins depuis l'introduction de la QPC, du contrôle de constitutionnalité. Ensuite, et sur ce même fondement de la Convention européenne, sa jurisprudence est, à condition d'en avoir les qualités, perçue comme une véritable loi<sup>27</sup>. Autrement dit, les libertés sont un domaine dans lequel les juges sont susceptibles, désormais, d'imposer leur loi ! C'est dire la confiance qui leur est faite et, en leur sein, qui est faite au juge judiciaire dont le rôle constitutionnel est de construire le bouclier le plus résistant face aux assauts dont les libertés peuvent être victimes.

Toutefois, à cet ancrage du juge judiciaire comme gardien des libertés ne correspond plus une légitimité incontestée<sup>28</sup>, ce qui invite alors à s'interroger sur la portée de son monopole en matière de mesures privatives de liberté.

## **II. La portée du monopole du juge judiciaire en matière de mesures privatives de liberté**

Le juge judiciaire est de moins en moins seul dans son appréhension des libertés ; le demeurera-t-il en ce qui concerne les mesures privatives de liberté ? La perte de son monopole en matière de libertés (A) semble obliger, en effet, à s'interroger sur la pérennité de son monopole en matière de liberté individuelle (B).

### **A. Le juge judiciaire et les libertés**

L'intervention des autorités administratives en matière de libertés *lato sensu* est croissante. Or, indépendamment de son champ naturel, que représentent les relations de l'administration avec les administrés, les libertés de ceux-ci pouvant effectivement être blessées par celle-là, l'essor de la police administrative, d'une part, et celui de la répression administrative, d'autre part, ont mené la compétence administrative en matière de libertés à dépasser ce que l'article 66 de la Constitution de 1958 paraissait autoriser.

Le Conseil constitutionnel, pourtant, a accepté ces deux extensions de la compétence administrative, ce qui, en conséquence, l'a obligé à dégager des règles de partage de compétence avec l'autorité judiciaire. Les deux domaines dans lesquels cette cohabitation s'est le plus installée sont le terrorisme et la matière financière.

En ce qui concerne le terrorisme, le législateur ne se tourne effectivement plus que vers le juge administratif, abandonnant progressivement la répression – et le juge qui va avec – au profit de la prévention. C'est le cas notamment de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme<sup>29</sup>, de la loi n° 2015-912 du

---

<sup>27</sup> CEDH, *Kruslin c/ France et Huvig c/ France*, 24 avr. 1990.

<sup>28</sup> V. par ex. B. Louvel (1<sup>er</sup> Pdt de la C. Cass.), L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ?, Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation, 2 févr. 2016 (discours disponible sur le site de la Cour de cassation).

<sup>29</sup> V. N. Catelan, *RSC* 2015. 425.

24 juillet 2015 relative au renseignement<sup>30</sup> ou encore de 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<sup>31</sup>. La police administrative ne cesse ainsi de se développer, 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.

Saisi pour contrôler la conformité de la loi relative au renseignement<sup>32</sup>, le Conseil constitutionnel ne s'est guère inquiété de l'essor de la police administrative, considérant que le contrôle de proportionnalité opéré par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement et le Conseil d'État était une garantie suffisante eu égard aux libertés blessées : vie privée et liberté d'expression surtout. Sans grande surprise, il en a été de même en ce qui concerne l'état d'urgence et le contrôle des mesures décidées dans ce cadre<sup>33</sup>.

Ces décisions se situent dans la continuité de celles qui, depuis 1999, acceptent que toutes les libertés autres que la liberté individuelle au sens strict soient contrôlées par seul le juge administratif<sup>34</sup>. Cela ne signifie pas que le juge judiciaire ait perdu sa compétence dans ce domaine mais, désormais, il n'appartient plus qu'au législateur de choisir son juge.

Sans doute n'est-il plus de bon ton de s'inquiéter d'un tel partage de compétence, le juge administratif ayant obtenu les moyens de garder efficacement les libertés, depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui lui a attribué un pouvoir d'injonction en vue d'assurer l'exécution de la chose jugée et, surtout, depuis la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Toutefois, le lien persistant de la plus haute juridiction administrative avec l'État, qu'il continue de conseiller, jure malgré tout avec ce nouveau rôle qui lui est assigné.

En ce qui concerne la matière financière, les pouvoirs très importants de sanction qui ont été confiés à l'Autorité des marchés financiers ont récemment conduit le Conseil constitutionnel, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>35</sup>, à appréhender le cumul répressif qui était né de la préexistence du droit pénal en la matière<sup>36</sup>. Il en a résulté une construction en vertu de laquelle les cumuls de poursuites puis de sanctions sont admis, à certaines conditions et notamment que la punition finalement fulminée demeure proportionnée : « le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction ; [...] si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

---

<sup>30</sup> V. N. Catelan, *RSC* 2015. 922.

<sup>31</sup> V. G. Beaussonie et A. Botton, L'état d'urgence réformé dans l'urgence, *Lexbase Hebdo*, éd. privée, n° N0179BWK.

<sup>32</sup> Cons. const., déc. n° 2015-713 DC du 23 juill. 2015.

<sup>33</sup> Déc. n° 2016-535 QPC et n° 2016-536 QPC du 19 févr. 2016.

<sup>34</sup> Déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, puis déc. n° 2005-532 DC du 19 janv. 2006 et déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006.

<sup>35</sup> CEDH, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, 4 mars 2014.

<sup>36</sup> Déc. n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015; déc. n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janv. 2016.

Dès lors, indépendamment même de la difficulté d'interprétation de la solution ainsi posée, il en résulte au moins, non seulement, qu'une autorité administrative indépendante peut prononcer des sanctions graves et, en cela, blessant les libertés de leurs destinataires, mais, en plus, et fût-ce dans une certaine mesure, que ces sanctions peuvent se cumuler avec des peines prononcées par le juge judiciaire... La compétence de ce dernier en matière de restriction des libertés est, une fois de plus, concurrencée sans être annihilée.

À la fin, la seule limite qui demeure est donc le maintien d'une compétence exclusive du juge judiciaire en ce qui concerne les mesures privatives de liberté, autrement dit en matière de liberté individuelle.

## **B. Le juge judiciaire et la liberté individuelle**

Le juge judiciaire demeure donc seulement le gardien de la liberté individuelle *stricto sensu*. Son intervention ne s'impose alors, comme le précise l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, eu égard à un individu, que : « a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ; f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours »<sup>37</sup>.

L'intérêt est surtout, comme l'ajoute le § 4 de ce même article 5, que la personne concernée aura, du fait de la privation de sa liberté, « le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». On reconnaît la procédure d'*habeas corpus*, qui ne nécessite donc pas d'être importée en France, puisqu'elle y est déjà applicable...

Toutefois, même dans ces cas où la liberté individuelle est effectivement en cause, une porte est ouverte par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme afin de permettre à d'autres autorités qu'un juge de jouer un rôle dans la privation de liberté. Son § 3 précise, ainsi, que « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge », la Cour européenne interprétant ce texte comme exigeant que le délai ne soit pas trop long, mais concédant qu'il puisse malgré tout, dans certains circonstances, s'étendre jusqu'à 4 jours<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> V., pour un recensement plus précis du périmètre du droit à la sûreté en France, J.-B. Perrier, La diffusion du droit à la sûreté, in *Les droits fondamentaux des personnes privées de libertés*, dir. M. Giacomelli, Mare & Martin, 2015, p. 49.

<sup>38</sup> V. CEDH, *Oral et Atabay c/ Turquie*, 23 juin 2009, § 43 ; *McKay c/ Royaume-Uni*, 3 oct. 2006, § 47 ; *Năstase-Silivestru c/ Roumanie*, 4 oct. 2007, § 32.

En conséquence de quoi, en France, l'absence d'intervention du juge judiciaire durant les 48 premières heures de garde à vue, dont l'opportunité est laissée à l'officier de police judiciaire et le contrôle au ministère public<sup>39</sup>, ne cause de contrariété de la loi, ni avec la Convention européenne des droits de l'homme, ni même avec la Constitution<sup>40</sup>. Est-ce bien l'esprit, pourtant, de l'article 66 de la Constitution, dont on a vu qu'il liait garde de la liberté individuelle et indépendance de l'autorité gardienne<sup>41</sup> ? De ce point de vue, l'appartenance des magistrats du ministère public au corps judiciaire, pourtant si critiquée, rassure, tant parce que cette position les rappelle à certains devoirs, que parce que la plupart d'entre eux ont, durant leur carrière, goûté à l'indépendance.

Quoi qu'il en soit et pour conclure, n'est-il pas artificiel de délier de la sorte l'appréhension juridictionnelle des libertés ? Comme a pu le préciser, une fois de plus, la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a été confrontée à diverses restrictions portées à la liberté de circuler, « 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 »<sup>42</sup>. Dès lors, cette simple différence justifie-t-elle 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 ?

D'autant qu'il faudra un jour aller au bout du raisonnement. Si le juge administratif dispose effectivement de l'indépendance qu'on lui reconnaît désormais, rien ne devrait s'opposer à ce que sa compétence soit étendue aux hypothèses de privation de liberté. Surtout si le juge judiciaire, peu à peu privé de ses prérogatives en matière de restriction de liberté par le législateur, perd l'habitude de la manier avec la circonspection qui s'impose. En attendant, que se passera-t-il lorsque ces deux juges donneront d'une même liberté une interprétation différente ?

---

<sup>39</sup> Art. 62-2 C. proc. pén.

<sup>40</sup> V. M. Robert, *L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juill. 2011.

<sup>41</sup> V. I. A.

<sup>42</sup> 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.