

Les auteurs de la répartition et leurs méthodes : le législateur

Cette intervention est extérieure, puisque je ne participe pas au processus législatif (hélas). Elle n'est pas pour autant objective car, étant privatiste et, pire encore, pénaliste, j'ai une appétence particulière pour la loi et pour le juge judiciaire.

*

En cette matière, la base se trouve, bien sûr, dans la Constitution au sens large qui, non seulement et comme nul ne l'ignore, organise les relations entre les différents pouvoirs, mais aussi, consacre plus ou moins clairement un certain nombre de droits et libertés fondamentaux.

Or, dans la Constitution et, au-delà, dans le bloc de constitutionnalité, outre la DDHC de 1789 qui fait en quelque sorte du législateur le garant de principe des libertés (c'est un peu moins vrai, mais un peu quand même, dans le préambule de la Constitution de 1946 et dans la Charte de l'environnement de 2004), l'article 34 précise que c'est « la loi [qui] fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (les autres libertés étant, en vérité, également concernées).

Cette logique se retrouve bien entendu dans les instruments juridiques régionaux et internationaux pertinents, fût-ce de façon plus souple, de sorte à respecter les traditions et modèles juridiques des différents États parties. C'est le cas, par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui confient également à la loi au sens large le soin de régler l'exercice de certaines libertés.

Voici rappelé le premier aspect du rapport entre la loi et les libertés : il existe, en la matière, un principe de légalité, en vertu duquel il appartient à la loi essentiellement (pour ne plus dire exclusivement) de régler l'exercice des libertés.

Mais, comme on l'a dit, dans la Constitution et dans tous les textes qui ont une valeur supérieure à la loi, sont également reconnus des droits et libertés dont l'exercice doit être concret et effectif, en conséquence de quoi il faut bien constater que la loi n'est pas en

mesure, malgré sa compétence, de les régler totalement comme elle l'entend. En cela fait-elle l'objet de contrôles par des organes très particuliers et qui seront bien sûr évoqués durant ce colloque : Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme et Cour de Justice de l'Union européenne.

Pour peu que l'on considère ces organes comme des juridictions, il est indéniable qu'ils ou elles participent de la garantie des libertés fondamentales ; c'est même leur fonction principale.

Toutefois, pour en venir au sujet, la loi n'est alors pas actrice d'une répartition de compétences dont on se sait d'ailleurs pas très bien la forme qu'elle prend : coopération, concurrence, dialogue etc. Elle la subit plus qu'autre chose, étant naturellement aux premières loges d'un éventuel désaccord entre les juges fondamentaux.

*

Ce dont il sera question maintenant fait, en réalité, partie de l'un des choix laissés au législateur, en France du moins, dans le cadre de sa compétence tant en matière de libertés, publiques et autres, qu'en matière de procédure (c'est aussi dans l'article 34).

Car, si le recours à un juge au sens plus traditionnel du terme est inéluctable, pour assurer concrètement la garantie des libertés préalablement consacrées, en complément donc de l'intervention du législateur pour les régler, il existe différents juges, plus exactement différentes autorités juridictionnelles aptes à le faire, d'où la nécessité d'une répartition, qui sera donc opérée par le législateur.

Le problème réside alors dans cette pluralité qui conduit, si l'on veut rester simple, à deux questions au moins : quelle est la mesure du choix laissé au législateur, en premier lieu ; autrement dit, que peut-il faire abstraitement ? Quelle est la pratique des choix effectués par le législateur, en second lieu ; autrement dit que fait-il concrètement ?

I. En premier lieu, ce que le législateur peut faire

En matière de choix, par le législateur, de l'autorité juridictionnelle compétente pour autoriser l'appréhension de telle ou telle liberté, le champ des possibles est assez large et, disons-le tout de suite, il l'est de plus en plus.

Assez large, d'abord, puisque, comme le postule justement l'organisation de ce colloque, il existe un certain nombre d'autorités juridictionnelles considérées, aujourd'hui, comme étant légitimes à intervenir en matière de libertés fondamentales : juge judiciaire, juge administratif, mais aussi autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.

En ce qui concerne ces dernières, je rappellerai juste, car la chose est bien connue, que, pour faire de certaines d'entre elles des autorités juridictionnelles ou, selon les opinions, quasi juridictionnelles, il a fallu les contraindre à respecter les grands principes du procès ainsi que, lorsqu'il était question de prononcer des sanctions suffisamment graves (les libertés étant alors particulièrement concernées), ceux du droit pénal. Cette juridictionnalisation est allée de pair avec l'institutionnalisation de ces autorités.

Il existe, d'ailleurs, des modèles intermédiaires. Je pense, par exemple, à la récente Agence Française Anticorruption, qui est un service à compétence nationale placé auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget, dont l'un des pouvoirs est de prononcer des sanctions (notamment une sanction pécuniaire d'un montant ≤ 200000 € pour les personnes physiques et ≤ 1 million € pour les personnes morales), sans qu'il s'agisse d'une autorité administrative indépendante. Mais il est vrai que la commission des sanctions de cette Agence est elle-même composée de magistrats qui, quant à eux, sont indépendants (deux conseillers d'État, deux conseillers à la Cour de cassation et deux conseilles maîtres à la Cour des comptes).

Au sein de l'éventail ainsi instauré, déjà fort large, il a ensuite été donné au législateur de plus en plus de marge de manœuvre dans son choix de l'autorité à laquelle il convenait de confier l'appréhension de telle ou telle liberté.

À cet égard, les règles de valeur supralégislative, la Constitution surtout, imposent assez peu d'exclusions et, partant, autorisent le choix du législateur.

On n'en voit guère que deux, qui correspondent d'ailleurs, sans surprise, aux domaines qui seront étudiés demain : la liberté individuelle et la propriété privée.

Or, dans ces deux domaines, le monopole du juge judiciaire – car c'est de lui dont il s'agit – s'est précisément affaibli ces dernières années.

En ce qui concerne la liberté individuelle, il faut bien sûr évoquer l'interprétation de plus en plus restrictive faite par le Conseil constitutionnel de l'article 66 de la Constitution, en vertu duquel « 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 ».

Jusqu'en 1998, le juge judiciaire était clairement le juge de principe en matière de libertés au pluriel (même si certaines décisions, en dégageant de nulle part la « liberté personnelle », avaient déjà jeté le trouble¹). Depuis les décisions du Conseil constitutionnel des 29 décembre 1998 et du 16 juin 1999², il ne l'est plus que pour la liberté individuelle au sens strict, c'est-à-dire en ce qui concerne l'interdiction des détentions arbitraires.

Comme l'a synthétisé récemment le professeur Wachsmann, « tout le reste – ce qui est en deçà (la privation de liberté initiale, soit celle qui n'excède pas un certain délai, d'ailleurs variable en fonction des motifs qui ont conduit les autorités à décider ladite privation de liberté, et aussi les atteintes à la liberté d'aller et venir dont l'effet ne peut s'analyser en une atteinte au droit à la liberté et à la sûreté, comme les assignations à résidence) et ce qui est au-delà (les suppléments, pourrait-on dire, au droit de n'être pas arrêté ou détenu arbitrairement, qu'ils se rattachent ou non à la liberté personnelle, procèdent directement des articles 2 et 4 de la Déclaration) – relève, notamment lorsqu'est en cause la légalité d'une décision prise par une autorité administrative, de la compétence de la juridiction administrative »³.

De là à affirmer, comme le proposait le vice-président René Cassin à l'occasion de l'avis formulé par le Conseil d'État à propos du projet constitutionnel de 1958, qu'il faille considérer que « les juridictions judiciaires *et les juridictions administratives* assurent,

¹ Cons. const., déc. n° 91-294 DC du 25 juill. 1991, déc. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993 et déc. n° 93-325 DC des 12 et 13 août 1993.

² 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.

³ P. Wachsmann, « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *Jus Politicum*, n° 21 [<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-le-principe-de-separation-des-autorites-administrative-et-judiciaire-1252.html>].

chacune en ce qui les concerne, le respect du principe en vertu duquel nul ne peut être arbitrairement détenu », il n'y a plus qu'un pas, heureusement difficile à effectuer.

Dans le même sens, à propos des autorités administratives indépendantes, le Conseil constitutionnel a considéré 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 »⁴.

Ce qui autorise que nombre de sanctions pécuniaires ayant pourtant « le caractère d'une punition », pour reprendre la formule du même Conseil constitutionnel, échappent à ce juge naturel de la punition qu'est et demeure le juge judiciaire. Pire, elles peuvent même bien souvent, et dans une mesure de plus en plus large, être cumulées avec des peines au sens strict.

En ce qui concerne la propriété privée, le Conseil constitutionnel a reconnu, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, « l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière »⁵. La formule est énigmatique ; son fondement et sa portée également. On s'accordait néanmoins à reconnaître la compétence du juge judiciaire, fût-ce dans un contexte administratif, non seulement, pour fixer l'indemnisation compensatrice d'une expropriation, mais aussi, en cas de voie de fait et d'emprise irrégulière.

Jusqu'en 2013, il y avait voie de fait lorsque l'administration avait porté une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété lui-même, soit par une décision manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, soit par l'exécution irrégulière d'un acte.

⁴ Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, cons. 6.

⁵ Cons. const., déc. n° 89-256 DC du 25 juill. 1989, cons. 23.

Dans l'arrêt *Bergoend* du 17 juillet 2013⁶, le Tribunal des conflits a néanmoins restreint cette notion. Il y n'a désormais voie de fait que lorsque l'administration a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle (on la retrouve) ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété (et seule l'extinction !), ainsi que lorsqu'elle 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.

Ce n'est qu'alors que les juridictions de l'ordre judiciaire demeurent compétentes pour ordonner la cessation ou la réparation de la voie de fait désormais entendue de la sorte.

L'emprise irrégulière, quant à elle, désigne une atteinte à la propriété immobilière de la part de l'administration⁷, une dépossession du bien immobilier d'un propriétaire, privé de la jouissance de son bien⁸ ainsi qu'une dépossession irrégulière, une mainmise directe de la puissance publique sur la propriété privée immobilière⁹.

En conséquence de la restriction du domaine de la voie de fait, celui de l'emprise a été élargi d'autant. Or, en la matière, était compétent le juge administratif, sauf à confier l'indemnisation du préjudice au juge judiciaire. Par une décision *Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, le tribunal des conflits a, en 2013 également, décidé d'unifier le contentieux en confiant également cette compétence au juge administratif¹⁰.

Comme on le constate notamment avec ces dernières décisions, et bien qu'on ne présente généralement pas les choses dans ce sens-là (je ne l'ai d'ailleurs pas fait moi-même...), on pourrait tout aussi bien souligner l'existence d'une compétence réservée du juge administratif en ce qui concerne l'appréhension des libertés dans un contexte administratif, la compétence du juge judiciaire étant alors exceptionnelle.

⁶ TC, 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911.

⁷ CE, 24 févr. 1971, *Sté « Le Crédit industriel de l'Ouest »*, n° 78694, *Lebon* 153.

⁸ TC, 21 déc. 1923, *Sté française des Nouvelles Hébrides*, *Lebon* 871.

⁹ CE, 10 mai 1974, *Dame veuve Andry*, n° 86118, *Lebon* 278.

¹⁰ TC, 9 déc. 2013, *Cne de Saint-Palais-sur-Mer*, n° 3931.

N'est-ce pas l'un des sens à donner, peut-être même le principal, au principe à valeur constitutionnelle de séparation des autorités administratives et judiciaires dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 23 janvier 1987¹¹ ?

Quoi qu'il en soit, le législateur doit donc prendre en compte ces exigences constitutionnelles lorsqu'il accomplit son œuvre. Sur cette base, que fait-il vraiment ?

II. En second lieu, ce que le législateur fait

De ce qui précède, il résulte finalement que **le législateur n'a pas le choix du juge qui va appréhender telle ou telle liberté dans les matières évidemment judiciaires ou évidemment administratives**. Dès lors, en ce qui concerne ces matières, la seule chose qu'on puisse reprocher au législateur serait de ne pas respecter les exigences constitutionnelles, ce qui devrait conduire, dans la beauté des principes, à une censure.

Celle-ci, pourtant, n'intervient pas toujours, et rarement pour tout dire.

Pour ne prendre qu'un exemple, en matière de droit des étrangers, où la frontière entre administratif et judiciaire n'est, il est vrai, pas toujours simple à discerner, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a prévu que l'étranger qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français mais qui ne peut immédiatement le quitter peut être placé en rétention par l'autorité administrative pour une durée de cinq jours en portant de quarante-huit heures à cinq jours le délai au terme duquel le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention¹². Selon le Conseil constitutionnel, « en prévoyant que le juge judiciaire ne sera saisi, aux fins de prolongation de la rétention, qu'après écoulement d'un délai de cinq jours à compter de la décision de placement en rétention, [le législateur] a assuré entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée », ce qui se discute...

¹¹ Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987.

¹² Art. 44 et 51 de la loi, modifiant les art. L. 551-1 et L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Il est vrai que, depuis, le délai a été ramené à deux jours par la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France.

À l'inverse, il arrive que le législateur aille en quelque sorte au-delà des exigences constitutionnelles, en confiant au juge judiciaire ce qui pourrait, au moins en théorie, être fait par le juge administratif. Par exemple, en matière de prévention du terrorisme, la loi du 30 octobre 2017 a prévu que « le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris peut, par une ordonnance écrite et motivée et après avis du procureur de la République de Paris, autoriser la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent »¹³. Le Conseil constitutionnel n'exigeait pourtant, en la matière, qu'un juge, quel qu'il soit¹⁴. Il est vrai que le juge administratif répugne davantage que le juge judiciaire à contrôler *a priori* des mesures pourtant restrictives de liberté.

Comme le révèle déjà ce dernier exemple, le choix du législateur existe donc surtout à l'intersection, lorsqu'une matière peut être soit administrative, soit judiciaire, le juge compétent n'étant alors, la plupart du temps, que la conséquence de la matière préalablement retenue.

On pense à ce choix, bien réel dans différents domaines, de recourir à la prévention et à la régulation administratives, plutôt qu'à la répression pénale.

L'exemple le plus significatif est sans doute, une fois de plus, celui de la lutte contre le terrorisme et d'un certain nombre de lois adoptées ces dernières années à cet égard (je me contenterai de cet exemple, faute de temps, mais il aurait aussi fallu parler des AAI, de la répression administrative et de la matière pénale) : loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme¹⁵, loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement¹⁶ et loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les

¹³ Art. 4 de la loi, qui crée les art. L. 229-1 à L. 229-6 CSI.

¹⁴ Déc. n° 2016-536 QPC du 19 févr. 2016, cons. 14, et v. en complément déc. n° 2016-600 QPC du 2 déc. 2016, cons. 13.

¹⁵ RSC 2014.849, obs. J. Alix ; RSC 2015. 425, obs. N. Catelan.

¹⁶ RSC 2015. 922, obs. N. Catelan.

garanties de la procédure pénale¹⁷ essentiellement, auxquelles il faut ajouter toutes les lois relatives à l'état d'urgence et la loi susvisée du 30 octobre 2017.

Toutes, en effet, ont privilégié le terrain préventif et administratif à la répression pénale, la conséquence étant, logiquement, la large compétence du juge administratif en la matière.

Ce qui n'empêche pas une compétence éventuelle du juge judiciaire, plus précisément du juge pénal, sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal, en vertu duquel « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Le cas s'est ainsi présenté, dans le cadre de l'état d'urgence, tant à propos de perquisitions administratives dont les résultats ont autorisé des poursuites pénales¹⁸, qu'à propos de l'irrespect d'une assignation à résidence administrative, ce qui constitue une infraction¹⁹.

Le problème, dans ces situations, n'est alors pas tant celui du ou des juges (je veux bien concéder que le juge administratif offre un certain nombre de garanties comparables à celles qu'offre le juge judiciaire) que celui des principes encadrant leur intervention (et la remarque vaut d'ailleurs pour les autorités administratives indépendantes).

Comme le souligne la chambre criminelle de la Cour de cassation de façon inédite et particulièrement audacieuse dans un arrêt rendu le 3 mai 2017, à propos précisément du contrôle d'assignations à résidence administrative ayant dégénéré en infractions, c'est l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui fonde sa compétence en la matière, en ce que ce texte fait de la sûreté l'un des « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ».

Le droit pénal moderne, en effet, se caractérise par cette idée fondamentale que, tant au stade de l'imputation de l'infraction qu'au stade de sa punition, seule la nécessité peut justifier des restrictions ou des privations de liberté. Pour que le principe demeure la liberté au sein d'un

¹⁷ RSC 2016. 376, obs. R. Parizot ; RSC 2016. 551, obs. E. Vergès.

¹⁸ 1^{ère} séquence : Crim. 13 déc. 2016, n° 16-82.176 ; Crim. 13 déc. 2016, n° 16-84.162 ; Crim., 13 déc. 2016, n° 16-84.794 ; D. 2017. 275, note J. Pradel ; AJ pénal 2017. 30, note Th. Herran et M. Lacaze ; JCP G 2017. 141, avis F. Desportes et 206, note J.-H. Robert ; Dr. pénal 2017, étude 6, par C. Ribeyre. 2^{nde} séquence : Crim., 28 mars 2017, n° 16-85.073 ; Crim., 28 mars 2017, n° 16-85.072, **D. 2017, note P. Cassia** ; JCP G 2017. 473, note J.-B. Perrier.

¹⁹ Crim. 3 mai 2017, n° 16-86.155.

système répressif, il faut effectivement que la répression et les rigueurs qu'elle autorise soient légitimées et limitées par la nécessité.

La sûreté, ce n'est alors rien d'autre que le droit de subir le moins possible le système pénal, avec toutes les constructions et les mécanismes que cela implique : principe de légalité, afin de contenir l'essor des interdits, présomption d'innocence, afin de contenir l'essor des réactions à l'encontre de ceux qui les ont violés, et corollaires de ces deux principes axiaux.

Mais la sûreté va au-delà de l'interdiction des détentions arbitraires et, en vérité, aurait même vocation à aller au-delà du droit pénal car, outre que ce droit n'a pas le monopole des rétentions et des détentions, la sûreté a surtout pour fonction, plus largement, de contenir les pouvoirs de l'État à l'encontre des citoyens. En ce sens, la sûreté (et non la sécurité) est-elle la première des libertés publiques.

Or, à ce jour, c'est en droit pénal que la sûreté a le plus d'écho, d'où l'opportunité de laisser ce droit, de loin le plus respectueux des libertés, régir notamment la lutte antiterroriste, ce qui est hélas de moins en moins le choix qui est fait par le législateur, on ne peut que le constater.

*

Pour conclure, si on peut se satisfaire du fait que nos juges offrent tous des garanties équivalentes en matière d'appréhension des libertés, leur préservation dépasse la question du simple choix du juge, qui ne représente qu'un élément parmi d'autres – pas le moindre il est vrai – dans un système libéral. Le législateur devrait prendre en compte l'ensemble de ces éléments lorsqu'il fait son choix. Mais, précisément, son choix n'est peut-être pas toujours gouverné par la volonté de respecter les libertés...