

Jean Massot  
Président de section(h) au Conseil d'Etat

## LE JUGE ADMINISTRATIF PROTECTEUR DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

UDK: 342 (44)

*Izvorni znanstveni rad*

*Primljeno: 10. 12. 2016.*

Uvod, Individualne i građanske slobode, Individualna sloboda i pravo da se ne smije biti podvrgnut samovoljnom zatvaranju, Kontrola općih akata, I. Upravni sudac odavno štiti individualne slobode, I.1. U normalnim vremenima, Sloboda kretanja: putovnica, pravo stranaca, prisilno psihijatrijsko liječenje, Sloboda sklapanja braka, obiteljskog života i slobodnog vršenja zanimanja, Dom Porezne pretrage, I.2. U vremenima krize, Prvi svjetski rat i teorija o izvanrednim okolnostima, Dekolonizacija, Terorizam: Izvanredno stanje, Upravni pritvor i pretrage, II. Upravni sudac razvio je nove alate za suočavanje s novim izazovima, II.1. Novi izazovi, Dostojanstvo osobe, presude Morsang sur Orge, Milhaud i Lambert, Zdravlje i bioetika, presuda Perruche, Informatika i slobode, presuda Moon, II.2. Novi alati, Sve učestalija primjena sudske prakse Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, Smanjenje područja interne mjere (jednostranog upravnog akta), Hitni postupak za donošenje mjera za zaštitu sloboda, Prioritetno pitanje ustavnosti, Izvanredno stanje, Zaključak, Komplementarnost, a ne konkurentnost između sudova opće nadležnosti i upravnih sudova

**Ključne riječi:** *Francuska, upravno pravo, medijacija, rješavanje sporova, vansudsko rješavanje sporova*

### INTRODUCTION

Les attentats qui ont frappé la France en 2015 ont entraîné la mise en œuvre d'un régime de limitation des libertés que l'on appelle l' «état d'urgence». Une polémique très «franco-française» s'est développée à cette occasion, dans la mesure où ce régime permet des restrictions à la liberté individuelle, telles que perquisitions ou assignation à résidence, sur simple décision de l'administration, sans intervention a priori du juge judiciaire et sous le seul contrôle a posteriori du juge administratif. La question qui motive cette polémique est de savoir si ce régime ne porte pas atteinte à l'article 66 de la Constitution selon lequel :

«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.»

Mais, parallèlement, le Conseil constitutionnel a depuis longtemps affirmé 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.»<sup>1</sup> Il est important de souligner ici que, dès l'origine, ce «recours pour excès de pouvoir» devant le juge administratif, qui est d'ailleurs sa création sans qu'aucun texte l'ait explicitement prévu, peut être exercé, non seulement à l'encontre d'une décision individuelle, mais aussi d'un acte réglementaire.

La question se résume donc à savoir ce qu'il faut entendre, dans l'article 66 de la Constitution, par «liberté individuelle» et dans la décision du Conseil constitutionnel, par «matière réservée par nature à l'autorité judiciaire».

Dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme de celle du Tribunal des conflits<sup>2</sup> et du Conseil d'Etat, il semble que ne constituent des atteintes à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution et ne soient réservées par nature au juge judiciaire que les mesures de détention arbitraire, autrement dit ce que le droit anglo-saxon appelle l'Habeas corpus. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs confirmé à propos des lois réformant le régime de l'état d'urgence<sup>3</sup>.

Je voudrais donc vous montrer aujourd'hui, dépassant une polémique sans grande raison d'être, que

d'une part, le juge administratif est toujours intervenu pour protéger des libertés individuelles, au sens large, en dehors de l'Habeas corpus,

et que, d'autre part, il a développé récemment de nouveaux outils pour rendre ces interventions plus adaptées à de nouveaux défis.

Je précise ici que les libertés **individuelle** dans ce sens courant se distinguent par commodité de langage des grandes libertés **publiques** d'usage plus collectif que sont les libertés d'association, de réunion, de manifestation, de communication et d'expression du suffrage. Mais on verra que la protection que leur accorde le juge administratif est bien du même ordre.

---

<sup>1</sup> Ce sont, notamment les termes de sa décision du 23 janvier 1987 n°86-224 DC figurant aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative (ci-après GAJA), 20ème édition n°85, p.588

<sup>2</sup> Je rappelle que ce tribunal paritaire entre membres du Conseil d'Etat et membres de la cour de cassation est chargé de trancher les questions de répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction

<sup>3</sup> Voir ses décisions des 22 décembre 2015 n°2015-527 QPC et du 19 février 2016 n° 2016-535 QPC et 2016-536 QPC sur lesquelles je reviendrai

## I. LES INTERVENTIONS TRADITIONNELLES DU JUGE ADMINISTRATIF POUR PROTÉGER DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

On peut distinguer ici les atteintes aux libertés individuelles en période normale et les atteintes plus importantes en période de guerre ou de crise.

### I.1 Les atteintes en période normale

J'illustrerai ici mon propos par des exemples pris dans trois domaines qui relèvent bien des libertés individuelles au sens courant du terme :

- la liberté d'aller et venir,
- la vie privée et familiale,
- le domicile.

Sur le premier point, je prendrai d'abord le cas des nationaux français et du retrait de passeport. Dans une décision que je connais bien, pour avoir été le commissaire du gouvernement qui concluait alors, l'arrêt de l'assemblée du contentieux du 8 avril 1987 Peltier<sup>4</sup>, le Conseil d'Etat a censuré le refus de délivrer un passeport à une personne soupçonnée de trafic de stupéfiants, en rappelant que la liberté d'aller et venir sur le territoire national impliquait aussi le droit de le quitter et en se fondant assez hardiment sur un texte de 1792 qui avait plutôt pour objet d'empêcher les aristocrates d'émigrer.

J'évoquerai ensuite le cas du droit des étrangers. C'est bien au juge administratif qu'il revient de contrôler les mesures par lesquelles l'autorité administrative autorise ou non un étranger à séjourner en France ou l'oblige à quitter le territoire après l'avoir ou non placé en rétention administrative<sup>5</sup>. Le Conseil constitutionnel, en se référant à sa décision de 1987 précitée, a d'ailleurs censuré une loi qui donnait compétence au juge judiciaire pour annuler les mesures de reconduite à la frontière<sup>6</sup>. Ce contentieux des étrangers a pris une place croissante dans l'activité des tribunaux administratifs, rejoignant en importance le contentieux fiscal ou celui concernant les fonctionnaires. Ici encore, le juge administratif intervient pour censurer des actes réglementaires, décrets, arrêtés ou circulaires organisant la matière, comme des mesures individuelles de refus de titre de séjour ou d'ordre de quitter le territoire. Je ne peux que vous renvoyer au très long commentaire figurant aux GAJA sous l'arrêt de l'assemblée du contentieux du 8 décembre 1978 GISTI<sup>7</sup>, décision qui, pour annuler un décret qui interdisait l'entrée en France de la famille d'un étranger sauf si ses membres acceptaient de renoncer à exercer un emploi, va jusqu'à affirmer

---

<sup>4</sup> Recueil Lebon (ci-après Rec.) p.128

<sup>5</sup> Ce qui ne nécessite une intervention du juge judiciaire que lorsque cette rétention se prolonge au-delà de 48 heures

<sup>6</sup> Voir décision du 28 juillet 1989 n°89-261 DC

<sup>7</sup> GAJA, N°83, p.566

l'existence d'un principe général du droit à «mener une vie familiale normale», bien avant la consécration de ce principe par le Conseil constitutionnel et, comme c'était de tradition à l'époque, sans se fonder sur des textes internationaux.

Cela me conduit à évoquer ce deuxième domaine, celui de la vie privée et familiale. En dehors du cas des étrangers, le juge administratif est aussi intervenu pour les nationaux, au moins pour ce qui concernait certains agents publics dont le mariage était soumis à une autorisation. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a pu annuler le refus opposé par l'autorité militaire à un officier qui demandait l'autorisation d'épouser une ressortissante éthiopienne en estimant que ce mariage ne compromettrait pas les obligations de secret qui s'imposaient à lui et que les restrictions ainsi apportées à la liberté du mariage ne pouvaient être regardées comme nécessaires à la préservation de la sécurité nationale (décision n°212068 du 15 décembre 2014). Pour les étrangers, le juge administratif est souvent appelé à se prononcer sur les mariages de complaisance uniquement destinés à obtenir un titre de séjour et il rejette le plus souvent les recours (voir par exemple une décision du juge des référés n° 314694 du 29 avril 2008). Mais, il a, en revanche annulé le refus de visa opposé par le consul de France à Casablanca à un ressortissant sénégalais qui souhaitait venir en France pour faire célébrer son mariage avec son compagnon, un ressortissant français, mariage qui ne pouvait être célébré au Maroc, ce pays, à la différence de la France, ne reconnaissant pas le mariage entre personnes du même sexe (décision du juge des référés n° 382145 du 9 juillet 2014).

Enfin, le troisième domaine que je voudrais évoquer est celui du domicile. D'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble admettre que le principe d'une autorisation préalable du juge judiciaire pour les visites domiciliaires menées par les administrations fiscales et douanières peut souffrir des exceptions dans l'intérêt de la recherche des infractions (décision n°2013-357 QPC du 29 novembre 2013). D'autre part, le juge administratif est depuis longtemps saisi de recours pour excès de pouvoir contre des actes réglementaires qui constitueraient des atteintes au principe de l'inviolabilité du domicile : voyez par exemple une décision n°74691 du 9 juillet 1986 relative à un décret permettant l'entrée des agents de Télédiffusion de France dans des habitations privées aux fins de vérifier les conditions de diffusion de la télévision par voie hertzienne avec des garanties d'intervention du juge judiciaire prétendument insuffisantes. Enfin, lorsque l'autorité administrative prend des mesures d'expulsion d'occupants sans titre de logements appartenant à une collectivité publique (des squatteurs), la violation du même principe est souvent invoquée, évidemment sans succès (décision n°274340 du 25 mai 2005).

## **I.2 Les atteintes en période de crise**

Je distinguerai ici deux étapes, d'une part les périodes de guerre, génératrices de ce que le juge administratif a baptisé des «circonstances exceptionnelles», d'autre part les périodes de troubles graves à l'ordre public (insurrection, émeute, terrorisme) pour lesquelles a été créé un régime législatif spécial, l'«état d'urgence». Faute de

temps, je ne parlerai pas de deux autres régimes d'exception, d'une part, l'état de siège prévu à l'article 36 de la Constitution qui donne de très larges pouvoirs à l'autorité militaire, mais qui n'est plus appliqué depuis la deuxième guerre mondiale, d'autre part celui que prévoit l'article 16 de la Constitution dont les conditions de mise en œuvre sont si strictes<sup>8</sup> qu'il ne s'est appliqué qu'une fois, à la fin de la guerre d'Algérie.

Sur le premier point, c'est la première guerre mondiale qui a conduit le Conseil d'Etat à construire de façon prétorienne la théorie des circonstances exceptionnelles. Par un premier arrêt du 28 juin 1918, Heyriès<sup>9</sup>, il a d'abord jugé qu'à un moment où, en 1914, l'offensive allemande menaçant Paris avait conduit le gouvernement à se replier à Bordeaux dans la sud-ouest de la France et le Parlement à interrompre ses travaux, le pouvoir réglementaire avait pu, dans l'intérêt de la continuité du service public, suspendre l'application d'une loi offrant certaines garanties aux fonctionnaires. Peu de temps après, le Conseil d'Etat a fait application de cette théorie à la limitation d'une liberté individuelle, celle d'aller et venir, en acceptant, par un arrêt du 28 février 1919 Dames Dol et Laurent<sup>10</sup> qu'un préfet limite très strictement la liberté de circulation de personnes pouvant se livrer à la prostitution dans le «camp retranché» de Toulon qui servait de base aux troupes à destination du front d'Orient. Mais, bien entendu, le juge administratif veille à ce que le pouvoir réglementaire n'abuse pas de cette dérogation au droit commun. D'une part, n'importe quelle circonstance troublée ne permet pas l'application de cette théorie : les troubles entourant la Libération du territoire à l'été 1944 ont pu justifier des arrestations sans intervention du juge judiciaire et sous le seul contrôle a posteriori du juge administratif (voir l'arrêt d'assemblée du 7 novembre 1947 Alexis et Wolff, Rec.p. 416) ; les troubles de la décolonisation en Indochine entre 1945 et 1954 ont pu autoriser le Haut-Commissaire à prononcer des expulsions (Ass.10 décembre 1954 Andréani, Rec.p.656) ; en revanche, les émeutes étudiantes de mai 1968 n'ont pu justifier des atteintes à la hiérarchie des normes ou au principe d'égalité (Ass. 12 juillet 1969 Chambre de commerce et d'industrie de Saint Etienne, Rec.p. 379). D'autre part, dès que cessent ces circonstances exceptionnelles, le retour au droit commun s'impose (Ass. 16 avril 1948 Laugier, Rec.p.161).

Les événements, finalement qualifiés de guerre, entourant la marche de l'Algérie vers l'indépendance ont conduit le législateur à créer un «état d'urgence» par une loi du 3 avril 1955 toujours en vigueur, mais assez profondément modifiée à la suite des événements terroristes de l'année 2015 survenus à Paris. Cet état d'urgence permet à l'administration, sans intervention préalable d'un juge judiciaire, d'apporter des restrictions à la liberté individuelle, sous la forme d'interdictions de séjour dans certaines zones, d'assignations à résidence, de perquisitions. Un premier contentieux s'est alors développé au sujet de ces mesures. Il faut bien reconnaître que, dans le climat très troublé de l'époque, le juge administratif a, bien souvent, fait prévaloir

---

<sup>8</sup> Notamment l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics

<sup>9</sup> GAJA, n°30, p. 178

<sup>10</sup> GAJA, n°32, p.193

les nécessités de la lutte contre l'insurrection algérienne sur la protection des libertés individuelles, validant des mesures d'interdiction de séjour (Ass.16 décembre 1955 Madame Bourobka Rec. P.596) ou d'assignation à résidence dans un soi-disant centre d'hébergement (7 mars 1958 Zaquin Rec.p.150) d'une légalité fort douteuse : la loi disait pourtant que son application ne pouvait en aucun cas se traduire par la création de camps d'internement. On note tout de même une annulation d'une telle mesure fondée sur des motifs inexacts (30 janvier 1959 Grange Rec.p.85). Mais l'arrêt qui, au cours de cette période marque le plus d'audace de la part du juge administratif est évidemment l'arrêt d'assemblée du 19 octobre 1962 Canal, GAJA n°77, p.511. Par cette décision, le Conseil d'Etat a annulé, à la veille de l'exécution capitale des requérants, l'ordonnance qui avait créé le tribunal d'exception les ayant condamnés à mort, au motif que les décisions de ce tribunal étaient sans recours et leur a ainsi sauvé la vie.

Je reviendrai, dans ma seconde partie, sur les applications ultérieures de l'état d'urgence en 2005 et en 2016, car le contrôle du juge administratif a pu se développer en faisant usage de nouveaux outils qui le rendent plus efficace. C'est ce que je voudrais aborder maintenant.

## **II. LES NOUVEAUX OUTILS DU JUGE ADMINISTRATIF POUR FAIRE FACE À DE NOUVEAUX DÉFIS EN MATIÈRE DE LIBERTÉS INDIVIDUELLES**

Je voudrais ici décrire les nouvelles formes qu'ont prises les libertés individuelles que le juge administratif a pour mission de protéger avant de présenter les nouveaux outils qui lui permettent de mieux assurer cette protection.

### **II.1 Les nouveaux défis**

Ceux qui ont suivi mon intervention de l'an dernier consacrée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés ne seront pas surpris que je commence cette année par le problème des atteintes que le développement des traitements informatiques est susceptible d'apporter à la préservation des données personnelles et à la vie privée. Sans entrer ici dans le détail de la législation française et européenne en la matière, j'indique que la plupart des traitements de données personnelles soumis à la CNIL peuvent donner matière à contestation devant le juge administratif. Ce sont ainsi plus de 400 décisions du Conseil d'Etat qui sont intervenues depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Je ne prendrai qu'un exemple tiré du domaine très particulier des fichiers dits de sécurité, c'est-à-dire ceux des services de police ou de renseignement pour lesquels les personnes concernées qui veulent en vérifier le contenu ne bénéficient que d'un droit d'accès indirect par l'intermédiaire d'un des membres du collège de la CNIL qui doit déterminer avec le service responsable du traitement si des

rectifications s'imposent et si le contenu du fichier peut être révélé à l'intéressé. En simplifiant, je dirai que, si la règle est le plus souvent que la CNIL se borne à indiquer que des vérifications ont été faites et que le contenu du traitement ne peut être révélé, d'importants arrêts d'assemblée du 6 novembre 2002 concernant les époux Moon<sup>11</sup> sont venus imposer un examen plus différencié et donc un tri entre ce qui, pour des raisons de sécurité, ne peut être révélé et ce qui, au contraire peut l'être. Par une loi du 24 juillet 2015, le législateur a doté le Conseil d'Etat d'un nouvel outil pour qu'il puisse mieux juger, dans une formation spéciale, de la pertinence de ce tri en se faisant communiquer le contenu du fichier de manière confidentielle.

Un deuxième domaine où l'intervention du juge administratif a dû se développer est celui du respect de la dignité humaine. Une première décision de l'assemblée du contentieux du 2 juillet 1993, Milhaud, Rec.p.194 était venue affirmer, de manière assez hardie, pour confirmer la sanction infligée à un médecin qui se livrait à des expérimentations sur un patient en état de mort cérébrale, que le respect de la personne humaine ne cessait pas avec la mort. Puis, dans une décision du 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge<sup>12</sup>, le Conseil d'Etat, à propos de l'interdiction d'une attraction foraine appelée «le lancer de nain<sup>13</sup>», a affirmé, cette fois pour une personne vivante, que «le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public», ce qui est bien dans la ligne du droit européen, mais est sans doute, là encore, une construction hardie pour faire entrer le respect cette exigence dans les pouvoirs du maire. Enfin, revenant aux problèmes posés par les personnes en état de coma irréversible ne survivant que par alimentation et hydratation artificielle, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur la très délicate question de l'arrêt de ces traitements dans le cas où leur poursuite constituerait une obstination déraisonnable pour une partie de la famille, invoquant la loi en vigueur et les intentions du patient avant son accident, mais au contraire une atteinte au «droit à la vie» pour une autre partie de cette famille. Ce sont les arrêts d'assemblée des 14 février et 24 juin 2014 Mme Lambert<sup>14</sup> qui, par un usage là aussi constructif des nouvelles procédures de référé-liberté sur lesquelles je reviendrai, ont tranché dans le sens de la légalité de la décision des médecins d'arrêter les traitements, ce que devait d'ailleurs confirmer la Cour européenne des droits de l'homme par une décision du 5 juin 2015. Les adversaires de cet arrêt n'ont cependant pas désarmé et de nouvelles procédures sont en cours.

Cette affaire concerne d'ailleurs aussi un troisième domaine qui touche aux libertés individuelles et s'est également développé dans la jurisprudence administrative, celui de la bioéthique. Je n'en prendrai qu'un exemple tout récent, une décision de l'assemblée du contentieux du 31 mai 2016, Madame Gomez-

---

<sup>11</sup> Dirigeants d'une secte dite «Eglise de l'unification du christianisme universel»

<sup>12</sup> GAJA n°92, p.650

<sup>13</sup> Qui consiste à enfermer une personne de très petite taille dans un sac muni de poignées et à permettre aux spectateurs de concourir pour essayer de la lancer le plus loin possible

<sup>14</sup> GAJA n°117, p.921

Turri<sup>15</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, saisi en urgence selon la procédure de référé, annule une décision de l'Agence de la biomédecine refusant à la requérante, ressortissante espagnole, de faire transférer en Espagne le sperme congelé de son mari récemment décédé, afin de lui permettre une insémination post mortem lui permettant d'avoir un enfant de ce père disparu. Il faut savoir que la loi française ne permet pas les inséminations post mortem, prenant en compte l'intérêt de l'enfant à ne pas naître privé de père, alors que cette pratique est admise en Espagne. Dans le cas de la requérante, son mari subissant un traitement anticancéreux susceptible de le rendre stérile avait donc fait congeler du sperme en France où résidait le couple, sans prévoir qu'il décéderait de son cancer, mais avec la ferme intention d'avoir un enfant. Tout l'intérêt de cette décision réside dans le fait qu'elle se fonde sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit à une vie familiale normale. En prenant soin d'affirmer que cette disposition ne condamne pas la loi française qui prohibe l'insémination post mortem et l'exportation de gamètes vers des pays qui l'autorisent, le juge administratif a fait prévaloir en l'espèce l'absence d'intention frauduleuse de la mère qui ne vit en Espagne depuis le décès de son conjoint que pour y rejoindre sa famille et la réalité du projet d'avoir un enfant qu'elle avait formé avec ce mari mort du cancer. Il en a tiré argument pour écarter la loi française dans ce cas très spécifique et enjoindre à l'Agence de biométrie d'exporter en urgence le sperme congelé vers l'Espagne : la loi espagnole ne permet en effet cette insémination qu'un an après le décès et la date d'expiration de ce délai était proche.

Je note que, dans l'intérêt de la protection des libertés individuelles, cette décision fait usage de plusieurs instruments nouveaux dont est doté le juge administratif et que je vais maintenant présenter.

## II.2 Les nouveaux instruments

Le premier auquel j'ai déjà fait plusieurs fois référence est l'utilisation du «contrôle de conventionnalité» par rapport à la Convention européenne de droits de l'homme. J'ai déjà eu l'occasion, les années précédentes, de vous rappeler qu'après avoir longtemps été réticent à ce contrôle de la loi, le Conseil d'Etat avait fini par l'admettre par la décision d'assemblée du 20 octobre 1989 Nicolo<sup>16</sup>. Mais la référence à la convention européenne rencontrait encore des réticences dont j'avais été témoin dans l'affaire Peltier de refus de passeport précédemment évoquée : le Conseil avait préféré se fonder sur une vieille loi datant de la Révolution française qui n'avait manifestement pas été faite pour cela. Il a commencé à le faire pour le droit entourant les expulsions d'étrangers avec les décisions d'assemblée du 19 avril 1991 Belgacem et Madame Babas Rec.pp.152 et 162. Plus récemment, après avoir jugé que ce contrôle n'entraîne dans l'office du juge des référés que pour la méconnaissance manifeste par la loi du droit de l'Union européenne (Ord.16 juin

---

<sup>15</sup> Disponible sur le site du Conseil

<sup>16</sup> GAJA n°87, p.605

2010 Mme Diakaté, Rec.p.205), il a étendu cette solution à la violation manifeste de la Convention européenne des droits de l'homme par les décisions précitées relatives à l'arrêt des traitements d'un patient en état de coma dépassé de 2014 et par la décision relative à l'insémination post mortem de 2016.

Ceci me conduit à analyser un deuxième outil qui joue un rôle de plus en plus important dans la protection des libertés individuelles, le référé dont j'ai également parlé les années précédentes. Depuis une loi du 30 juin 2000, largement inspirée de propositions du Conseil d'Etat, le juge administratif peut recourir à diverses procédures d'urgence. Le référé suspension lui permet d'ordonner d'interrompre l'exécution d'une décision «lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision». En matière de liberté individuelle, le juge administratif en a, par exemple, fait usage dans le cas d'un refus d'autoriser des chirurgiens-dentistes à s'installer dans un nouveau cabinet, en utilisant en même temps son pouvoir d'injonction en ordonnant à leur ordre professionnel de leur délivrer cette autorisation dans un délai de huit jours (Section, 28 février 2001 Philippart et Lesage, Rec.p.111). Mais, pour notre sujet, une autre procédure découlant de la loi de 2000 est beaucoup plus importante, c'est celle du référé-liberté qui permet au juge administratif, en cas d'urgence, d'ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une administration ou un service public aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Il en a été fait un très large usage : au-delà des décisions Lambert et Gomez précitées qui se fondent sur des atteintes au droit à la vie privée ou à la vie tout court, on peut citer parmi les «libertés fondamentales» ainsi protégées, dès avant la proclamation de l'état d'urgence, la liberté d'aller et venir, le droit de se marier, le secret de la correspondance, le droit de consentir à un traitement médical<sup>17</sup>. Il est important de souligner que l'urgence n'interdit pas le recours à des expertises et même à l'intervention d'un ou plusieurs «amicus curiae», c'est à dire de tout «sachant» venant éclairer le juge comme dans le cas particulièrement délicat des affaires Lambert.

Enfin, l'application de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 se fait dans une version profondément modifiée par rapport à la version initiale de 1955 en vertu d'une loi du 20 novembre 2016. Certes, il y a toujours des assignations à résidence et des perquisitions<sup>18</sup> et le juge administratif a fait, là aussi, un très large usage de ses pouvoirs de référé : entre la mise en vigueur de l'état d'urgence et la fin du mois de mai, pour les assignations à résidence, il s'est prononcé à 125 reprises<sup>19</sup> annulant ou obtenant le retrait de la mesure par le ministre de l'intérieur dans plus d'un tiers des cas ; pour les perquisitions où la condition d'urgence n'a pas grand sens, une

---

<sup>17</sup> Je renvoie ici aux décisions citées dans le commentaire aux GAJA n°100, p.725 de l'arrêt de section du 18 janvier 2001 Commune de Venelles

<sup>18</sup> Cette procédure de perquisitions administratives n'est plus en vigueur depuis la prorogation de l'état d'urgence entre le 26 mai et le 26 juillet 2016

<sup>19</sup> Par des jugements de tribunaux administratifs non frappés d'appel ou en appel devant le Conseil d'Etat

fois qu'elle est intervenue, le juge administratif de premier ressort, statuant au fond, a annulé plus qu'il n'a rejeté.

Le Conseil d'Etat a fait usage pour les perquisitions comme pour les assignations à résidence d'un nouvel outil que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 met à sa disposition la question prioritaire de constitutionnalité ou QPC. Dans le cas des assignations à résidence, le Conseil constitutionnel a rejeté sans grande difficulté la QPC en précisant toutefois que cette mesure n'était une privation de liberté qu'autant qu'elle se limitait à douze heures par jour<sup>20</sup>. Mais les perquisitions soulèvent aussi une autre question délicate, qui ne se posait évidemment pas en 1955, celle de l'accès des services effectuant des perquisitions dans le cadre de la lutte contre le terrorisme aux ordinateurs des personnes soupçonnées de préparer des attentats. Saisi en premier et dernier ressort à l'encontre d'une circulaire du ministre de l'Intérieur, le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la contrariété avec le principe de l'inviolabilité du domicile des dispositions du nouvel article 11 sur les perquisitions. Si le juge constitutionnel a validé la plus grande partie du dispositif en estimant que les perquisitions administratives n'avaient pas, par principe, à être placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire et que c'était bien au juge administratif de s'assurer de la légalité de la mesure ordonnant la perquisition et d'indemniser les victimes de mesures illégales, il a, en revanche, censuré, au nom de l'absence de garanties suffisantes pour protéger la vie privée, la phrase de cet article qui permettait à l'autorité administrative de prendre copie de toutes les données trouvées sur un ordinateur, s'agissant à ses yeux, d'une saisie qui aurait dû être autorisée préalablement par un juge, sans préciser d'ailleurs si cela aurait dû être un juge judiciaire ou administratif<sup>21</sup>. La loi a donc été amputée cette disposition à compter de la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016, y compris pour les instances encore en cours. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la dernière prorogation de l'état d'urgence ne concerne plus les perquisitions.

## CONCLUSION

Avec la poursuite des attentats terroristes en 2016, on discute de l'efficacité de l'application de l'état d'urgence. Ce qui, en revanche, n'est guère contesté, c'est que l'intervention du juge administratif a été efficace pour protéger les libertés individuelles sans paralyser l'action des services de police. J'ai essayé de vous montrer que ce n'était que la continuation d'une longue tradition de la justice administrative qui, au surplus, a su s'adapter en se dotant de nouveaux instruments lui permettant de statuer dans des délais très brefs. Comme j'ai eu souvent l'occasion de le dire dans cette enceinte, l'ancienneté d'une institution telle que le Conseil d'Etat ne l'empêche nullement de s'adapter aux exigences de la vie moderne. Il

---

<sup>20</sup> Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015. Le Conseil a aussi renvoyé au Conseil constitutionnel une troisième QPC sur la liberté de réunion qui concerne moins notre sujet.

<sup>21</sup> Décision n°2016-536 QPC du 19 février 2016

reste à souhaiter que les terroristes ne s'adaptent pas encore plus rapidement que les juristes.

## **ADMINISTRATIVE JUDGE: GUARANTOR OF FREEDOM**

Introduction; Individual and civil freedoms; Individual freedom and the right to not being succumbed to self-willed closure; control of general acts. I the administrative judge for a long time has protected individual freedoms; I.1 In normal times; Freedom of Movement: passports, rights of foreigners, coerced psychiatric treatment; Freedom to enter Marriage, family life and free carrying out of profession; House of Taxation Search I.2 In times of crisis; First World War and the theory of state of emergency; Decolonisation, Terrorism: State of Emergency, Administrative jail and searches; II The administrative judge has developed new tools for confronting new challenges; II.1 New challenges; Human Dignity, Morsang sur Orge, Milhaud and Lambert court decisions; Health and Bioethics, Perruche judgement; Computers and Freedoms, Moon judgement; II.2 New tools; More frequent application of the court practice of the European Court for the protection of human rights; Reducing the area of internal measures (unilateral administrative act) ; Urgent procedure for bringing in measures for the protection of freedom; Priority issue of constitutionality, state of emergency; Conclusion: complementariness, and not competitiveness between the general supervisory court and administrative courts.

**Key words:** *France, administrative law, administrative judge, freedom, guarantor of liberties*