

---

## **La protection juridictionnelle des libertés publiques** **(Sujet Commissaire de Police 2008 corrigé par Julie Haberman)**

Les sociétés modernes «juridicisées» et «juridictionnalisées» sont largement marquées par le souci prégnant de protection des libertés publiques, éludant au passage les devoirs subséquents. Aux «droits-libertés» de la Déclaration du 26 août 1789 et aux «droits créances» du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, rassemblés sous l'intitulé libertés publiques, succèdent aujourd'hui les libertés fondamentales. Il s'agit de libertés d'essence plus jurisprudentielle qu'écrite, protégeant aussi bien l'Homme *ut singuli* que les groupes. Elles sont l'apanage des démocraties doublées d'Etats de droit et conditionnent en grande partie la production normative comme l'activité jurisprudentielle. Si le législateur, dans le cadre d'un pays romano-germanique, a été le protecteur originel de ces libertés (par exemple les différentes lois votées sous la III<sup>e</sup> République consacrant par exemple la liberté de la presse, la liberté d'association, etc.), celles-ci sont désormais largement prises en charge par les juges. La densification du sommet de la hiérarchie des normes en 1971 avec la consécration d'un «*bloc de constitutionnalité*» a en grande partie favorisé ce phénomène de protection exacerbée par les juges. À cet égard, la protection des libertés publiques par les juges s'inscrit désormais dans un contexte national (I) comme supranational (II).

### I) La protection des libertés publiques par les juges nationaux

Si le juge judiciaire représente de toute évidence le juge historiquement compétent en matière de protection des libertés, il est aujourd'hui rejoint par son collègue administratif (A), sans parler du Conseil constitutionnel qui s'est arrogé pareille mission en 1971 (B). Ces différentes interventions juridictionnelles, loin d'être concurrentielles, se rejoignent dans une logique de complémentarité (des contrôles *a priori* comme *a posteriori*) susceptible de conforter l'Etat de droit.

#### A) La protection par les juges ordinaires

Le juge judiciaire (1) comme le juge administratif (2) diligentent des jurisprudences protectrices des libertés.

##### 1) La protection du juge judiciaire.

La jurisprudence considère traditionnellement qu'«*il appartient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à cette liberté*» (TC 27 mars 1952, *Dame de la Murette*), l'article 66 alinéa 2 de la Constitution de 1958 prolongeant cette prérogative. Ainsi, selon l'article 136 du code de procédure pénale (repris aux articles 432-4 à 432-6 et 438-8 du code pénal issu de la réforme de 1992), «*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*» pour statuer sur toute action «*civile*», c'est-à-dire en dommages et intérêts, «*qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents*». Il revient donc au juge judiciaire d'octroyer la réparation des atteintes portées aux libertés individuelles. Néanmoins, la contestation de la régularité de la procédure revient au juge administratif (TC 16 novembre 1964, *Clément*). En matière de voie de fait, le juge judiciaire dispose d'une plénitude de compétences (réparation, appréciation de la légalité, interprétation) et ne saurait se voir opposé une quelconque question préjudicielle (TC 30 octobre 1947, *Epoux Barinstein*). Il dispose d'ailleurs d'un pouvoir d'injonction, ce qui a longtemps constitué une exception par rapport au principe traditionnel posé en Droit administratif (TC 17 juin 1948, *Manufacture de velours et peluches*). En revanche, n'importe quel juge est compétent pour repérer une voie de fait et déclarer ainsi l'acte litigieux «*nul et non avenue*» (ordonnance du Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat 29 juillet 1997, *Préfet du Vaucluse*). Il existe toutefois des limites à la compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait. La première tient à l'adage «*un ouvrage public mal planté ne peut être détruit*» consacrant le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public (CE 7 juillet

1853, *Robin de la Grimaudière*) qui interdit au juge (judiciaire) de prescrire sa démolition. En second lieu, le juge judiciaire n'est plus le seul juge compétent quand l'acte administratif est entaché d'une faute grossière. Le requérant peut alors saisir le juge administratif pour un recours en déclaration d'inexistence. Il n'y a en l'espèce plus de délai à respecter pour contester l'acte administratif liberticide (TC 27 juin 1966, *Guigon*). L'intervention de la loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* n'a pas conduit à l'abandon de cette notion, le Tribunal des conflits ayant solennellement rappelé que «*Il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire que 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*» (TC 23 octobre 2000, *M. Boussadar c/ Ministre des affaires étrangères*). Ou encore, dans le cadre de l'hospitalisation d'office (ex «placement volontaire»), la personne concernée ou ses proches peuvent contester cette décision administrative devant le président du tribunal de grande instance (article L 3211-12 dudit code), qui statuera dans un délai de quarante huit heures (ligne de partage des compétences arrêtée par la loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés*, et CE 11 mars 1996, *Commune de Saint-Herblain*, et TC 17 février 1997, *Préfet de la région Île-de-France*, enfin Cass. 1<sup>re</sup> civ. 16 mars 2004, *Centre hospitalier spécialisé de Montperrin c/ Consorts G. et autres*). La personne internée peut au surplus contester la nécessité (le danger était-il réel?) de son placement (TC 30 mars 1992, *Préfet d'Ille-et-Vilaine c/ Saulnier*) et demander réparation devant le juge judiciaire (CE 3 décembre 1969, *Tixier*). Si elle conteste à l'inverse la régularité de la procédure, elle doit alors saisir le juge administratif dans la mesure où les décisions ordonnant le placement sont des actes administratifs (tout comme les refus d'hospitalisation, CE 13 juin 1971, *Planchon*, et comme les refus de transfert d'un établissement à un autre, CE 25 mai 1994, *Maire de Saint-Chamond*). De même, seul le juge judiciaire peut condamner l'Etat à réparer ses conséquences dommageables (TC 17 février 1997, *Préfet de Paris c/ Menvielle*, et TC 22 mars 2004, *M.D. c/ Centre hospitalier spécialisé de la Sarthe*).

À côté du juge judiciaire, le juge administratif devient un acteur du champ des libertés.

## 2) La protection du juge administratif.

Quant au juge administratif, la formule visionnaire de Gaston Jèze dans l'entre-deux guerres devient aujourd'hui réalité. Le recours pour excès de pouvoir est en voie de devenir «*l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés*». En effet, le juge administratif étend désormais son champ d'intervention matérielle et l'intensité du contrôle de légalité administrative se trouve renforcée.

La tendance jurisprudentielle contemporaine évolue par exemple vers une limitation drastique de la catégorie des actes de gouvernement même si cette démarche ne saurait se réduire à une entreprise de suppression de ladite catégorie. Ceux exercés dans le cadre des relations diplomatiques sont *volens* transformés en actes détachables (CE Sect. 14 mai 1993, *Ministre de la coopération c/ Bonn*, concernant les relations diplomatiques et plus précisément un accord de coopération culturelle et technique franco-zaïrois), c'est-à-dire en actes administratifs n'étant pas la conséquence directe, nécessaire et inéluctable du traité, donc susceptibles de recours juridictionnels. C'est tout particulièrement le cas de l'extradition d'abord considérée comme un acte de gouvernement (CE 2 juillet 1836, *Boidron*), puis comme un acte détachable (CE Ass. 28 mai 1937, *Decerf*). L'évolution jurisprudentielle est comparable pour le refus d'extradition (CE Ass. 15 octobre 1993, *Gouverneur de Hong Kong - Royaume-Uni d'Angleterre et d'Irlande du Nord*) et le retrait d'extradition (CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*). On retrouve ces actes détachables dans le domaine des relations entre les pouvoirs publics français avec l'exemple du décret du Premier ministre portant nomination d'un parlementaire en mission (décision du Conseil constitutionnel du 7

novembre 1989 et CE Sect. 25 septembre 1998, *Mégret*: il s'agit d'une «*mesure détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif*»), le refus du Premier ministre de prendre un décret sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution de 1958 destiné à abroger une disposition législative intervenue en matière réglementaire (CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*), ou encore la décision du Président de la République de faire fleurir la tombe du maréchal Pétain (CE 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*). Une dynamique comparable se constate avec les mesures d'ordre intérieur requalifiées en actes faisant grief. C'est le cas dans le domaine militaire concernant la notation (CE Sect. 22 avril 1977, *Pierron*) et les sanctions disciplinaires à l'armée (CE Ass. 17 février 1995, *Hardouin*). C'est aussi le cas dans le secteur pénitentiaire relativement aux sanctions de «*punition de cellule*» (CE Ass. 17 février 1995, *Marie*, repris par CE 8 décembre 2000, *M.Frérof*). Cette évolution avait d'ailleurs été lancée dès 1992 par le Conseil d'Etat dans le domaine scolaire (CE 2 novembre 1992, *Epoux Khérouaa*) relativement aux règlements intérieurs d'établissements scolaires infligeant des sanctions disciplinaires (exclusion définitive ou temporaire) aux collégiennes ou lycéennes portant le «*foulard islamique*». Elle s'étend d'ailleurs au-delà du seul cas des sanctions disciplinaires à l'école (CAA Versailles 17 février 2005, *M. et Mme José D.*, concernant la séparation de jumeaux dans des classes différentes; CE 11 février 1983, *Mathis*, concernant le refus de changement d'orientation, ou encore CE 26 janvier 2007, *Monnin*, concernant l'orientation) comme en prison (CE Ass. 14 décembre 2007, *Garde des Sceaux c/ Boussouar*, concernant un changement d'affectation, du même juge et du même jour, *Payet*, concernant une «*rotation de sécurité*», et *Planchenault*, concernant un déclassement d'emploi).

Outre cette extension matérielle de l'office du juge administratif, ce dernier renforce l'intensité de son contrôle par la diffusion du contrôle maximum. À l'origine réservé à la seule police des nationaux (CE 19 mai 1933, *Sieur Benjamin*), ce contrôle concerne aujourd'hui aussi la police des étrangers, sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision du 13 août 1993) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 27 octobre 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*). Pris dans cette dynamique de contrôle croissant, le Conseil d'Etat a accepté d'exercer un contrôle maximum (sur le fondement de l'article 8 de la CEDH) à propos d'une mesure d'expulsion en s'attachant à la proportionnalité de la mesure en question (CE Ass. 19 avril 1991, *Belgacem*: «*la mesure d'expulsion prise à son encontre a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public*»), confirmé par CE 19 mars 2003, *M.S.*, et infirmant CE 3 février 1975, *Sieur Pardov*).

Si les juges ordinaires assurent ce faisant un rôle prégnant dans le domaine de la protection des libertés, le juge constitutionnel se targue d'être le gardien desdites libertés.

#### B) La protection par le juge constitutionnel

L'innovation fonctionnelle du Conseil constitutionnel a été consacrée dans la célèbre décision du 16 juillet 1971 et a été confirmée depuis lors (1). Au delà de ces interventions des juges nationaux dans le cadre de leurs spécificités respectives, un cadre commun de «*fondamentalité*» tend à se dégager (2).

##### 1) L'innovation fonctionnelle.

Il s'agit avant tout d'une fonction de protection des droits et libertés fondamentales, protection que s'est accaparée le Conseil constitutionnel depuis la décision du 16 juillet 1971. Le juge constitutionnel s'affirme depuis cette jurisprudence gardien des libertés publiques, des droits fondamentaux (première utilisation de cette formule dans une décision du 22 janvier 1990) alors qu'il n'est que gardien de dispositions constitutionnelles dont certaines garantissent lesdits droits. Par delà-même, il devient le garant de l'ordre juridique, «*le régulateur de l'activité normative du Gouvernement législateur*». Il existe en conséquence depuis 1971 deux juges protecteurs des libertés en France, le juge judiciaire intervenant *in concreto* et le Conseil constitutionnel intervenant

*in abstracto*, sans pour autant que cette double intervention soit concurrentielle ou incompatible. Cette interprétation fonctionnelle inédite du juge de la rue de Montpensier est désormais régulièrement empruntée. Elle traduit le phénomène de «*constitutionnalisation*» du Droit français marqué par la consécration de droits fondamentaux par le juge constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme. Le Professeur Dominique Rousseau résume cette dimension en ces termes: «*Les citoyens figurent comme représentés dans les institutions législative et exécutive et, là est la nouveauté, comme souverains par la juridiction constitutionnelle*». Ce phénomène illustre une sorte de néo *jusnaturalisme* et traduit un passage continu d'une Constitution organisant la séparation des pouvoirs à une Constitution consacrant les droits fondamentaux. Une telle sacralisation de la Constitution s'accompagne d'une sacralisation du juge (constitutionnel) qui serait ainsi le sanctuaire moderne d'où le nouvel oracle annoncerait la parole.

D'une manière générale, le Conseil consacre des droits fondamentaux à partir de la Déclaration des droits de l'homme de 1789: liberté d'aller et venir (décision des 19 et 20 janvier 1981), inviolabilité du domicile (décision du 29 décembre 1983), droit de propriété (décision du 16 janvier 1982), égalité de la loi (décision du 27 décembre 1973), non-rétroactivité des lois pénales (décision du 30 décembre 1982), proportionnalité des délits et des peines (décision des 19 et 20 janvier 1981) ou des mesures répressives (décision du 13 août 1993); à partir du Préambule de la Constitution de 1946: droit de grève (décision du 25 juillet 1979), liberté syndicale (décision du 25 juillet 1989), solidarité nationale (6 mai 1991); à partir des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République: liberté d'association (décision du 16 juillet 1971), droits de la défense (décision du 2 décembre 1976), liberté d'enseignement (décision du 23 décembre 1977), indépendance de la juridiction administrative (décision du 22 juillet 1980), indépendance des professeurs d'université (décision du 20 janvier 1984), autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière (décision du 28 juillet 1989).

Au final, le juge constitutionnel comme les juges ordinaires s'inscrivent dorénavant dans une logique de «*fondamentalité*».

## 2) L'émergence du contrôle de «*fondamentalité*».

Le Professeur Etienne Picard estime à cet égard que ces deux catégories de juges exercent sur les lois, au-delà de la distinction théorique entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, un identique «*contrôle de fondamentalité*». Si les droits conventionnels n'ont pas leur équivalent constitutionnel, en revanche tous les droits constitutionnels relatifs aux droits de l'homme ont leur équivalent conventionnel. De sorte que lorsque le juge administratif vérifie qu'une loi est conforme à une disposition conventionnelle, il la confronte à une norme dont le contenu est identique (ou presque) à celui de la norme constitutionnelle que le juge constitutionnel considère de son côté pour apprécier la validité de la même loi. Et de conclure, que le juge administratif et le juge constitutionnel «*s'adonnent au fond à la même tâche*». Le juge, qu'il soit constitutionnel ou ordinaire, devient un acteur de la loi et un garant des libertés se rapprochant en cela de la conception anglo-saxonne du juge en s'éloignant d'autant de la conception française traditionnelle (autrement dit révolutionnaire) en faisant un protecteur de la loi. Avec la diffusion continue du contrôle de conventionnalité de la loi, le juge ordinaire devient le juge de la loi à l'instar du juge constitutionnel dans le cadre d'un contrôle d'espèce, de compatibilité, *a posteriori*, relatif et contingent, caractéristiques en tout point opposées à celles du contrôle de constitutionnalité. Contrôle de constitutionnalité opéré par le juge constitutionnel et contrôle de conventionnalité opéré par le juge ordinaire (l'un et l'autre encouragé par le juge supranational, notamment la Cour européenne des droits de l'homme) se rejoignent au sein d'un même contrôle de «*fondamentalité*» orienté vers la finalité suprême de protection des droits fondamentaux. Par un processus itératif et symbiotique, l'essence et la substance des contrôles diligentés par ces juges (national comme supranational, ordinaire comme constitutionnel) dégagent un contrôle juridictionnel d'un genre nouveau concourant au respect de l'Etat de droit et transcendant les modèles préétablis.

Au-delà des juges nationaux, les juges supranationaux officient aussi en la matière.

## II) La protection des libertés publiques par les juges supranationaux

La protection des libertés publiques par les juges supranationaux s'est développée à compter de la seconde moitié du vingtième siècle, tout particulièrement s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme (A). Cet enjeu va prochainement devenir une mission de la Cour de justice de l'Union européenne avec l'opposabilité de la Charte européenne des droits fondamentaux (B).

### A) La protection européenne non communautaire

La Cour européenne des droits de l'homme, dont la fonction consiste à assurer le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, développe une jurisprudence de plus en plus contraignante pour les Etats membres. Cette Convention est l'«*instrument constitutionnel*» d'un «*ordre public européen*» caractéristique d'une «*société démocratique*» (CEDH 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*), au point que «*l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres*» elle-même «*doit respecter les droits et principes*» qui y sont inscrits (CEDH 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*). Depuis l'arrêt *König* de la Cour de Strasbourg (28 juin 1978), «*toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé*» met en jeu un Droit de «*caractère civil*» au sens de l'article 6-1 de la Convention. Cette protection croissante concerne notamment les étrangers principalement dans le cadre de l'article 8 (1), voire désormais d'autres articles (2).

#### 1) La protection de l'article 8.

Pour la Cour, la notion de «*vie privée*» consacrée à l'article 8 peut conduire à la consécration d'un droit au regroupement familial lorsque cette option est la seule à pouvoir garantir la sauvegarde de la vie familiale (CEDH 21 décembre 2001, *Sen c/ Turquie*). En tout état de cause, l'administration ne peut se borner à faire valoir l'absence de pertinence des raisons familiales invoquées par la requérante pour refuser l'octroi d'un visa court (CE 20 décembre 2000, *Mme Briouel*). La notion inclue au surplus la protection de la santé (CEDH 9 juin 1998, *Mc Ginley et Egan*), le droit au respect du domicile (CEDH 30 mars 1989, *Chappel*, et CEDH 16 avril 2002, *Sociétés Colas et autres c/ France*). L'existence d'une vie privée et familiale s'apprécie à la date de la mesure d'éloignement (CEDH 29 janvier 1997, *Bouchelkia*) ou à l'époque à laquelle la mesure visée est devenue définitive (CEDH 26 septembre 1997, *El Boujaïd*). D'une manière générale, la Cour interdit toute atteinte disproportionnée au but légitime poursuivi par les autorités nationales (CEDH 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, ou encore CEDH 18 octobre 2006, *U. c/ Pays-Bas*), ce qui a conduit le Conseil d'Etat à relayer cette exigence (par exemple CE 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, et CE Ass. 19 avril 1991, *Belgacem*, et du même juge et du même jour, *Dame Babas*, ainsi que CE 19 mars 2003, *M.S., M.A. et M.B.*, et CE 30 mai 2005, *Préfet Val-de-Marne c/ Diarra*), en tenant notamment compte de l'existence de relations homosexuelles au titre de la vie privée (CE 28 avril 2000, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ M.M.*, et CE 28 juillet 2000, *Préfet de police c/ M.D.O.*). Le Conseil d'Etat fait désormais prévaloir la logique humaniste de l'article 8 sur l'esprit sécuritaire de l'article 5 (CE 20 décembre 2000, *Mme El Abd*). La Cour dégage au demeurant la notion «*d'étrangers intégrés*» (immigrés de la seconde génération) pour lesquels l'ingérence dans la vie privée et familiale doit être examinée avec une rigueur particulière (rapport de la Commission du 15 mai 1996, *Meheni c/ France*), la protection de la vie privée et familiale bénéficiant aux membres d'une minorité ayant un mode de vie traditionnel (CEDH 18 janvier 2001, *Chapman*). Les ressortissants communautaires ne sont, dans cette logique, plus des étrangers au sens de l'article 16 de la Convention et par suite, le droit attribué aux Etats de soumettre les non nationaux à un devoir de réserve politique est frappé de caducité (CEDH 27 avril 1995, *Piermont c/ France*). Si la Cour européenne a, dans un premier temps, rendu des arrêts plutôt favorables aux requérants (par exemple CEDH 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, et CEDH 13 juillet 1995, *Nasri*), elle intègre dorénavant pleinement l'exigence étatique du maintien de l'ordre public et adopte une attitude plus mesurée en matière de respect de la vie

privée tout particulièrement pour les étrangers arrivés tardivement dans le pays d'accueil pour lesquels «*l'ingérence litigieuse n'est pas aussi forte que celle que peut provoquer l'expulsion de requérants nés ou venus en bas âge dans le pays d'accueil*» (CEDH 7 août 1996, *C. c/ Belgique*). La nature et la gravité des infractions commises conditionne la sévérité du juge européen notamment dans les cas de violences sexuelles attentatoires à la dignité de la personne humaine (CEDH 24 avril 1996, *Boughanemi*) et les cas de trafic de stupéfiants (CEDH 19 février 1998, *Dalia c/ France*, CEDH 8 décembre 1998, *Benrachid c/ France*, CEDH 9 mars 1999, *Djaid c/ France*, et CEDH 30 novembre 1999, *Baghli c/ France*). La Cour cherche ainsi de plus en plus à minimiser les liens sociaux de l'étranger avec le pays d'accueil (CEDH 9 mars 1999, *Djaid c/ France*) et opte pour une valorisation du comportement délictuel de ce dernier (CEDH 24 août 1999, *Baghli c/ France*).

## 2) La protection des autres articles.

Par ailleurs, la protection par ricochet assurée par l'article 3 de la Convention aux étrangers a connu un nouvel élargissement de son applicabilité («*Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants*»). La Cour a en effet admis le principe selon lequel ledit article 3 est invocable alors même que les risques de traitements contraires à ladite disposition sont imputables à des personnes privées (CEDH 29 avril 1997, *H.L.R. c/ France*, confirmé par CEDH 10 octobre 2002, *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*). Le Conseil d'Etat a mis en œuvre cette approche en avançant qu'un étranger frappé d'une reconduite à la frontière ne peut être renvoyé vers un pays où il encourt des traitements inhumains (CE 29 décembre 2000, *Préfet de police c/ Sarigul*), à condition d'apporter des justifications à sa requête (CE 15 mars 2000, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Jésus Maria Bidaola Ahega*, précité et CE 30 juin 2000, *Préfet du Jura c/ Toufik Daatcha*). La France elle-même a été condamnée sur le fondement de cet article 3 pour torture (CEDH 28 juillet 1999, *Ahmed Selmouni c/ France*, précité), la Cour estimant que «*Les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances «aiguës» et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel ... De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture*» (elle a au surplus retenu la violation de l'article 6). La Turquie a aussi été condamnée pour torture à plusieurs reprises (CEDH 18 décembre 1996, *Aksoy*, CEDH 25 septembre 1997, *Aydin*, et CEDH 11 juillet 2000, *Dikme c/ Turquie*). Le juge européen estime que la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants à l'égard de toute personne privée de liberté est absolue en ce sens que cette obligation s'impose «*même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé*» (CEDH 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, précité). Cette garantie absolue emporte deux conséquences procédurales. D'une part, une présomption de causalité renversant la charge de la preuve. D'autre part, une présomption de gravité (CEDH 4 décembre 1995, *Ribitsch c/ Autriche*), étant entendu que la notion de torture doit être interprétée «*à la lumière des conditions d'aujourd'hui*» (dans l'arrêt *Selmouni* la Cour fonde son analyse sur la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradants du 3 décembre 1984). Pèse sur l'Etat membre une obligation procédurale consistant à procéder à une enquête approfondie et effective en vue de l'identification et de la punition des responsables de l'acte en cause ainsi qu'une obligation substantielle de ne pas porter atteinte par des mauvais traitements à l'intégrité physique et morale de la personne (CEDH 20 juillet 2000, *Caloc c/ France*). Enfin, la Cour européenne estime que les demandeurs d'asile maintenus en zone internationale de transit subissent une privation de liberté au sens de l'article 5 alinéa 1<sup>er</sup> (CEDH 25 juin 1996, *Amuur c/ France*).

Plus timidement à ce jour, mais le Traité de Lisbonne octroyant une authentique valeur opposable à la Charte des droits fondamentaux va susciter une évolution prochaine, le juge communautaire intervient en matière de libertés.

## B) La protection communautaire

Même si l'Europe communautaire construite à compter de 1957 n'a pas reçu à l'origine de compétences particulières en matière de libertés publiques, cette thématique a néanmoins toujours animé les instances communautaires (1). Elle est en passe de devenir une réalité (2).

1) L'incompétence originelle.

La question s'est posée ces dernières années quant à l'adhésion de l'Europe communautaire à la Convention européenne des droits de l'homme. Par un avis n° 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 28 mars 1996, cette dernière a conclu qu'«*en l'état actuel du Droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme*», ce qui n'a pas empêché le juge communautaire de viser certaines dispositions de la Convention européenne tel l'article 6-1 (CJCE 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*) depuis l'arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975, ce texte devenant un instrument de référence (CJCE 21 septembre 1989, *Hoescht*, CJCE 30 avril 1996, *PIS et Cornwall County Council*, CJCE 22 octobre 2002, *Roquette frères S.A.*, CJCE 10 avril 2003, *Staffensen*, CJCE 29 avril 2004, *Orgfabopoulos*, etc.). L'article F paragraphe 2 du traité de Maastricht (devenu article 6 du traité sur l'Union européenne) précise toutefois que «*L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire*», approche complétée par l'article 2 paragraphe 4 du traité sur l'Union européenne résultant du traité d'Amsterdam.

2) Une fonction arrogée puis authentifiée.

Dans un arrêt *Stauder c/ Ulm* du 12 novembre 1969, cette même Cour avait affirmé que «*le respect des droits de l'homme fait partie intégrante des principes dont elle assure le respect*» et dans un arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 que «*la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes des Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté*». Puis, dans un souci de prolongement de la jurisprudence *Nold* de la Cour de Luxembourg du 14 mai 1974 consacrant une fonction de protection des libertés, l'Union européenne a présenté une Charte des droits fondamentaux de l'Union le 7 décembre 2000 proclamant notamment le respect de la vie privée et familiale (article 33), texte s'appliquant aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité ainsi qu'aux Etats membres agissant dans le cadre du Droit communautaire. Si la valeur de ce texte restait hypothétique jusqu'au Traité de Lisbonne (le Conseil d'Etat a refusé de lui reconnaître une valeur opposable: CE 5 janvier 2005, *Dlle Deprez*), son article 53 dispose toutefois qu'aucune de ses dispositions «*ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus*» par le Droit européen, en incluant la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que les Constitutions des Etats membres.

L'article 6 du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 clarifie la problématique en proclamant clairement que l'Union «*reconnait les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 ... laquelle a la même valeur que les traités*». Ladite Charte demeure toutefois un texte externe s'apparentant dans une dimension formelle à un protocole additionnel.

\* \* \*

La protection des libertés publiques par les juges apparaît dans ces conditions comme une caractéristique majeure de leurs différents offices. Par delà des différences procédurales, tous sont aujourd'hui orientés vers la protection des libertés.

© Copyright ISP