

## Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales : le point de vue du juge

---

Marc Janin \*

Citer cet article : Marc JANIN, « Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales : le point de vue de la pratique », Gweltaz ÉVEILLARD (dir.), *La guerre des juges aura-t-elle lieu ? - Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016. En ligne sur [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu).

---

\*Conseiller à la cour d'appel de Rennes.

La question posée évoque évidemment tout de suite les questions institutionnelles et organisationnelles : il faudrait s'intéresser de plus près au statut, au recrutement, à la formation des juges de l'un et l'autre ordre, aux moyens humains et matériels d'action - on sait la pauvreté de ceux de la justice judiciaire - qu'en est-il de ceux de la justice administrative ? On s'en tiendra cependant aux règles de droit substantiel et processuel.

L'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle selon l'article 66 de la Constitution. Se pose le problème de ce qu'est l'autorité judiciaire : les juges, oui c'est certain – le ministère public ? C'est plus discuté : V. Cour européenne des droits de l'homme, arrêts Medvedyev<sup>1</sup>, Vassis<sup>2</sup> et Moulin<sup>3</sup> : parce qu'il exerce les poursuites, et parce qu'il n'est pas indépendant du pouvoir exécutif, le ministère public français n'est pas "un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires", devant lequel doit être aussitôt traduite toute personne arrêtée, au sens de l'article 5 § 3 de la Convention.

Or rappelons que la loi française confie au procureur de la République le contrôle de la garde à vue ainsi que de la retenue du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et des conditions de rétention des étrangers. Le débat n'est pas clos en France (V. les discours de rentrée 2015 du premier président et du procureur général de la Cour de cassation).

La notion de liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution a été élargie par le Conseil constitutionnel qui y a inclus dans les années 1990, outre la sûreté, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile, le droit de mener une vie familiale normale et la liberté du mariage. Il semble qu'il ait, depuis les années 2000, amorcé un mouvement inverse et recentré l'article 66 sur la sûreté...

Mais les libertés fondamentales sont évidemment beaucoup plus que la liberté individuelle : libertés intellectuelles (d'opinion, d'expression, de culte, de l'enseignement...), libertés d'action collective (association,

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 5ème sect, 10 juillet 2008, Medvedyev et autres c. France.

<sup>2</sup> Cour EDH, 27 juin 2013, Vassis et autres c. France.

<sup>3</sup> Cour EDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France.

réunion, manifestation...), libertés économiques (du commerce et de l'industrie, professionnelle...).

La protection des libertés, au-delà de la liberté individuelle, dont l'assiette est, on l'a vu, évolutive est une mission partagée tant par la justice administrative que par la justice judiciaire.

Pourquoi l'un et l'autre ? On peut en particulier se poser la question suivante :

Pourquoi, dans des contentieux techniquement très proches sur le plan juridique, ayant trait au contrôle des mesures de sûreté : la rétention des étrangers - les soins psychiatriques sans consentement, a-t-on fait choix, pour l'un de la dualité des compétences, pour l'autre de l'unification des contentieux ?

Les raisons sont plus politiques que juridiques :

#### **a) pour la rétention des étrangers**

Un des aspects essentiels et récurrents de la mise en cause de la liberté individuelle réside dans la phase préalable à la décision administrative de placement en rétention : contrôle d'identité, interpellation, garde à vue, retenue de l'article L611-1-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,

Le juge administratif ne peut rien en dire selon le Conseil d'Etat<sup>4</sup> - sauf, dit la Cour de cassation, si l'interpellation n'a lieu qu'aux fins d'exécution d'une mesure d'éloignement car elle est alors une mesure de police administrative<sup>5</sup> - d'où l'intérêt, du point de vue de la politique migratoire, de lui faire valider le placement en rétention et la mesure d'éloignement le plus tôt possible. Ainsi que de retarder le plus possible le contrôle par le juge judiciaire de cette phase préalable d'arrestation et de retenue policière pour pouvoir, entre les deux, éloigner le plus possible.

---

<sup>4</sup> CE 23 février 1990, Sioui.

<sup>5</sup> Cass Civ. 1ère 28 mars 2012.

S'il y avait un contrôle unique, qui serait nécessairement de la compétence du juge judiciaire puisque la liberté individuelle est en cause, celui-ci examinerait en même temps la décision administrative et la régularité de ce qui l'a précédé.

C'est ce qu'avait analysé Matthias FEKL, député chargé de mission en février 2013 sur la sécurisation des parcours des ressortissants étrangers en France : «la loi du 16 juin 2011 qui inversait l'ordre d'intervention des juges judiciaire et administratif était fondée sur des considérations techniques mais aussi et surtout inspirée par la volonté politique de contourner l'intervention des magistrats judiciaires». 26 % des éloignements ne pouvaient intervenir en raison du prononcé d'une mesure de remise en liberté par le juge des libertés et de la détention<sup>6</sup>.

Mais que dire de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>7</sup> qui n'autorise pas la saisine du juge des libertés et de la détention par l'étranger dans les cinq jours du maintien en rétention par le préfet, sans s'intéresser aux articles 5 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (droit à la liberté et à la sûreté - droit au recours effectif) ni à l'article 15.2 de la Directive retour de 2008<sup>8</sup>. Les Etats membres, à défaut de permettre au ressortissant étranger placé en rétention de saisir le juge, doivent prévoir «qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention» - ce qui inclut la procédure en amont du maintien en rétention.

## **b) Pour les soins psychiatriques sans consentement**

L'enjeu politique est tout autre : il y a potentiellement un état dangereux (cf. infirmières de Pau en 2004 ou étudiant de Grenoble en 2008),

---

<sup>6</sup> Rapport « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France » remis au Premier ministre le 14 mai 2013, disponible sur : [www.immigration.interieur.gouv.fr/Info.../Rapports-publics](http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info.../Rapports-publics).

<sup>7</sup> Cass Civ 1ère 5 décembre 2012.

<sup>8</sup> Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier – article 15

problème qu'on ne rencontre pas en général dans le contentieux de la rétention des étrangers.

Qui, des institutions de protection de l'ordre public, doit assumer le risque ? Le juge judiciaire présente cet indéniable avantage (sur le plan politique) d'être à la fois constitutionnellement en charge de la protection de la liberté individuelle (pas le juge administratif : pourquoi ? - mais ce n'est pas la Constitution...) et taxable au même titre d'une totale indépendance (article 64 de la Constitution : Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire - pas de celle du juge administratif, même si l'indépendance de celui-ci est légalement reconnue : pourquoi ?). On peut donc aisément déduire, en cas d'accident, que c'était la tâche du juge judiciaire de mettre un fou dangereux en prison ou de le maintenir à l'hôpital : il ne l'a pas fait et voilà le résultat, il est indépendant, moi, ministre, moi député, moi maire, moi préfet, je n'y peux rien... La vraie question, en réalité, est bien sûr : pourquoi deux ordres juridictionnels ? La réponse est dans l'histoire politique de la France, celle des rapports entre monarchie et Parlements, l'Edit de Saint-Germain de 1641, la loi de 1790 qui interdit aux juges, à peine de forfaiture, de juger en quoi que ce soit l'action de l'administration. Les choses ont évolué depuis avec la juridictionnalisation d'une partie de l'activité du Conseil d'état et la constitution d'une justice administrative.

Mais ce n'est pas le sujet du jour... Le sujet du jour, ce sont les armes du juge judiciaire. Ces armes sont celles du droit substantiel (I), et celles de la procédure et de l'organisation (II).

## **I. — LE DROIT**

Les armes du juge judiciaire, comme celles du juge administratif, sont celles du droit substantiel.

C'est le Tribunal des conflits qui, en définitive, les distribue entre eux. Mais ce n'est visiblement pas si simple. D'un côté, le 17 juin 2013<sup>9</sup>, il

---

<sup>9</sup>TC, 17 juin 2013, C 3911.

restreint, on le verra, le champ de l'intervention judiciaire sur la voie de fait.

De l'autre, le 9 février 2015<sup>10</sup>, il l'étend. Un étranger qui fait l'objet d'une seconde demande de prolongation de sa rétention, soutient que le maintien en rétention administrative ne se justifiait plus, en raison du caractère improbable de la délivrance, à brève échéance, d'un document de voyage par les autorités consulaires du pays dont il était réputé être ressortissant. Le juge des libertés et de la détention décline sa compétence par une ordonnance confirmée en appel, au motif qu'il serait alors conduit à apprécier la légalité de la décision administrative de placement en rétention. Le Tribunal des conflits confirme néanmoins la compétence du juge judiciaire pour se prononcer sur une demande tendant "pour quelque motif que ce soit" à ce qu'il soit mis fin à une rétention administrative, en s'appuyant sur les réserves d'interprétation faites par le Conseil constitutionnel en 2003 et 2011, selon lesquelles il appartient au juge judiciaire de mettre fin à tout moment à la rétention lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient.

### **A. Le droit, c'est notamment le droit de la preuve**

"Idem est non esse aut non probari": ne pas être prouvé, c'est tout simplement ne pas être, selon l'adage romain.

En droit civil, la preuve de l'acte juridique est légale : en principe, preuve écrite - cela concerne notamment et largement le droit de propriété, surtout immobilière. Nombre de droits ne sont pas reconnus, faute de pouvoir les prouver: pas de titre, pas de servitude conventionnelle de passage...

Mais la preuve des faits juridiques est libre, sous réserve de sa conformité à la loi (article 9 du Code de procédure civile). Or les libertés fondamentales tiennent de la loi et du fait de l'homme, peu de la convention - en tous cas interpersonnelle - et relèvent plutôt du régime de la liberté de la preuve. On ne s'intéresse pas, par ex., à la convention

---

<sup>10</sup>TC, 9 février 2015, A 3986.

de gestation pour autrui - puisqu'elle est illégale - mais au lieu de l'accouchement ou à la nationalité de la mère: indienne, ukrainienne... Et s'agissant du port du voile islamique par une salariée, on ne s'intéresse plus vraiment au contrat de travail ou au règlement intérieur, mais plutôt à l'activité de l'entreprise et au public concerné...

En matière pénale, la preuve est libre, et même parfois déloyale voire illicite (testing - enregistrement d'une conversation privée), et pourtant recevable si elle soumise à la discussion contradictoire des parties).

Mais le juge a une grande latitude dans la force qu'il donne à la preuve : un procès-verbal de police vaut comme simple renseignement (sauf constats de contraventions), et est même invité, à la cour d'assises, à suivre son intime conviction sans exigence de motivation personnelle (bulletin anonyme dans l'urne).

Le droit de la preuve civile semble cependant vouloir désormais accepter, dans certaines circonstances, une preuve non conforme à la loi: la Cour de cassation admet, au visa des articles 6 et 8 de la CEDH, la production litigieuse (un courrier obtenu en violation du droit au respect de la vie privée et du secret des correspondances) dans la mesure où elle est indispensable à l'exercice du droit de la partie à la preuve et si elle est proportionnée aux intérêts antinomiques en présence<sup>11</sup>...

Il y a là mise en concurrence de droits fondamentaux : droit au procès équitable et droit au respect de la vie privée, ou au secret professionnel...

## **B. Le droit, c'est de plus en plus, en la matière, le droit européen**

On n'en dira pas davantage ici, le juge administratif a de ce point de vue les mêmes armes. Le juge administratif comme le juge judiciaire sont tenus d'appliquer le droit européen, même si ça chagrine certains.

On relèvera seulement que la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour de justice de l'Union européenne, ne cautionnent pas forcément le dualisme français - la Cedh a même trouvé qu'il pouvait, en

---

<sup>11</sup> Cass Civ 1ère 5 avril 2012.

matière de soins psychiatriques sans consentement, avoir des effets contraires à la Convention<sup>12</sup> : “l’articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes ne permettait pas au requérant d’obtenir une décision d’un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention était illégale, d’où une violation de l’article 5 § 4 de la Convention, faute de droit à un recours effectif”, ce qui a d’ailleurs été l’un des motifs de la réforme de la loi Evin en 2011 unifiant la compétence au profit du juge judiciaire.

## II. — LA PROCÉDURE ET L'ORGANISATION

Les armes du juge judiciaire, ce sont aussi des armes processuelles et organisationnelles : la contradiction bien sûr, mais cela va de soi et il est inutile de développer ce point, qui n’est pas propre à la procédure judiciaire, mais aussi la célérité, l’efficacité, l’oralité.

### A. La célérité

On pense au juge des libertés et de la détention bien sûr: c’est un juge à tout faire en matière pénale et civile, pourvu qu’il s’agisse d’une liberté et qu’il faille aller vite, le plus souvent dans des délais contraints de quelques heures ou quelques jours : détention provisoire - prolongations de garde à vue au-delà de 48 h - certaines perquisitions - rétention ou maintien des étrangers en zone d’attente - contrôle des soins psychiatriques sans consentement...

Le problème est le pendant de cette rapidité d’intervention: le juge est mis en possession d’éléments d’information minimum pour prendre une décision, tenu de statuer dans un temps très court, limitant le débat judiciaire, d’autant que certaines parties peuvent être dispensées de comparution à l’audience: le préfet par ex., en matière de rétention - comment débattre contradictoirement d’un moyen soulevé à l’audience si toutes les parties ne sont pas représentées?

---

<sup>12</sup> Cour EDH, 5ème sect., 18 novembre 2010, Baudoin c. France.

Le problème est aussi, accessoirement, que le juge des libertés et de la détention n'est pas un emploi statutaire - il est affecté par le président du tribunal de grande instance et peut être désaffecté de même...

On pense aussi au juge des référés civils : on peut aller très vite, quelques heures, en référé dit "d'heure à heure" même les jours fériés ou chômés - mais l'audience ne peut plus se tenir au domicile du juge, portes ouvertes, depuis 2012...

Ce qui conduit à parler de la voie de fait :

Suivant une tradition séculaire, le Conseil constitutionnel a jugé<sup>13</sup> que le juge judiciaire a une compétence exclusive pour la protection du droit de propriété immobilière – c'est la théorie de l'emprise irrégulière. Et pour le Tribunal des conflits<sup>14</sup>, la voie de fait donnant compétence au juge judiciaire supposait que l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, ou la décision insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative, aient eu pour effet de porter une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété.

Mais le Tribunal des conflits a pris acte de ce que le référé administratif instauré par la loi du 30 juin 2000 (article L521-2 du Code de la justice administrative) était entré dans les mœurs. C'est la décision *Bergoend/ERDF Anancy* du 17 juin 2013<sup>15</sup>, qui réduit donc considérablement le champ de la voie de fait donnant compétence au juge judiciaire puisqu'il faut désormais que l'exécution ou la décision contestées aient porté atteinte à la liberté individuelle ou abouti à l'extinction d'un droit de propriété.

Le Tribunal des conflits considère ainsi que la célérité est tout autant la qualité du juge administratif et recentre donc le juge judiciaire sur le cœur de sa compétence : la protection de la liberté individuelle et celle du droit de propriété lui-même, et non ses attributs puisque l'empiètement irrégulier n'est plus de sa compétence - planter un poteau électrique chez

---

<sup>13</sup> CC DC n° 89-256 du 25 juillet 1989 TGV Nord.

<sup>14</sup> TC, 23 octobre 2000, n° 03227.

<sup>15</sup> TC, 17 juin 2013, C 3911.

quelqu'un n'éteint pas son droit de propriété – mais qu'est-ce qui éteint le droit de propriété ? La destruction d'un bâtiment, sans doute, mais quant au sol ?

La Cour de cassation vient de se ranger à cette définition par un arrêt du 11 mars 2015<sup>16</sup>.

## **B. L'efficacité**

Pour le juge des libertés et de la détention, créé en 2000 en principe pour réduire le nombre de placements en détention provisoire, on a noté une augmentation des détentions provisoires jusqu'en 2005 - le nombre a baissé par la suite, mais il faut aussi prendre en compte la réduction spectaculaire du nombre d'ouvertures d'informations judiciaires dans la dernière décennie. Quant au contrôle des soins psychiatriques sans consentement, selon une étude récente du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, dans 85% des cas étudiés, la décision de placement en hospitalisation complète est confirmée... ce qui veut dire sans doute qu'elle a été bien prise et était opportune ! Mais il faut noter la décision de la Cour de cassation<sup>17</sup> selon laquelle le défaut d'accomplissement par l'autorité administrative de son obligation d'informer le plus rapidement possible une personne à l'égard de laquelle elle prend une mesure de placement ou de maintien en hospitalisation sans consentement, des motifs de cette décision, de sa situation juridique et de ses droits, est sans influence sur la légalité de la décision, au motif que l'obligation d'information se rapporte non à cette décision mais à l'exécution de la mesure.

La Cour de cassation suit en cela la jurisprudence du Conseil d'état sur la régularité formelle de ces mesures.

Est-ce là, de la part de la Cour de cassation, une affirmation de son rôle de protection des droits fondamentaux ? Imagine-t-on qu'elle dise la même chose s'agissant de la garde à vue ?

---

<sup>16</sup> Cass Civ 3ème, 11 mars 2015.

<sup>17</sup> Cass Civ 1ère, 15 janvier 2015.

### C. L'oralité

L'oralité des débats présente deux aspects intéressant la protection des droits fondamentaux :

D'une part, le caractère non obligatoire du recours à un avocat, en général - ce n'est pas toujours vrai, notamment pour la protection des plus faibles : mineurs devant le juge pénal, patients en soins psychiatriques sans consentement depuis la loi du 27 septembre 2013, ou lorsque l'enjeu est trop important : débat sur le placement en détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention – devant la cour d'assises.

Ce caractère non obligatoire a évidemment l'inconvénient de dispenser de l'assistance de l'avocat. Il a cependant un avantage, du point de vue de la protection des droits : il permet à ceux qui sont un peu au-dessus du plafond de l'aide juridictionnelle de se défendre, comme ils peuvent, mais sans doute mieux que rien...

D'autre part, la comparution personnelle, avec ce qu'elle permet d'appréhension de la situation jugée d'un point de vue humain, relationnel et interactif.

Mais l'oralité n'est pas non plus le propre de la procédure judiciaire.

L'oralité, on l'a vu, c'est aussi l'accès au juge.

Il semblerait que le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance, sont mieux identifiés et localisés en général par le public que le tribunal administratif...

\*\*\*

On a vu que le Conseil constitutionnel a, de la compétence judiciaire exclusive fondée sur l'article 66 de la Constitution, une vision à géométrie variable, que le Tribunal des conflits étend le champ du contrôle du juge judiciaire en matière de rétention, et le restreint en matière de voie de fait, que la Cour de cassation interdit ce contrôle dans la phase de rétention administrative et est un peu frileuse en matière de

soins psychiatriques sans consentement, en se calquant sur le Conseil d'état...

On est dans des zones floues, incertaines - on ne sait pas trop où on en est. Il n'y a pas de monopole de la protection des droits et libertés fondamentales, et c'est tant mieux - ce qui compte, ici, c'est le résultat. Mais y a-t-il complexité excessive, confusion, source d'insécurité juridique ? C'est la question...