

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

Richard Desgorces*

Citer cet article : Richard DESGORCES, « Les armes du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales : le point de vue de la doctrine », 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.

* Professeur de droit privé à l'Université Rennes 1.

1.-En 1958, le constituant a choisi de confier au juge judiciaire la protection de la liberté individuelle. Tel est l'objet de l'article 66 de la Constitution de la V^e République : « 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. » Deux temps entourent ce texte. Avant son entrée en vigueur, les arguments avancés sont favorables à la reconnaissance d'une compétence exclusive du juge judiciaire considéré comme le gardien naturel de la liberté individuelle. Après son entrée en vigueur, pas juste après, plutôt ces dernières années, les commentaires sont, à l'inverse, critiques à l'égard du monopole du juge judiciaire sur la liberté individuelle. Pourquoi lui reconnaître un tel privilège ? Après tout, le juge administratif n'est pas prédateur des libertés publiques ; au contraire, il contribue à les promouvoir. Des plumes prestigieuses l'ont souligné. René Cassin : « Le Conseil [d'État] a joué un rôle de gardien, soit seul, soit en concours avec le pouvoir judiciaire, à l'égard des grands principes formulés en 1789 »¹. Jean Rivéro : la tradition du Conseil d'État « se confond avec la sauvegarde des libertés individuelles »². Pierre-Henri Teitgen : « De l'avis unanime des juristes et des hommes politiques du monde entier, il n'est pas de meilleur système de garantie des libertés individuelles que le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État français »³. Et, s'il faut choisir un exemple en hommage à l'œuvre du juge administratif, pourquoi ne pas retenir l'arrêt *Canal* du 19 octobre 1962 dans lequel le Conseil d'État a annulé une ordonnance du Président de la République prise en application de l'article 16 de la Constitution, ce qui a eu pour effet de rendre caduque une condamnation à mort prononcée par la juridiction créée par le texte annulé⁴.

¹ R. Cassin, « Le Conseil d'État gardien des principes de la Révolution française » : *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* 1951, p. 54.

² J. Rivéro, « Le rôle du Conseil d'État dans la tradition française » : *Le Monde*, 31 octobre 1962.

³ P.-H. Teitgen, *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, La Documentation française, 1960, p. 77.

⁴ CE, 19 octobre 1962, *Canal* : *JCP* 1963, II, 13068, note Ch. Debbasch ; *AJDA* 1962, p. 612, note A de Laubadère.

Je vous propose de reprendre successivement ces deux temps (l'avant et l'après entrée en vigueur de l'article 66) dans deux parties successives. Et, pour rester dans la tonalité guerrière de ce colloque, j'ai intitulé la première partie, qui correspond au temps de l'avant, l'assaut (I), et la seconde partie, qui correspond au temps de l'après, le repli (II).

I. — L'ASSAUT

2.-Le législateur révolutionnaire de 1789 serait probablement surpris, s'il revenait parmi nous, de constater l'importance des tribunaux judiciaires dans la défense de la liberté, lui qui a tout fait pour limiter la puissance des cours de justice à une « bouche qui prononce les paroles de la loi », selon les mots de Montesquieu⁵. En effet, les parlements de l'Ancien Régime s'étaient arrogé le pouvoir d'adresser des remontrances au roi et le droit de refuser l'enregistrement des lois, autrement dit de bloquer leur entrée en vigueur. La magistrature ancienne se comportait en juge constitutionnel, vérifiant la compatibilité des ordonnances royales avec les Lois fondamentales du Royaume⁶. Pendant le siècle des Lumières, écrit le professeur Jean Gaudemet, « les parlements procèdent à une condamnation des abus de l'Ancien Régime et concourent à l'émergence de la notion de droits individuels, opposables à tous, même au roi. »⁷ Au XVII^e siècle, les gardiens de la liberté étaient les juges, ou du moins se prétendaient-ils l'être. La Révolution de 1789 ne conteste pas l'idée de droits individuels. Bien au contraire, la France s'en est faite le chantre : « 1789, l'an I de la liberté », entendait-on dans les ruelles autour de la Bastille. Mais, ce que l'Assemblée nationale a catégoriquement refusé, c'est la médiation du juge dans la sauvegarde des libertés. C'est le rôle du pouvoir législatif, et de lui seul, parce que c'est dans la loi, expression de la volonté générale, que se trouve la garantie essentielle des droits

⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

⁶ J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009.

⁷ B. Basdevant-Gaudemet, J. Gaudemet, *Introduction historique au droit. XIII^e-XX^e siècles*, LGDJ, 2^e éd. 2003, p. 301.

proclamés dans la nuit du 4 août⁸. La loi s'est donc vue attribuer une compétence réservée, dont on trouve d'ailleurs la trace dans l'article 34 de la Constitution de 1958 : « La loi fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Comment, étant donné ce contexte, le juge a-t-il retrouvé la place qu'il occupait auparavant. Sur quel champ de bataille, la magistrature a-t-elle repris sa position de sentinelle de la liberté individuelle ?

3.-La reconquête a d'abord empruntée la route de la propriété privée. Voilà qui nécessite quelques explications ; des explications que je plagie de la thèse de M. Chapus *Responsabilité publique et responsabilité privée* soutenue en 1952⁹. La loi du 8 mars 1810 sur l'expropriation a confié au juge judiciaire la tâche de fixer l'indemnité due par l'administration et de prononcer le transfert de propriété. Car, même si elle est « inviolable et sacrée »¹⁰, la propriété privée peut malgré tout être accaparée de force par l'administration, mais à condition que les particuliers bénéficient, en contrepartie, de garanties, parmi lesquelles une indemnisation équitable. « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité », dispose l'article 545 du Code civil. À la même époque, au début du XIX^e siècle, il a été soutenu, avec succès (la suite l'atteste) que, l'autorité judiciaire étant compétente pour intervenir en cas de dépossession légale des particuliers, l'autorité judiciaire devait l'être aussi, et à plus forte raison, dans l'hypothèse d'une dépossession irrégulière. Puisque les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour sanctionner les atteintes portées par l'administration au droit fondamental qu'est le droit

⁸ Ph. Bretton, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964, préf. Ph. Ardant.- G. Armand, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Th. Caen, 2000.

⁹ R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953, préf. M. Waline, n° 132 et 133.

¹⁰ Art. 17 Déclar. 1789.

de propriété, pourquoi ne le seraient-elles pas également pour les autres droits fondamentaux, à commencer par le plus éminent d'entre eux, la liberté individuelle ? M. Chapus, qui relate dans sa thèse précitée cet argument par analogie, cite en ce sens le *Traité du domaine public* de Jean-Baptiste Proudhon réédité en 1843¹¹. La Cour de cassation va se laisser séduire par cet argument en sa faveur. Elle affirme en 1901 : « si les tribunaux judiciaires sont institués pour être la sauvegarde du droit de propriété, la liberté de la personne et ses accessoires sont bien plus précieux encore »¹². A l'époque, les publicistes se divisent sur le bien-fondé de l'extension de la compétence du juge judiciaire de la sauvegarde de la propriété privée à la protection de la liberté individuelle. Certains approuvent, au premier rang desquels Édouard Laferrière et Théophile Ducrocq. Selon Théophile Ducrocq précisément : « L'autorité judiciaire est, à la fois, la gardienne du droit de propriété et de la sécurité, de la liberté et de l'état des personnes. Il en résulte, poursuit Théophile Ducrocq, que les réclamations en matière de dommages causés aux propriétés et aux personnes sont, en raison de leur nature, dans le contentieux judiciaire. »¹³ Mais d'autres émettent des réserves, notamment Paul Couzinet qui, en 1928, écrit dans sa thèse : « il est vraiment impossible de soutenir [...] avec quelque vraisemblance que les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels des droits individuels en général »¹⁴. En dépit de cette critique, qui n'est pas isolée, M. Chapus fait aussi référence au doyen Hauriou, la jurisprudence va effectivement mettre sur le même plan la propriété privée et la liberté individuelle et en est déduire la compétence du juge judiciaire. Ainsi, le Tribunal des conflits affirme dans l'arrêt *Hilaire* du 18 décembre 1947 : « la sauvegarde de la liberté individuelle et de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire »¹⁵. Ajoutons qu'une arme supplémentaire est venue fortifier l'argumentation. C'est la théorie de la voie de fait. Lorsque l'administration porte gravement atteinte aux

¹¹ R. Chapus, *op. cit.*, n° 132.

¹² Cass. civ., 12 février 1901, cité par R. Chapus, *op. cit.*, n° 132, *in fine*.

¹³ Cité par R. Chapus, *op. cit.*, n° 133.

¹⁴ Cité par R. Chapus, *op. cit.*, n° 133.

¹⁵ *JCP* 1948, n° 4087, note G. Vedel ; *D.* 1948, jur. p. 62, note M. Fréjaville.

propriétés privées et aux libertés, les particuliers disposent normalement d'un recours en annulation et en indemnité devant le juge administratif. Mais, au-delà d'un certain degré dans l'irrégularité, la puissance publique s'est tellement écartée de l'accomplissement de sa fonction, que l'agissement en cause perd son caractère administratif, il est disqualifié, et c'est au juge judiciaire qu'il appartient, en conséquence, d'assurer la protection de la victime¹⁶.

4.-Jusqu'à présent, le principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés fondamentales était enraciné dans la jurisprudence. En 1958, il s'épanouit dans la Constitution de la V^e République à l'article 66, alinéa 2, précité¹⁷. Ce texte avait été suggéré par Marcel Waline. Et l'on sait l'attachement de ce grand juriste aux droits de l'homme, et son courage pendant le régime de Vichy¹⁸. L'objectif des constituants fut d'introduire dans la nouvelle loi fondamentale française le principe de l'*Habeas Corpus*, si ce n'est la lettre, au moins l'esprit. Ajout important, quoique délicat en 1958 étant donné les « événements » d'Algérie, comme on disait à l'époque. Michel Debré, dont on sait l'influence sur la rédaction du texte constitutionnel, reprit à son compte cette proposition devant le Conseil d'État le 27 août 1958, estimant qu'elle donnerait à la France une plus grande légitimité libérale¹⁹.

¹⁶ J. Rivéro, *Droit administratif*, 1960, réédition Dalloz, 2011, préf. J. Waline, n° 160.

¹⁷ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd. 2008, n° 1077 : « Le principe a d'abord été consacré par la jurisprudence. / On l'a vu ensuite apparaître, en ce qui concerne la liberté, dans la Constitution dont l'article 66... ».

¹⁸ M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2011, préf. F. Mélin-Soucramanien.

¹⁹ F. Hourquebie, « Article 66 » : F. Luchaire, et *alii*, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, 3^e éd. 2008, p. 1553 et 1554.

Le juge judiciaire a gagné une manche avec l'adoption de la Constitution. Mais, les stratèges militaires savent bien qu'il faut plus qu'une bataille pour gagner une guerre, que les vents peuvent changer et la retraite sonner.

II. — LE REPLI

5.-Existe-t-il, pour commencer, des indices laissant penser que le juge judiciaire « tremblote » sur son piédestal ? J'en vois deux. Premier indice. En droit positif, le législateur ne se tourne pas spontanément vers le juge judiciaire pour défendre les libertés, mais vers des autorités administratives indépendantes, ou réputées telles, comme le Défenseur des droits ou la CNIL. Second indice. On le trouve dans un arrêt récent rendu par le Tribunal des conflits le 17 juin 2013, *Bergoend*, à propos de l'implantation sans titre d'un poteau électrique dans une propriété privée²⁰. Le Tribunal des conflits a redéfini les contours de la voie de fait dans un sens plus strict et a, du coup, restreint la compétence du juge judiciaire. Avant cet arrêt de 2013, il y avait voie de fait lorsque l'administration portait une atteinte grave à la propriété privée²¹. Depuis, pour qu'il y ait voie de fait, l'atteinte au droit de propriété doit être tellement grave qu'elle entraîne l'extinction de ce droit²². La Cour de cassation a été réactive et en a tiré toutes les conséquences dans un arrêt de la première chambre civile du 13 mai 2014. En l'espèce, une commune avait réalisé des travaux d'aménagement l'ayant conduit à supprimer les signes distinctifs de la frontière entre une terrasse privative et le domaine public. La voie de fait est déniée dans la mesure où ces agissements n'avaient pas abouti à l'extinction du droit de propriété de

²⁰ T. confl., 17 juin 2013, n° 3911 : *JCP* 2013, 1057, note S. Biagini Girard ; *AJDA* 2013, p. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau. Cette décision remet en cause T. confl., 8 avril 1935, *Action française* : *GAJA*, n° 47.

²¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd. 2008, n° 1087 et s.

²² X. Domino et A. Bretonneau, chron. préc.

l'intéressé²³. Le juge judiciaire n'était donc pas compétent ; le litige relevait de son homologue administratif. Retenons l'indice, en restant conscient de ses limites et de ses potentialités. De ses limites : l'indice concerne la compétence du juge judiciaire en matière de propriété privée, pas celle du juge judiciaire en matière de liberté individuelle. De ses potentialités : car, comme on l'a vu précédemment, la propriété privée a partie liée avec la liberté individuelle. Dès lors, si l'étendue de la compétence du juge judiciaire en matière de propriété privée se retrouve limitée au profit du juge administratif, pourquoi le domaine de compétence du juge judiciaire en matière de liberté individuelle ne le serait-il pas également ?

6.-Un argument sérieux, nous semble-t-il, va dans ce sens. Il est tiré de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce texte impose aux États membres de garantir un procès équitable, ce qui implique le droit d'accès à un tribunal, la possibilité d'exercer des voies de recours, l'indépendance et l'impartialité du juge, la célérité de la procédure ou encore le droit à l'exécution de la décision de justice²⁴. Le respect de ces principes est essentiel, en général, et en particulier lorsque l'instance est susceptible de porter atteinte à la liberté. Si la défense de la propriété privée et de la liberté individuelle fut confiée aux juges judiciaires, c'est justement parce que ceux-ci offraient des garanties institutionnelles d'indépendance et d'impartialité²⁵. Or, même si les conseillers d'État sont des fonctionnaires et non des magistrats²⁶, point sur lequel il y aurait à redire, la procédure devant le juge administratif satisfait au modèle européen du procès équitable. Par exemple, à propos

²³ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014, n° 12-28.248 : *JCP* 2014, doct. 1129, chron. H. Périnet-Marquet.- *Adde* : Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 2014, n° 13-27.484 et Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2015, n° 13-24.133 : *JCP* 2015, doct. 546, n° 3, note H. Périnet-Marquet ; *D.* 2015, p. 1863, note N. Reboul-Maupin.

²⁴ S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 8^e éd. 2014.

²⁵ Ph. Bretton, *op. cit.*, p. 197 et s.

²⁶ F. Kernaleguen, *Institutions judiciaires*, Litec, 5^e éd. 2012, n° 379.

du droit d'accès à un tribunal, en 1995, dans deux arrêts, *Marie* et *Hardouin* rendus le 17 janvier, la Haute juridiction administrative a admis que les sanctions prononcées contre les détenus et les militaires ne sont pas de simples mesures d'ordre intérieur, mais qu'elles font grief et qu'elles sont, en conséquence, susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant un juge²⁷. Dès lors que les juridictions administratives s'inscrivent dans les canons du procès équitable, comme dans ces deux décisions, on ne voit pas ce qui les empêcherait de statuer sur des questions de liberté individuelle.

7.-Et c'est d'ailleurs le chemin parcouru. En effet, premièrement, la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 créant le référé-liberté²⁸ (article L. 521-2 CJA) marque indéniablement la confiance du législateur dans la capacité du juge administratif à défendre les libertés, y compris lorsqu'il y a urgence. Deuxièmement, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1989²⁹ a centré la notion de liberté individuelle sur ce qui constitue son essence, c'est-à-dire les emprisonnements illicites et la sûreté³⁰. Comme cela a été souligné, l'article 66, alinéa 2, « ne doit (...) pas être entendue de manière générale mais lue comme le complément de l'alinéa premier qui prohibe les détentions arbitraires »³¹. Ainsi comprise, la compétence du juge judiciaire se limite concrètement à la régularité des mesures de rétention des individus contre leur gré, qu'il s'agisse du placement des étrangers en centre de rétention, de l'internement en hôpital psychiatrique³² ou de la contestation des

²⁷ CE, 17 janvier 1995, *Marie*, req. n° 97-754 et CE, 17 janvier 1995, *Hardouin*, req. n° 107-766 : *Petites affiches* 28 avril 1995, p. 11, note G. Vlachos.

²⁸ O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Fondation Varenne, 2007, préf. B. Stirn.

²⁹ Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261 DC : *D.* 1990, jur. p. 161, note X. Prétot ; *AJDA* 1989, p. 619, note J. Chevallier.

³⁰ P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, Montchrestien, 9^e éd. 2014, n° 778.

³¹ P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 477.

³² Art. L. 3216-1 CSP.

détentions et des arrestations arbitraires (art. 136 CPP). Mais, par exemple, un contrôle d'identité sur la voie publique est du ressort du juge administratif, car c'est la liberté personnelle qui est invoquée, pas la liberté individuelle, faute de détention³³.

8.-Le juge judiciaire n'a pas de raison de se vexer si son rayonnement pour la défense de la liberté est réduit à la liberté individuelle, strictement entendue. Il s'agit simplement d'un rééquilibrage avec le juge administratif qui, parce qu'il applique les principes du procès équitable, a une égale vocation à garantir les libertés fondamentales. Reste une interrogation : est-il bien opportun de diviser les recours en cas d'atteinte aux libertés entre les tribunaux judiciaires et administratifs ? La Justice, avec une majuscule, ne doit-elle pas être « rendue de façon indivisible au nom de l'État », selon un libellé tiré d'un arrêt du Conseil d'État³⁴ ? En outre, deux juges compétents pour une liberté, c'est une source de complexité peut-être incompatible avec le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6-1 de la Convention EDH ? C'est aussi une source d'insécurité juridique. Par exemple, le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les actions en réparation des atteintes à la liberté individuelle commises par l'administration, mais il n'est pas compétent pour statuer sur la légalité de la décision administrative constitutive de l'atteinte. En conséquence, dans un tel cas de figure, avant de condamner l'administration, le juge judiciaire doit poser une question préjudicielle au juge administratif³⁵. Encore une fois, est-ce compatible avec le droit d'être jugé dans un délai raisonnable inscrit dans l'article 6-1 de la Convention EDH ? Un seul juge pour une même liberté serait préférable, mais cela impliquerait de mettre fin au dualisme juridictionnel du droit français. N'insistons pas, la cause est perdue, a dit M. Truchet,

³³ X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 2014, préf. J.-P. Costa, n° 644.

³⁴ CE, 27 février 2004, *Mme Popin* : *AJDA* 2004, p. 672, concl. R. Schwartz, p. 653, chron. F. Donnat et D. Casas.

³⁵ P.-L. Frier, J. Petit, *op. cit.*, n° 790.

avec regrets³⁶. Et puis, c'est une autre guerre. Nous sommes réunis aujourd'hui pour envisager une pacification des rapports du juge judiciaire et du juge administratif en matière de libertés, non pour ouvrir de nouvelles hostilités. Une autre fois...

³⁶ D. Truchet, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel » : *AJDA* 2005, p. 1767.