

## LE JUGE ET LES LIBERTÉS

DANS LES DÉMOCRATIES DÉJÀ ANCIENNES, comme les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, il semble naturel que le juge soit un défenseur des libertés. On ne s'interroge en général que sur l'efficacité de son rôle, sans trop s'interroger sur les justifications de celui-ci. Pourtant, il n'est nullement évident que le juge, dont la fonction sociale est quasi éternelle et quasi universelle, doive se mêler des libertés, ni qu'il soit bien armé pour le faire. Les concepts familiers d'État de droit, de séparation des pouvoirs, de contrôle juridictionnel de l'administration camouflent des interrogations fondamentales : le juge est-il habilité à défendre les libertés ? Ne risque-t-il pas parfois de leur porter atteinte ? La société libérale ne recourt-elle pas à lui faute de mieux ? On va essayer de répondre à ses questions, ou au moins de les poser au lecteur de façon ingénue.

75

Historiquement, le juge précède de loin les libertés. Il existait des juges dans des sociétés patriarcales, autoritaires, absolutistes, bien avant l'avènement des libertés, qui s'identifie à l'évolution de l'Angleterre, à la Constitution des États-Unis, à la Révolution française, les libertés n'ayant essaimé dans le reste du monde que beaucoup plus tard, quelquefois à des époques très récentes. Encore maintenant, des États qui n'ont rien de libéral ont, au moins formellement, une justice, certes dépendante de l'exécutif, mais en théorie séparée et distincte de lui. Il n'y a donc pas d'équivalence entre l'existence du juge et le règne des libertés. Politiquement, on peut concevoir des juges dont le souci n'est nullement de défendre des libertés, mais plutôt d'assurer le renforce-

ment de l'autorité publique, comme sous Staline ou Hitler, ou simplement de défendre la Cité, comme les « gardiens » dans la *République* de Platon. Techniquement, le juge est chargé par la société (nationale, parfois internationale) de trancher des différends, de régler des litiges, mais la grande majorité de ces procès n'ont pas pour enjeu la (ou les) liberté(s) : querelles de voisinage, affaires familiales, exécution des contrats, engagement de la responsabilité quasi délictuelle, problèmes disciplinaires, conflits frontaliers... la liste serait longue des matières dont les plaideurs saisissent les juridictions et d'où les libertés sont totalement ou largement absentes.

76 Par ailleurs, il est exact que certains régimes ont conféré aux juges des attributions spécifiques en matière de défense des libertés. La loi d'Habeas Corpus, en 1679 en Angleterre, a par exemple obligé tout geôlier à présenter à un juge, dans les trois jours, tout individu arrêté, afin que les raisons de la détention soient discutées et que, le cas échéant, le juge ordonne la mise en liberté du prisonnier. De même, les États-Unis ont très largement appliqué la théorie des pouvoirs de Montesquieu et ont fait du pouvoir judiciaire, strictement indépendant de l'exécutif et du législatif, un garant des libertés, au besoin contre ces deux autres pouvoirs, par le biais du contrôle, par voie d'exception (ouverte à tout justiciable), de la constitutionnalité des lois ; et on sait combien Tocqueville a insisté, dans *De la démocratie en Amérique*, sur le pouvoir politique ainsi conféré à l'institution judiciaire par le système constitutionnel américain. De même encore, la Constitution de 1958, par son article 66, fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle : elle se rattache ainsi à la tradition révolutionnaire qui, implicitement dans la Déclaration de 1789, explicitement dans la Constitution de 1791, associe séparation des pouvoirs et indépendance des juges, et conjugue ces deux éléments dans la défense de la liberté contre les risques d'arbitraire.

Mais, de ces exemples historiques fameux, il ne faudrait pas déduire avec trop de certitude que les progrès de l'État de droit se confondent, de façon linéaire et irréversible, avec l'attribution aux juges de la tâche de défendre les libertés. Si on reprend le cas de la France, c'est bien vite que la Révolution s'est méfiée des juges. La célèbre loi des 16 et 24 août 1790 (après celles du 22 décembre 1789 et de janvier 1790 sur les administrations de district et de département) leur interdit de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » – donc de contrôler l'administration, donc de censurer les agissements antilibéraux de celle-ci. La création, dès le 17 août 1792, du Tribunal

révolutionnaire est celle d'une juridiction censée châtier les « ennemis de la liberté », mais, en réalité, jugeant de façon sommaire et partielle et aboutissant à un sinistre simulacre de justice. Le procès fait à Louis XVI a été instruit et jugé par la Convention elle-même, c'est-à-dire a été en l'espèce abandonné au profit d'une confusion des pouvoirs, comme si le législatif retirait au judiciaire le droit de juger l'ancien chef de l'exécutif. A de nombreuses époques (généralement troublées, mais l'excuse n'est pas suffisante), la France a connu en outre des juridictions d'exception, par exemple sous le régime de Vichy, ou pendant et peu après la guerre d'Algérie (la Cour de sûreté de l'État, créée le 15 janvier 1963, n'a été supprimée que le 14 août 1981) ; or ces juridictions, loin de défendre les libertés, ont poussé la sauvegarde à tout prix de l'ordre public suffisamment loin pour pouvoir être qualifiées, par leur procédure comme par les règles de fond, de liberticides.

77

Mais encore il arrive, même dans l'État le plus libéral, que certaines juridictions soient par nature chargées de porter atteinte aux libertés. Quand une personne est placée en détention provisoire ou condamnée à une peine d'emprisonnement, c'est un juge qui la prive de sa liberté. Certes, un État de droit entoure ces mesures de garanties procédurales qui s'efforcent de limiter au maximum les risques d'arbitraire ou d'erreur ; la sûreté, l'une des libertés les plus fondamentales aux yeux des auteurs de la Déclaration, est assurément mieux protégée ainsi qu'au temps des lettres de cachet ou que lorsque le duc d'Enghien fut arrêté et exécuté (assassiné, a-t-on pu dire). Il n'en reste pas moins que le juge pénal constitue structurellement une menace pour les libertés (au nom, il est vrai, d'impératifs légitimes de défense de la société et de répression des crimes et délits, et on connaît le mot célèbre de Clemenceau qualifiant pour cela le juge d'instruction d'« homme le plus puissant de France »...).

Enfin, lorsque le juge – judiciaire, administratif, depuis 1958 constitutionnel – est légitimement chargé de défendre les libertés contre les empiètements des particuliers, des groupes, de l'exécutif, du législateur même, on pourrait s'imaginer que son rôle est réduit, puisqu'il est en principe tenu d'interpréter et d'appliquer les textes (la loi, les actes administratifs, les traités, la Constitution), et de se borner à cela. Le rôle créateur du juge est théoriquement fort limité. Jusqu'en 1958, les juridictions judiciaires ou administratives se trouvaient normalement démunies contre une loi liberticide. Depuis la V<sup>e</sup> République, le Conseil constitutionnel peut censurer une telle loi, à condition encore qu'elle lui soit déférée (selon une saisine limitée et dans un laps de temps bref), et

il ne peut en tout cas rien à l'encontre du pouvoir constituant, soit que celui-ci agisse *ab initio*, soit qu'il intervienne après une décision de censure du Conseil constitutionnel à laquelle il entendrait faire échec.

Ainsi, le juge n'est pas de façon naturelle et permanente un défenseur des libertés, et quand, grâce à des circonstances historiques et politiques favorables, il est investi de ce rôle, son pouvoir est apparemment restreint.

Pourtant, classiquement, dans un État de droit, son intervention est considérée comme une garantie importante, au point que des mécanismes sophistiqués sont inventés pour reculer les limites de son action et pour renforcer son effectivité et son efficacité. Mais pourquoi cette confiance faite au juge par les pays épris de liberté ? Le juge a-t-il dans sa main les atouts qui justifient cette sorte de délégation, au moins partielle, que lui consent la société ? Cela n'est pas certain...

78

Si on cherche les fondements historiques de la mission du juge en matière de libertés, on les retrouve généralement dans l'œuvre de Montesquieu, qui était d'ailleurs, on le sait, président à mortier au parlement de Bordeaux, c'est-à-dire un haut magistrat !

Comme on le sait aussi, Montesquieu, en réalité, ne préconisait pas une séparation des pouvoirs rigide et systématique ; il se bornait à remarquer, dans le cas de l'Angleterre, que l'autorité des juges et de la *common law* favorisait la liberté des sujets du roi, au même titre que l'autonomie acquise par rapport à celui-ci par le Parlement dans ses deux chambres. Plus généralement, c'est-à-dire sur un plan universel, il était favorable à tout système de contre-pouvoirs, de ce que les Américains appellent les *checks and balances*, l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant pouvant être l'un de ces contre-pouvoirs propres à limiter les abus du pouvoir et à freiner sa tendance naturelle à l'absolutisme. D'ailleurs, plus que de pouvoir judiciaire, l'auteur de *L'Esprit des lois* parle de fonction judiciaire, qu'il définit comme « puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil » : ce n'est qu'indirectement que cette analyse va fonder, aux débuts de la Révolution, le courant attaché à la défense des libertés par le juge et, dans ce but, à l'indépendance du juge par rapport au roi et au législatif ; sous l'influence de Barnave, notamment, la Constituante décide à une faible majorité, au printemps de 1790, que les juges seront élus directement par le peuple et que le roi ne pourra opposer son veto à cette décision. La Constitution de 1791,

enfin, reprendra le principe de l'élection des juges, ainsi que de la gratuité de leurs fonctions, comble de l'indépendance vis-à-vis de l'argent ! Mais en même temps les révolutionnaires, marqués par le souvenir des parlements d'Ancien Régime, de leur pouvoir excessif et de leur opposition aux réformes au nom de la défense des privilèges de classe, vont strictement restreindre le rôle du juge à celui d'appliquer la loi ; Condorcet, par exemple, développera une théorie « syllogistique » du jugement fondée sur la prééminence de la loi, donc du législateur.

Le système de l'élection des juges, en France, n'a guère duré et, dans le monde, il est peu pratiqué ; quand il l'est, comme aux États-Unis, il présente au moins autant d'inconvénients que d'avantages, si bien qu'on en limite l'extension en réservant les postes dans les cours supérieures à des magistrats nommés, dont le recrutement est professionnalisé. Mais le fait qu'on ait songé et qu'on continue parfois à procéder à l'élection des juges est très intéressant, car il montre qu'on a cherché ou qu'on cherche à trouver aux juges une légitimité démocratique. C'est bien là le cœur du problème : dès lors que la société confie au juge une fonction sociale éminente, à plus forte raison la mission de défendre les libertés des citoyens contre les empiétements d'autrui ou de la puissance publique, ne faut-il pas que celui-là soit légitime, que ses attributions soient incontestables et reconnues comme telles ? La fiction suivant laquelle les décisions juridictionnelles sont rendues « au nom du peuple français » est certainement indispensable à la crédibilité de la justice et à l'efficacité de ses jugements. Mais elle est fiction et non réalité si le peuple français est étranger aux choix de ses juges et ne peut guère, même par l'intermédiaire de ses représentants (gouvernement et Parlement), sanctionner leur responsabilité. Il y a donc une contradiction fondamentale dans le statut des juges. D'un côté, il faut absolument qu'ils soient indépendants, car cette indépendance est une garantie essentielle pour la défense des libertés. De l'autre, cette indépendance même, par exemple le fait que les juges ne soient jugés disciplinairement que par leurs pairs (ou même soient irresponsables, comme les membres du Conseil constitutionnel), est antinomique avec la légitimité dont ils doivent être porteurs pour être dignes des hautes tâches qui sont les leurs, notamment sur le plan des libertés.

Pendant longtemps, cette irresponsabilité quasi absolue du juge, cette absence de tout contrôle démocratique tant dans son mode de recrutement que dans l'exercice de ses fonctions, a été tempérée par le règne de la loi. Celle-ci, dans la hiérarchie des normes, n'était pas placée au sommet, mais nul n'était chargé ou ne s'était arrogé le droit d'écarter une

loi contraire à une norme supérieure. Certes, ce règne de la loi conférerait au législateur (c'est-à-dire, en réalité, à la majorité) un pouvoir redoutable et sans limites, puisqu'il pouvait impunément prendre des libertés avec les libertés, voire les réduire ou les violer ; Sieyès avait bien vu ce danger, d'où son idée de « jurie constitutionnaire », mais on ne l'avait pas suivi. Cependant l'omnipotence de la loi était, au moins en théorie, à son tour contrebalancée par le pouvoir du peuple souverain, apte à sanctionner par son vote aux élections une majorité liberticide, et à la remplacer par une autre, présumée l'être moins.

80 Quoi qu'il en soit, ces temps sont révolus. Les juges, en France, ont depuis vingt ou quarante ans le pouvoir de contrôler, directement ou indirectement, la loi. Le Conseil constitutionnel, dont le mode de recrutement est discrétionnaire, et l'indépendance des membres absolue, peut non seulement faire disparaître une loi votée qu'il juge inconstitutionnelle, mais encore le faire par rapport à un « bloc de constitutionnalité » large et dont il définit lui-même les contours ; et il s'est conféré le droit de déclarer des dispositions législatives constitutionnelles « sous de strictes réserves d'interprétation ». Comme, en vertu de l'article 62 de la Constitution, ses décisions sont souveraines et s'imposent à toute autorité, le juge, judiciaire ou administratif, est lui-même lié par les interprétations des « neuf sages ». Par ailleurs, implicitement invités par ceux-ci, en 1975, à contrôler la compatibilité des lois avec les engagements internationaux de la France (même ceux antérieurs à ces lois), les juges judiciaires, dès cette date, et les juges administratifs depuis 1989, ont déféré à cette invitation et exercent couramment ce contrôle. Concrètement, le contrôle de constitutionnalité ou de « conventionnalité » des lois est particulièrement important en matière de libertés, puisque le « bloc de constitutionnalité » comprend en particulier la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946, c'est-à-dire des catalogues de droits et de libertés ; quant aux conventions internationales, toutes n'interviennent pas, tant s'en faut, dans le domaine des libertés : mais la tendance de la communauté internationale est à l'internationalisation des droits de l'homme, de sorte que nombre de traités multilatéraux viennent limiter la sphère d'autonomie de la loi nationale (il suffit de citer, à titre d'exemples évidents, les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, et surtout, bien sûr, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

Il n'y a d'ailleurs pas que le seul juge français qui juge la loi française : la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice

des communautés européennes sont devenues des censeurs vigilants et actifs, qui n'hésitent pas à condamner la France (comme ses partenaires) si elle méconnaît ses engagements internationaux, et le paravent législatif est insuffisant à la disculper puisqu'il ne saurait prévaloir sur le droit européen ou communautaire.

Le règne de la loi n'étant plus que relatif et limité, le juge intervient donc en matière de libertés, le cas échéant contre la loi. Le schéma classique suivant lequel la Cour de cassation et le Conseil d'État défendaient certes les libertés, conformément au système complexe et subtil de la compétence respective de chaque ordre de juridiction, mais s'inclinaient devant le législateur, quoi qu'il fût, ce schéma est donc révolu. Le nouveau régime d'application des normes par le juge confère à celui-ci une liberté qu'il n'avait pas, et que les révolutionnaires n'auraient pas même soupçonnée. Il est vrai que le rêve de Condorcet de voir le juge se borner à une application mécanique de la loi (ce qui d'ailleurs, pour lui, n'était pas grave pour la liberté, car il croyait, ou se forçait à croire, que la loi irait toujours dans le sens de la liberté), ce rêve depuis longtemps ne correspondait plus à la réalité. Le juge, en France, s'est inventé sans tarder un rôle créateur, avec la justification souvent exacte que le droit écrit était incomplet ou lacunaire. La Cour de cassation, à partir de quelques articles brefs et très généraux du Code civil, a par exemple édifié aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles toute la théorie de la responsabilité civile. Le Conseil d'État, non content d'avoir bâti largement sans textes une grande part du droit administratif, a protégé les libertés contre l'administration en imaginant, à partir des années 1940, la théorie des principes généraux du droit, qui lui a permis en particulier d'interpréter des actes administratifs antilibéraux, sinon *contra legem*, du moins *praeter legem*. Quant au Conseil constitutionnel, s'inspirant sans doute de cet exemple, il a, depuis 1971, donné à l'expression de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », contenue dans le préambule de 1946, une signification hardie : il n'hésite pas à censurer les dispositions législatives qui sont contraires non seulement à une norme écrite, mais encore aux principes dont il déclare lui-même qu'ils ont valeur constitutionnelle. Seul le pouvoir constituant peut s'imposer à ses décisions et, même s'il y a déjà un précédent célèbre, il n'est pas si facile de recourir à la révision constitutionnelle pour surmonter une jurisprudence du Conseil.

Ainsi, le juge non élu, pratiquement irresponsable, se trouve être le gardien de nos libertés, sans autre censeur que lui-même, au moins pour les cours souveraines que sont le Conseil constitutionnel, le

Conseil d'État, la Cour de cassation et les cours de Strasbourg et de Luxembourg. Leur légitimité réside donc entièrement dans leur sagesse et, après tout, il faut bien qu'il n'y ait personne pour « garder » les gardiens au sens platonicien, sinon on aboutirait à des systèmes politico-juridiques infinis jusqu'à l'absurde. Cette sagesse est en effet difficilement discutable. Les modes de recrutement et de promotion des juges, en France comme dans la plupart des démocraties, s'efforcent par des mécanismes plus ou moins complexes de privilégier le choix de juges, certes faillibles, mais honnêtes, compétents et pondérés. Bien entendu, de par leurs fonctions, les juges, même s'ils font preuve de telles qualités, ont par surcroît besoin de reconnaissance et de prestige social. Ils n'en jouissent pas toujours et pas nécessairement. Si les « hauts juges » sont largement respectés, en Angleterre, aux États-Unis, en Allemagne, en France également, il n'en va pas toujours de même pour les juges ordinaires ou pour les « petits juges », sauf lorsque, comme ce fut le cas en Italie ou en France, la déliquescence du monde politico-administratif ou politico-économique, gangrené par la corruption, donna aux substituts, juges d'instruction et autres *pretori d'assalto* un espace de liberté dans lequel, s'appuyant sur les médias, ils réussirent à s'engouffrer. Le problème est que le juge chargé de la liberté au quotidien n'est pas un membre de la Cour suprême, un lord judiciaire, un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation ou un conseiller maître à la Cour des comptes. C'est un juge de terrain, souvent dépourvu de moyens suffisants, confronté à des problèmes prosaïques de secrétariat, de crédits, de dactylographie, de notification des jugements, de rapports avec la police et avec le milieu dans lequel il vit au plan local. Que ce « petit juge » soit appelé à protéger les libertés, et le contraste entre sa mission et ses moyens d'action prendra un relief cruel, qu'une société matérialiste, attachée aux signes extérieurs de richesse et de pouvoir, ne manquera pas de souligner de façon sarcastique. Faut-il rappeler que, dans un pays comme la France, malgré les efforts entrepris par des gouvernements et des Parlements de toutes tendances, les crédits alloués à la Chancellerie ne dépassent guère 1 % du budget de l'État ? Une justice pauvre, donc lente et peu appréciée par l'opinion, ne peut guère défendre les libertés efficacement, si sage soit-elle.

Inversement, des juges « sages », mais respectés voire enviés, tels les hauts magistrats des juridictions suprêmes des pays les plus riches, sont mieux placés pour protéger avec succès les droits de l'homme, quand ils ont à le faire. Mais ils sont soumis à une tentation à laquelle il leur est difficile de résister, celle de l'extension indéfinie de leurs compétences



et de leurs pouvoirs. Pour paraphraser à nouveau Montesquieu, décidément « incontournable », « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » ; *ergo*, toute juridiction qui a du pouvoir est portée à en abuser, en tout cas d'étendre, plus ou moins consciemment, ses attributions et les limites de son contrôle. Avec les meilleures intentions du monde, certes, et en particulier avec un souci sincère de garantir les libertés, et d'en protéger les titulaires ; toujours est-il que, de l'arrêt de la Cour suprême « *Marbury v. Madison* » à la décision du Conseil constitutionnel sur la liberté d'association, de l'arrêt du Conseil d'État « *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte* » à celui de la Cour de Luxembourg « *Costa c. ENEL* », nombreux sont les exemples de juridictions souveraines qui ont interprété largement leur compétence ou l'arsenal juridique dans lequel elles pouvaient trouver des armes. Assurément, mieux vaut une telle conception de ses responsabilités de juge qu'une timidité excessive, pouvant confiner au déni de justice. Mais puisque les juridictions souveraines n'ont plus guère de bornes normatives à leur libre arbitre, leur sagesse demeure leur seul garde-fou : qu'elle vienne à se muer en *hybris*, et nul ne pourra plus assurer que les libertés sont protégées par le juge, qui pourrait devenir impunément anarchiste ou liberticide.

83

A ce stade, on pourrait conclure que le juge est devenu par hasard un gardien des libertés, qu'il n'a guère de légitimité à invoquer pour tenir ce rôle, et qu'il n'est même pas idéalement placé pour le faire. A supposer qu'il bénéficie du prestige social nécessaire, qu'il ait la science juridique indispensable et qu'on le dote de moyens matériels suffisants, toutes conditions difficiles à remplir simultanément, alors il risque d'hypertrophier sa fonction, et rien ne dit que l'arbitraire du juge soit moins périlleux que celui du législateur ou des bureaux.

Et pourtant, nombre de sociétés font confiance à cette institution éminemment imparfaite pour garantir ce qui fait, au plus haut degré, partie des valeurs auxquelles elles souscrivent. Cela devrait nous surprendre.

Laissons de côté, par manque de savoir, les explications sociologiques ou psychanalytiques. Le juge serait un substitut de Dieu, ou des dieux, ou au moins des prêtres. Le rituel judiciaire symbolise une certaine présence du sacré dans une société profane et rationnelle. Il n'y a pas si longtemps que les juges pouvaient condamner à mort, c'est-à-dire ordonner des sacrifices humains en expiation de crimes intolérables (et beaucoup

de pays sont encore tenacement attachés à la peine de mort, sans compter ceux dans lesquels subsistent les châtements corporels, les amputations, la lapidation...). Et si le jury populaire a eu pour but et peut-être pour effet de désacraliser et de démocratiser la fonction judiciaire, il est loin d'être présent dans tous les procès, même dans les pays anglo-saxons.

84 De façon plus prosaïque, le juge est chargé de protéger les libertés parce que soit celles-ci sont menacées par des particuliers, et le juge est naturellement chargé de régler les conflits entre particuliers, soit elles le sont par la puissance publique (l'administration ou le législateur), et seul le juge peut défendre les particuliers contre la force de cette dernière. Dans le premier cas, à vrai dire, on s'interroge à peine sur la fonction du juge. Puisque la liberté, au sens de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, puisque aussi bien il appartient à la loi de fixer les bornes de la liberté, c'est au juge, dont la fonction de toute éternité est d'appliquer le droit et d'arbitrer entre les individus, de faire respecter les libertés de chacun contre les empiétements d'autrui. Qu'il protège le droit de propriété menacé par les revendications d'un voisin ou les agissements d'un locataire, qu'il fasse respecter le droit à la vie privée enfreint par un photographe ou le droit à la réputation troublé par un diffamateur, qu'il châtie l'auteur d'un enlèvement ou d'une séquestration évidemment attentatoire à la liberté individuelle, le juge civil ou le juge pénal est garant de la liberté de la victime ; mais c'est là sa mission ordinaire ; il se trouve que la victime invoque la lésion, non simplement de droits familiaux ou patrimoniaux, mais en plus d'une liberté publique garantie par l'État, quoique en l'espèce menacée par une personne privée. Il peut d'ailleurs s'agir de droits sociaux, comme dans des litiges entre employeurs et salariés à propos du droit syndical, de la liberté du travail ou du droit de grève. Mais peu importe : les protagonistes sont encore des personnes privées ; l'État est absent, sauf précisément dans sa fonction judiciaire *stricto sensu* ou dans sa fonction judiciaire de défense de l'ordre social (le ministère public) ; il n'est pas un acteur, tout au plus un arbitre ou un intervenant.

La dialectique des libertés et de la puissance publique pose davantage problème parce que, pour reprendre la célèbre définition de Max Weber, celle-ci jouit du « monopole de la violence physique légitime ». Un État hostile aux libertés de façon absolue ne reculera pas devant l'usage de ce pouvoir de contrainte contre ceux qui revendiquent l'usage des libertés. Seul un État de droit acceptera une autolimitation de ce pouvoir au nom de libertés qu'il va reconnaître et garantir. Mais il faut bien un arbitre. Il faut qu'une partie, au moins fictivement tierce entre l'État

et les individus, dise quels empiétements de celui-là sur les libertés de ceux-ci sont admissibles, par exemple parce qu'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire au respect de l'ordre public (ou des droits d'autrui), et lesquels ne sont pas admissibles, soit parce que ces droits et libertés sont absolus (par exemple le droit à ne pas subir l'esclavage ou la torture), soit parce que les empiétements sont disproportionnés, donc excessifs.

Cette partie, au moins fictivement tierce avons-nous dit, ce ne peut, dans la tradition française, être qu'un juge, et qu'un juge étatique. Le recours à la justice arbitrale, concevable et d'ailleurs en extension dans les rapports économiques ou commerciaux, n'est guère concevable quand il s'agit de régler un litige entre l'État et une personne privée touchant aux libertés publiques. De même, l'appel à des autorités administratives indépendantes n'est guère plus concevable s'il s'agit, non simplement de proposer une solution amiable comme le fait, par exemple, le médiateur de la République, mais de trancher le différend par une solution imposée aux parties au litige. C'est donc bien le juge étatique, démembrement de l'État et organe juridictionnel statuant en droit selon une procédure juridictionnelle préétablie, qui assume le redoutable honneur d'arbitrer entre une puissance publique théoriquement omnipotente et un justiciable privé théoriquement faible et démuné.

85

Encore faut-il que ce juge, choisi parce qu'il n'est pas l'État lui-même, à vrai dire parce qu'il ne se confond pas avec l'exécutif, remplisse certaines conditions. Il faut qu'il soit compétent (à tous les sens du terme), indépendant et impartial, efficace, enfin qu'il soit suivi, c'est-à-dire que sa sentence soit exécutée.

Le problème de la compétence ne se pose pas tellement. S'il s'agit de la compétence juridictionnelle, malgré l'émoi que provoqua la décision récente du Tribunal des conflits dans l'affaire « du cargo », on peut affirmer que la jurisprudence de celui-là est stabilisée et que les incertitudes sont peu nombreuses et sans grande gravité. Le débat récurrent sur le dualisme juridictionnel (qui, dans l'Europe des Quinze, depuis cinquante ans, a plutôt tendance à s'étendre qu'à régresser) ne nous paraît pas un vrai problème (le Conseil constitutionnel a d'ailleurs, au moins pour le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs, admis le caractère constitutionnel du dualisme), pourvu qu'on veuille admettre que ce qui est important, c'est que tout juge compétent en matière de libertés puisse les protéger de façon effective. Autrement dit, la discussion devrait être technique plus que théologique. Et s'il s'agit de la compétence des juges français au sens scientifique du terme, elle nous paraît évidemment perfectible mais globalement satisfaisante.

Qu'il faille renforcer le niveau juridique des concours d'accès à l'ENM ou à l'ENA et des autres voies d'accès à la magistrature administrative ou judiciaire, c'est certain ; mais la France supporte assez aisément la comparaison, dès à présent, avec ses voisins européens. Quant au Conseil constitutionnel, si dans leur sagesse nos institutions n'ont exigé de ses membres aucune expérience ou notoriété sur le plan juridique, les autorités investies du pouvoir de nomination ont su les choisir avec discernement ; le résultat n'est pas malheureux.

86 L'indépendance et l'impartialité des juridictions mériteraient un long débat. Bornons-nous à dire que, dans l'ensemble, magistrats du Siège, magistrats du Parquet (surtout depuis la réforme de 1993) et membres des juridictions administratives nous semblent soumis à des règles de recrutement, d'avancement et de discipline assez respectueuses des objectifs d'indépendance et d'impartialité de ces juges. Là encore, des progrès sont possibles et souhaitables, et il faut se garder de tout excès d'optimisme, tant la tentation est grande, pour tous les gouvernants, d'exercer sur les juges des pressions aussi discrètes que possible pour les influencer. Quant aux décisions de la Cour de Strasbourg susceptibles, par ricochet, d'inquiéter nos plus hautes juridictions administratives ou judiciaires (« Procola c. Luxembourg », « Vermeulen c. Belgique »), elles ne nous paraissent à franchement parler pas devoir entraîner de bouleversements dans leur organisation ou dans leur procédure ; la soumission aux « standards » européens n'appelle vraisemblablement que des ajustements secondaires.

Le problème le plus redoutable est celui de l'efficacité. Une justice lente est une mauvaise justice. En matière de libertés, une justice lente peut s'avérer une parodie de justice. Or, pour les raisons budgétaires déjà évoquées et/ou pour des motifs d'organisation, la justice française demeure trop lente, soit en général, soit plus particulièrement en ce qui concerne les procédures d'urgence. En matière de libertés, le sursis à exécution devrait fonctionner de façon irréprochable, un « référé liberté » devrait être institué devant toutes les juridictions appelées à statuer, les indemnités accordées aux personnes dont les libertés ont été bafouées devraient être décidées plus vite et de façon plus généreuse. La « patrie des droits de l'homme », d'ailleurs souvent condamnée par les juridictions européennes, se grandirait en ayant une justice plus efficace et plus rapide. Certes, elle n'a pas que des défauts : par exemple, l'accès aux prétoires est facile et peu coûteux, ce qui n'est pas de façon générale le cas dans un pays réputé pour son libéralisme comme la Grande-Bretagne. Mais la justice française a encore bien des progrès à accomplir.

Reste le problème de l'effectivité de ses jugements. Dans l'ensemble, les autorités administratives, pourtant à l'abri des voies d'exécution de droit commun, tendent à exécuter mieux et plus vite les jugements qui les condamnent. Les pouvoirs d'astreinte du juge judiciaire, puis depuis 1980 administratif, et les pouvoirs d'injonction de ce dernier vis-à-vis de l'administration (depuis 1995) font reculer les risques de l'inertie administrative, toujours choquante, particulièrement choquante quand une liberté est en cause. Mais, de nouveau, on n'a pas encore atteint l'impossible perfection...

A la vérité, on est tenté de conclure que la société libérale a confié au juge la défense des libertés faute de mieux. Dans un monde idéal, la loi serait suffisamment libérale pour qu'un contrôle de constitutionnalité soit inutile ; l'administration et les citoyens seraient suffisamment respectueux des lois pour que leur seule application permette à tous d'être libres ; le juge n'aurait pas à intervenir.

87

Le monde dans lequel nous vivons étant bien éloigné de cet idéal, le juge est indispensable et en même temps imparfait. Mais il serait injuste de ne retenir que ses imperfections. Il ne faut certes pas renoncer à les corriger, à façonner un juge encore plus compétent, encore plus indépendant, nettement plus efficace, mieux obéi de tous et d'abord de l'État. Mais il suffit d'imaginer ce que serait une société sans juges ou même une société dans laquelle le juge serait prié de ne pas se mêler de liberté. Ce serait une jungle impitoyable, livrée à la violence, à la toute-puissance de l'argent, à l'arbitraire étatique. Dans le monde réel, le juge, tel qu'il est, est un défenseur inespéré et irremplaçable de nos libertés. Pas plus que sur le pianiste, il ne faut tirer sur le juge.

## R É S U M É

*Il paraît naturel, dans un pays comme le nôtre, que le juge protège les libertés de chacun, notamment contre le pouvoir. C'est en réalité plutôt le fruit d'un hasard historique, et en particulier d'une certaine compréhension des idées de Montesquieu. En fait, le juge n'a pas de véritable légitimité comme gardien des libertés, et il n'est pas toujours bien armé pour les défendre efficacement. Mais il fait ce qu'il peut, et son action est de toute façon irremplaçable.*