

LE JUGE, GARDIEN DES LIBERTÉS ?

«**L'**autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle» : même si elle exprime un postulat optimiste que la réalité vient parfois cruellement démentir, la formule élégante et altière de l'article 66 de la Constitution doit au moins être regardée comme un objectif impérieux ; car si les faits savent nous rappeler que l'intervention de la justice est loin d'être toujours synonyme de garantie des libertés, l'impossibilité d'en appeler à un juge en cas de besoin menace gravement la liberté individuelle. Aussi n'est-il pas surprenant que la Convention européenne des droits de l'homme consacre en son article 6 le droit d'accès à un tribunal et que la Cour européenne se soucie de l'effectivité de cet accès. 113

Quiconque cherche à prendre la mesure de la situation en France et de son évolution observe deux mouvements contraires, dont il est difficile d'apprécier l'ampleur respective. Le phénomène est d'ailleurs lié à plusieurs évolutions, d'une part celle de la représentation que le juge se fait de sa fonction, mais aussi celle de l'idée que s'en fait le pouvoir politique, enfin celle des textes, dont le contenu est bien sûr partiellement corrélé à la deuxième des trois variables ainsi énoncées.

L'indiscutable ambivalence des pouvoirs du juge au regard des libertés individuelles ne rend cependant compte que d'une partie du paysage à cet égard ; l'épreuve de la réalité montre que les situations, courantes, où le juge n'use pas ou use peu des pouvoirs qui lui sont dévolus rend partiellement platonique la protection qu'il est censé incarner.

POUVOIRS DU JUGE ET LIBERTÉS INDIVIDUELLES

Au regard des libertés publiques, le juge présente, dans notre pays, le visage de Janus : si la vision vertueuse issue de la Constitution l'érige en

protecteur de nos libertés, certaines des prérogatives qui lui sont confiées représentent une menace – qui en maintes circonstances se réalise – pour les libertés individuelles.

*Les pouvoirs du juge,
instrument de protection des libertés*

Il est classique de voir dans le regard scrutateur du juge une garantie pour les libertés. Cette idée banale est à l'origine de deux mouvements contraires : le premier, principalement imputable à certains juges, tend à étendre son pouvoir de contrôle. Le second, très récent puisqu'apparu durant la présente décennie, résulte de lois votées à l'initiative du pouvoir exécutif et apporte en certains cas des restrictions drastiques au pouvoir d'appréciation du juge pénal.

114

L'extension du pouvoir de contrôle

On s'arrêtera, sans prétendre être exhaustif, sur trois aspects majeurs de l'évolution observée ces dernières années.

En premier lieu, le rôle moteur de la CEDH. C'est assurément là, et de loin, l'évolution la plus importante observée ces dernières décennies. La ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par notre pays a marqué, sur le plan des principes, une étape demeurée presque sans incidence sur le droit positif français, puisque cette ratification était accompagnée d'une réserve, qui faisait obstacle à tout recours contre la France devant la Cour européenne – à telle enseigne qu'à la fin des années 1970 la plaisanterie en vogue entre jeunes avocats consistait à clamer qu'on entendait invoquer devant un tribunal les articles 5 (légalité des arrestations ou détentions) ou 6 (procès équitable), tant l'invocation de tels textes à l'encontre d'une règle interne française était balayée sans examen par les juges.

On n'insistera jamais assez sur la mutation, progressive mais considérable, qu'a permise la levée de cette réserve en 1981 et la possibilité corrélative de saisir la Cour européenne, d'autant que cette dernière, on le sait, s'assure que les droits individuels inscrits dans les textes nationaux sont effectifs. Il est de bon ton de le déplorer¹... même si la déploration laisse perplexe : que souhaiteraient au juste ceux qui se lamentent ? Que la protection des libertés publiques (et notamment des droits de la défense)

1. Voir en dernier lieu, sur l'arrêt *Medvedyev*, Michèle-Laure Rassat, « Encore et toujours la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, édité. G, act., 2009.

soit moins bien assurée ? Ou qu'elle le soit pareillement mais par les règles et juridictions nationales ? Si c'est la seconde branche de l'alternative qui vaut, on aura beau jeu de leur répondre que la solution est en grande partie entre les mains des juges français, les condamnations prononcées par la Cour européenne ne résultant que de la carence des juges nationaux.

La liste des points sur lesquels nos textes – ou notre jurisprudence – péchaient au regard de celles des libertés individuelles consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme étant bien trop longue à dresser ici, on s'en tiendra aux trois dernières questions notables abordées par la Cour.

C'est d'abord, par trois arrêts rendus entre février et octobre 2008, le mécanisme des visites domiciliaires tel qu'organisé par l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales qui a été jugé contraire à la Convention européenne des droits de l'homme², parce que le texte ne ménageait au contribuable objet d'une telle mesure qu'un pourvoi en cassation, à l'exclusion de tout autre recours³. Ces arrêts ont été d'autant plus remarquables que la Cour européenne a toujours jugé la matière fiscale hors de son champ de compétence⁴ et avait en particulier écarté un recours qui mettait en cause l'article L. 16 B précité. Le raisonnement de ces trois arrêts est d'autant plus intéressant que la Cour n'y remet pas en cause son refus d'aborder le domaine fiscal, l'extension du champ du contrôle du juge européen se réalisant en l'occurrence sur l'idée qu'une perquisition à domicile, fût-elle fiscale, met nécessairement en cause le droit à la vie privée, cet aspect de qualification prenant donc le pas sur le fait que le fond de la contestation relève du droit fiscal.

La Cour a par ailleurs considéré le 10 juillet dernier⁵ que « le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire" au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion », puisqu'« il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir ainsi qualifier » (§ 61). On observera au passage que cette appréciation banale et difficilement contestable pouvait à la vérité être prévue de longue date, puisque la Cour s'était déjà engagée dans cette voie voici

115

2. CEDH, *Ravon et autres c. France*, 21 février 2008, n° 18497/03 ; CEDH, *André et autres c. France*, 24 juillet 2008, n° 18603/03, droit fiscal n° 39502, obs. Salomon ; CEDH, *Maschino c. France*, 16 octobre 2008, n° 10447/03.

3. Le gouvernement a très vite tenu compte de cette nouvelle jurisprudence, puisqu'une loi du 4 août 2008 permet désormais au contribuable d'interjeter appel de la décision qui a autorisé la perquisition fiscale.

4. CEDH, *Ferrazzini c. Italie*, 12 juillet 2001, n° 44759/98 ; CEDH, *Stere et autres c. Roumanie*, 23 février 2006, n° 25632/02 ; *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006, n° 73053/01.

5. *Medvedyev c. France*, 5^e section, req. 3394/03.

près de trente ans, contre la Suisse⁶. Elle est plus qu'opportune dans l'hypothèse où la Convention européenne commande qu'une personne soit déférée à un juge, car il faut un puissant effort d'imagination pour voir dans un représentant du parquet, autorité de poursuite, un juge impartial. Cette décision n'est cependant pas définitive, l'affaire ayant, à la demande du gouvernement français, été renvoyée devant la Grand Chambre, qui a tenu audience mais ne s'est pas encore prononcée.

Enfin, un arrêt du 13 janvier 2009 étend le contrôle de la Cour en reprochant aux cours d'assises de Belgique de ne pas véritablement motiver les arrêts par lesquels elles déclarent un accusé coupable et lui infligent une peine⁷. Or nous partageons avec les Belges cette particularité paradoxale.

116 Il est aisé de mesurer à travers ces trois exemples récents que l'extension, par le juge, de son pouvoir de contrôle joue en pratique un rôle de protection des libertés, d'autant que cette extension vient en certaines circonstances restreindre une zone de non-droit.

Le second aspect de l'extension du pouvoir de contrôle du juge concerne ainsi le rétrécissement des zones de non-droit. Il ne s'agit bien sûr pas de se livrer ici à une description exhaustive du phénomène, mais seulement d'illustrer sa généralité par deux exemples, empruntés au contentieux administratif.

C'est d'abord la théorie des actes de gouvernement – qui par définition échappent à tout contrôle juridictionnel – que la jurisprudence du Conseil d'État a peu à peu réduite comme une peau de chagrin⁸. Plus récemment, une série d'arrêts remarquables a cessé de placer hors du droit les sanctions prises à l'intérieur des établissements pénitentiaires⁹.

6. *Schiesser c. Suisse, Rec.*, série A, n°34, § 29 et 30.

7. *Taxquet c. Belgique*, 2^e section, req. 926/05 ; voir notamment sur cet arrêt Jean-François Renucci, « Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable », *D.*, 2009, p. 1058 ; William Roumier, « La motivation des arrêts de cours d'assises est contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D. pén.*, n°3, mars 2009, alerte 12.

8. Voir par exemple en matière d'extradition : CE, 15 octobre 1993, *Saniman* ; *RFDA*, 1993, p. 1179, concl. Vigouroux.

9. Depuis l'arrêt *Marie*, CE, ass., 17 février 1995, Lebon, 83 ; *AJDA*, 1995, p. 379, chron. Touvet et Stahl ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. Frydman ; voir plus récemment et confortant la tendance augurée par l'arrêt *Marie*, les arrêts *Garde des Sceaux c. M. Remli*, 30 juillet 2003, Lebon, 366, et les deux arrêts d'Assemblée du 17 décembre 2007 *Planchenault et garde des Sceaux c. M. Boussouar*, *AJDA*, 2008, p. 128, chron. Boucher et Bourgeois-Machureau. Pour une vision d'ensemble de l'influence de la CEDH dans la construction d'un véritable droit

L'extension du pouvoir de contrôle du juge a enfin bénéficié de l'insertion, dans la toute récente révision de la Constitution, de l'article 61-1 qui instaure une exception d'inconstitutionnalité¹⁰. Si le Conseil constitutionnel ne peut certes pas être directement saisi par un justiciable, il pourra, si un plaideur a soulevé une exception d'inconstitutionnalité devant une juridiction, l'être par un renvoi préjudiciel émanant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Les termes mêmes du nouvel article montrent que cet élargissement de la possibilité de déclencher un contrôle de constitutionnalité est conçu comme un moyen de sauvegarde des libertés et des droits consacrés par la Constitution, même s'il est évidemment trop tôt pour en mesurer l'effectivité.

Ces constatations d'évidence peuvent, combinées à un sentiment de défiance envers le juge, conduire le pouvoir politique à restreindre le pouvoir d'appréciation des juridictions. 117

L'amenuisement du pouvoir de décision

Un tel mouvement s'observe depuis peu, essentiellement à l'encontre du juge correctionnel, alors que les juridictions répressives françaises ne se distinguent pourtant pas de leurs homologues européennes par une plus grande indulgence, loin s'en faut.

On peut d'abord évoquer la récente comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. La loi du 9 mars 2004¹¹ a implanté dans notre droit pénal un mécanisme emprunté au système américain, le *plea bargaining*, par lequel le prévenu qui avant procès accepte de se dire coupable obtient du procureur de la République, en échange, une peine plus faible que celle dont il aurait écopé s'il avait finalement été jugé coupable.

D'aucuns ayant largement exprimé la double réserve, pour ne pas dire

des détenus : Béatrice Belda, « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 406.

10. Article 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. » Sur cette innovation, voir notamment Otto Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 103 ; Guillaume Drago, « Exceptions d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP*, éd. G, n° 49, 3 décembre 2008, I, p. 217 ; Corinne Lepage, « L'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir », *LPA*, 19 septembre 2008, n° 189, p. 3.

11. Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

le malaise, que suscite cet emprunt chez le juriste attaché aux principes du procès équitable, on se contentera de les rappeler brièvement. D'abord, l'accusation se voit ainsi – contractuellement en quelque sorte – dispensée de rapporter la preuve, qui normalement lui incombe, de la culpabilité du prévenu ; la présomption d'innocence est donc, en ce cas, balayée. Nul besoin d'être grand clerc pour comprendre que ce n'est bien sûr pas dans les hypothèses où il dispose de preuves solides de la culpabilité du prévenu que le parquet lui proposera un tel arrangement. Le risque d'erreur judiciaire, dont l'expérience montre qu'il est loin d'être théorique, s'en trouve ainsi accru.

118 Ensuite, dans bien des États américains, le juge épuise en maintes hypothèses son pouvoir sitôt qu'il a procédé à la qualification (type d'infraction, existence ou non de circonstances aggravantes, état de récidive), la peine étant prédéterminée en fonction du cas de figure ; par suite, le prévenu peut connaître avec précision la peine qui l'attend. Rien de tel chez nous, puisque la loi ne fixant qu'un plafond, le juge peut moduler la peine à sa guise, en sorte que le prévenu ne peut avoir qu'une idée vague de la peine qui le frapperait s'il était jugé coupable et donc de l'ampleur réelle de la « réduction » que lui propose le ministère public.

C'est cependant autre chose qui nous intéresse ici : le pouvoir de déterminer la peine glisse des mains du juge du siège à celles du représentant de l'accusation. On a certes soutenu le contraire, au motif que l'accord conclu entre le parquet et le prévenu n'acquiert force obligatoire qu'une fois homologué par le juge lui-même, qui formellement rend donc une décision ; mais il ne s'agit là que d'un trompe-l'œil, puisque le juge du siège n'a le choix qu'entre homologuer l'accord ou refuser de le faire et se voit privé de toute possibilité d'amender (fût-ce à la baisse) la peine fixée en amont par l'accusation. La polémique qui a surgi quant à la présence ou non d'un représentant du ministère public à l'audience a corroboré de manière criante cette translation du véritable pouvoir de fixer la peine : la chancellerie estimait, au grand dam de la Cour de cassation elle-même, qu'aucun représentant du parquet n'avait à être présent à l'audience d'homologation et cette divergence était révélatrice, puisque le code impose la présence d'un membre du ministère public à toute audience où une peine est susceptible d'être infligée. Et l'opiniâtreté du gouvernement – qui est allé jusqu'à faire voter un texte spécial par le Parlement¹² – à dispenser le parquet de présence à l'audience témoigne

12. Loi n°2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

d'un souci affirmé d'ôter au juge, théoriquement investi du pouvoir de prononcer condamnation, toute possibilité de discuter ou de simplement questionner l'appréciation de l'accusation quant à la peine choisie.

Autre évolution ayant pour but et pour effet de limiter le pouvoir de décision du juge : l'instauration, par la loi du 10 août 2007¹³, de peines en deçà desquelles le juge ne peut descendre (d'où leur nom de peines « plancher »). Vainement objecterait-on qu'il conserve la possibilité de descendre en dessous du minimum s'il rend un jugement spécialement motivé : on verra en effet que cette exigence de motivation est paralysante en pratique.

Le pouvoir du juge, menace pour les libertés

Pouvoir d'interdire

119

Le juge civil est depuis le XIX^e siècle investi, spécialement en référé, du pouvoir d'interdire certaines formes d'expression, motif pris de l'atteinte qu'elles engendreraient à l'ordre public ou à certains intérêts privés. Et la fin du XX^e siècle a marqué une certaine privatisation du pouvoir de censure, atomisé entre diverses associations qui sont à l'origine de presque toutes les procédures, couronnées de succès ou non, d'interdiction.

Force est, là encore, de s'en tenir à quelques exemples dans l'interminable litanie des affaires du demi-siècle écoulé.

Emblématique et célèbre, l'affaire de l'affiche du film de Jean-Luc Godard, *Je vous salue Marie*, qui représentait une jeune femme plus pulpeuse qu'exotique dans une position rappelant sans équivoque l'iconographie chrétienne, a illustré l'affrontement entre la liberté d'expression, que l'interdiction vient donc limiter, et la sensibilité (ou, selon les cas, les intérêts) de telle ou telle catégorie de citoyens¹⁴. Les occurrences sont cependant bien plus nombreuses où le juge n'a usé qu'avec parcimonie d'un pouvoir d'interdiction qu'il semble regarder lui-même comme potentiellement dangereux pour les libertés. Le jugement rendu le 22 mars 2007 dans l'affaire dite des caricatures de Mahomet, reproduites dans *Charlie Hebdo*, pour lequel le tribunal de grande

13. Loi n°2007-1198 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

14. Cass., civ., 1^{re}, 27 juillet 1987, *Bull. civ.*, 1987, I, n°236, p. 172. La Cour y énonce que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit doit bénéficier du droit à la liberté d'expression, sans autres restrictions que celles imposées par la loi dès lors que, dans sa finalité ou son expression, l'œuvre ne constitue pas une apologie de crimes ou délits sanctionnés par la loi pénale ou une provocation à en commettre ». Voir aussi pour cette même affaire : Cass., civ., 1^{re}, 10 janvier 1990, *Bull. civ.*, 1990, I, n°11, p. 9.

instance de Paris a estimé qu'il n'y avait rien là de condamnable, en fournit un exemple typique¹⁵.

Deux affaires récentes, il est vrai atypiques, suggèrent néanmoins qu'en ce domaine rien n'est jamais acquis. D'abord, le juge des référés, tant en première instance qu'en appel, a interdit une grande affiche de publicité pour une marque de vêtements féminins reproduisant sous forme d'une photo la *Cène* de Léonard de Vinci, les apôtres et le Christ étant remplacés par des jeunes femmes portant la ligne de vêtements présentée. Bien que ces femmes fussent habillées (la Marie-Madeleine du tableau original étant remplacée par un jeune homme torse nu vu de dos) et que l'ensemble ait assurément constitué une œuvre de l'esprit, le juge énonce, pour fonder son interdiction : « l'injure ainsi faite aux catholiques apparaît disproportionnée au but mercantile recherché » et qualifie l'œuvre de « violation manifeste de l'esprit de tolérance » nécessaire en démocratie. 120 Très attentatoire à la liberté d'expression, puisqu'était ici proscrite une subtile ironie en demi-teinte, cette appréciation a heureusement été censurée par la Cour de cassation pour violation des articles 10 de la CEDH, 29 et 33 de la loi sur la presse (qui définissent l'injure) et 809 du code de procédure civile. Rappelant que l'injure est une « attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse », la Première chambre civile estime avec sagesse que ne mérite pas ce qualificatif « la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène », relevant qu'elle n'avait pas pour objectif « d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance »¹⁶.

En second lieu, l'exposition de restes humains travaillés « Our body, à corps ouverts » vient d'être interdite par une ordonnance de référés du 20 avril 2009 confirmée en appel dix jours plus tard¹⁷.

À l'inverse, le juge des référés, rompant avec la jurisprudence

15. TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007, *D. pén.*, 2007, comm. p. 66, note Lepage; *D.*, 2007, act. p. 1023; *JCP*, éd. G, 2007, act. p. 146, obs. Maréchal, et II, 10079, note Derieux; CA Paris, 11^e ch., sect. A, 12 mars 2008, *P. Val et Société Éditions Rotatives c. Union des organisations islamiques de France*, 07/02873.

16. Cass., civ., 1^{re}, 14 novembre 2006, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 485, p. 417.

17. Voir l'article « Décision jeudi 30 avril sur une fermeture définitive de l'exposition "Our Body, à corps ouverts" » paru dans l'édition du journal *Le Monde* datée du 30 avril 2009; voir aussi le dossier de presse publié sur le site de l'association Ensemble contre la peine de mort, partie à l'instance contre les organisateurs de l'exposition : www.abolition.fr. L'association fonde notamment son argumentaire sur l'article 16-1-1 du code civil posant à son premier alinéa que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » et l'article 225-17 du code pénal réprimant toute atteinte à l'intégrité du cadavre.

traditionnelle, a récemment limité les hypothèses où pouvait s'exercer son pouvoir d'interdiction en matière de protection des marques. Dans les affaires Areva/Greenpeace¹⁸ et « Je boycotte Danone »¹⁹, il a en effet estimé que les articles L. 713-2 et 713-3 du code de la propriété intellectuelle, qui, consacrant le droit privatif du propriétaire d'une marque, permettent à ce dernier de faire cesser toute utilisation de ladite marque faite sans son consentement, ne trouvaient pas à s'appliquer lorsque l'utilisation de la marque résultait d'une volonté non pas de concurrencer mais d'instaurer un débat public. Le juge a ainsi fait prévaloir la liberté d'expression et le droit du public à l'information sur le droit du titulaire de la marque, dont il a limité le champ d'application. Ce faisant, il a borné son pouvoir d'interdire... par le biais d'une extension de son pouvoir de contrôle, puisqu'il a jugé pertinent d'examiner les raisons pour lesquelles une interdiction, jadis prononcée de manière quasi automatique, lui était demandée. 121

Conduite du procès pénal

On ne peut passer sous silence l'affaire dite d'Outreau, dans laquelle une quinzaine de personnes – soit la très grande majorité de celles mises en cause – se sont révélées innocentes, parce qu'elle n'est malheureusement que la caricature de ce que nombre d'avocats observent dans le fonctionnement quotidien de notre justice pénale. Même si le Conseil supérieur de la magistrature a estimé que les choix du juge d'instruction ne méritaient qu'une simple réprimande – étant rappelé qu'un innocent s'est suicidé en détention et que des enfants ont été placés longtemps à la DDASS parce que leurs parents, innocents, étaient incarcérés –, la manière dont ce juge a instruit l'affaire suscite de sérieuses réserves. Celles-ci ne portent évidemment pas sur l'erreur qu'il a commise en regardant comme coupables des personnes qui ne l'étaient pas, mais sur certaines de ses méthodes. Entre autres : le refus d'organiser des confrontations entre des enfants accusateurs et des accusés qui criaient leur innocence, ou encore le fait que les confrontations entre adultes mettaient en présence, non pas deux personnes dont les déclarations se contredisaient, mais, souvent, un accusé placé seul face à une meute d'accusateurs. Sans parler de demandes systématiques (et accueillies par le juge des libertés et de la

18. CA Paris, 26 février 2003, *D*, 2003, jurispr., p. 1831, note Edelman ; *D*, 2003, p. 2685, note Durande, conc. com. électr. 2003, comm. p. 38, C. Caron.

19. CA Paris, 4^e ch., section A, 30 avril 2003, n°2001/14371 et 2001/17502, *D*, 2003, act. jurispr. p. 1760, obs. Manara.

détention) de placement en détention provisoire. On réalise, en visionnant l'audition de ce juge devant la commission d'enquête parlementaire, que les incessantes proclamations d'innocence des personnes poursuivies n'ont eu strictement aucun effet sur lui, qui les a traitées exactement comme si elles s'étaient déclarées coupables. Si le juge Burgaud est tout sauf seul responsable, reste que cette affaire confirme que la manière dont les différents juges, qui disposent d'une large latitude, conduisent l'instance pénale est essentielle et peut se révéler très nuisible.

Il est devenu banal de relever que la façon dont un président de cour d'assises, *de facto* presque omnipotent dans notre système, mène les débats peut imprimer une orientation décisive à l'affaire.

122 On a également eu la surprise de voir, en 2006, un juge d'instruction bordelais mettre en examen pour pédophilie, sur plainte d'une association religieuse, le commissaire de l'exposition d'art contemporain « Présumés innocents. L'art contemporain et l'enfance » six ans après que l'exposition, au demeurant des plus officielles, eut fermé ses portes. Cette décision ridicule déboucha heureusement sur un non-lieu²⁰. Sans doute ce juge aurait-il approuvé les poursuites contre Nabokov à la parution de *Lolita* ou celles du début des années soixante contre l'éditeur qui republia Sade.

Pouvoir et devoir de condamner

S'il n'existe pas à notre connaissance de recensement exhaustif des infractions ajoutées et de celles supprimées dans notre droit depuis vingt ans, il demeure que beaucoup de nouveaux délits ont été créés : occupation en réunion des espaces communs [*sic*]²¹, voyage en transports en commun sans ticket de manière habituelle²², aide aux étrangers en situation irrégulière²³, atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données²⁴, refus de laisser prélever ses empreintes génétiques en cas de délit, etc. (sans parler des innombrables circonstances aggravantes nouvelles²⁵), le mouvement s'étant accéléré depuis 2003. Or, dans ces situations, le juge se trouve contraint de prononcer une condamnation.

20. Voir notamment les articles parus dans *Le Monde* daté des 23, 26 et 30 novembre 2006.

21. Loi du 18 mars 2003, mod. loi du 5 mars 2007, article L. 126-3 du code pénal.

22. Loi du 15 novembre 2001, article 24-1 de la loi 1845-07-15 du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer.

23. Article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers.

24. Loi du 21 juin 2004, article L. 323-1 du code pénal.

25. Pourquoi, par exemple, est-il plus grave de commettre un vol dans les transports en commun que dans la rue ?

De même, la réactivation de textes comme celui punissant l'offense au chef de l'État, que les trois précédents présidents avaient renoncé à utiliser, a conduit un tribunal à condamner un manifestant qui brandissait une pancarte « Casse toi, pov' con ». On évoquera dans le même sens le délit d'outrage au drapeau²⁶.

USAGE DE CES POUVOIRS ET LIBERTÉS PUBLIQUES

Comme en symétrie du rôle protecteur des libertés que peut revêtir le juge dans l'exercice de ses pouvoirs, l'hypothèse, hélas courante, dans laquelle il use peu ou n'use pas de son pouvoir de contrôle peut se révéler néfaste aux libertés. Cette abstention est due tantôt à son propre fait, tantôt aux conditions matérielles dans lesquelles il est contraint d'exercer son office.

123

Le juge renonçant à user de ses prérogatives

La négligence

Trois exemples parmi bien d'autres illustrent ce phénomène.

C'est d'abord l'affaire d'Outreau, dans laquelle, par un phénomène de bouc émissaire curieusement symétrique de ce qui s'est produit pendant l'instruction, l'opprobre s'est concentré sur le seul juge d'instruction. Le code de procédure pénale prévoit pourtant une série de mécanismes de contrôle, censés jouer comme autant de garde-fous. À peine est-il besoin de rappeler que ce n'est plus aujourd'hui le juge d'instruction qui décide des incarcérations, mais le juge de la détention et des libertés (JLD) et qu'existe, au-dessus du juge d'instruction, une instance d'appel, la chambre de l'instruction. Or, aucun de ces mécanismes de contrôle n'a rempli sa fonction, étant observé que plus de soixante magistrats ont signé des décisions dans cette affaire, ce qui illustre jusqu'à la caricature un phénomène que les avocats décrivent depuis longtemps : quantité de juges répressifs n'exercent pas, dans la réalité, le contrôle dont la loi les a investis. Il serait intéressant de percer les raisons de cette grave et persistante anomalie.

Il est également préoccupant de voir que la plupart des magistrats saisis

26. Loi du 18 mars 2003, art. 433-5-1 du code pénal. Par comparaison, la Cour suprême des États-Unis avait jugé que le fait de brûler en place publique un drapeau américain (qu'avaient fait des étudiants manifestant contre la guerre du Vietnam) relevait de la liberté d'expression et ne pouvait donc donner lieu à poursuite.

en référé par les Ordres et syndicats d'avocats lorsque l'administration s'est mise à installer des salles d'audience à l'intérieur même des centres de rétention pour étrangers n'ont pas cru bon d'user de leur pouvoir de faire respecter les textes, jusqu'à ce qu'un arrêt courageux de la Cour de cassation vienne y mettre bon ordre²⁷.

Sur un tout autre registre, le contrôle du Conseil constitutionnel semble se faire de plus en plus timide à mesure que les dispositions législatives (principalement pénales) attentent plus gravement aux libertés publiques. Au début des années 1990, dans cette même revue, Danièle Lochak invitait à nuancer la vision présentant de manière univoque le Conseil constitutionnel comme le défenseur des libertés publiques, parlant de « vigilance à éclipses » et de « demi-mesures dont la portée pourrait bien, à l'usage, se révéler illusoire »²⁸. Or, depuis cette époque, le Conseil
124 (alors présidé par Robert Badinter) n'a cessé d'amenuiser son contrôle, comme en témoigne, en dernier lieu, la décision du 21 février 2008 qui valide la rétention de sûreté²⁹, où l'on a la stupéfaction de lire que cette privation de liberté indéfiniment reconductible n'est pas une peine – ce qui n'empêche pas les Sages de juger qu'elle ne peut être rétroactive...

*Le renoncement imposé
du sommet de la hiérarchie judiciaire*

Par un arrêt d'assemblée plénière³⁰ surprenant et très critiqué en doctrine, la Cour de cassation a récemment exempté les juges du fond de toute obligation de curiosité³¹, en décidant qu'ils n'ont en principe pas à rectifier la dénomination ou le fondement juridique des demandes des plaideurs, alors pourtant que l'article 12 du code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes invoqués par les parties. S'en trouve accru le confort du juge, pas la qualité de la justice rendue.

27. Cass., civ., 16 avril 2008, *RJPF*, 2008, n°7, p. 12; note Putman; *Procédures*, 2008, n°7, p. 7, note Desprez; *JCP*, éd. G, II, p. 10167, obs. Guimezanes; *JCP*, éd. S, 2008, p. 1469, obs. Lahalle; *adde* Rosenczveig, entretien, *D*, 2002, p. 652.

28. « Le Conseil constitutionnel protecteur de libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, *Le Conseil constitutionnel*, 1991, p. 41.

29. DC, n° 2008-562.

30. Ass. plén., 21 décembre 2007, *D*, 2008, p. 1102, note Deshayes; *JCP*, éd. G, 2008, I, p. 156, note Bolard.

31. Pour paraphraser l'expression de Jacques Normand, *RTD Civ*, 1996, 690.

Le juge dépourvu de moyens

La place manquée pour traiter cet aspect essentiel : le nombre très insuffisant de magistrats conduit très souvent le juge à statuer dans l'urgence, sans pouvoir approfondir et en malmenant les droits de la défense. Deux exemples entre mille : les trois quarts des 517 000 affaires jugées en correctionnelle en 2005 l'ont été selon des procédures rapides ; la *fast justice* que sont les comparutions immédiates a augmenté de 44 % entre 2000 et 2005. Cette justice bâclée devient donc la règle. Elle ne laisse le temps ni à l'avocat de préparer une défense sérieuse – il découvre souvent le dossier quelques minutes avant l'audience – ni au juge de s'arrêter à la personnalité de celui qu'il condamne.

En outre, comme indiqué plus haut, le juge désireux de ne pas infliger une peine plancher ne pourra le faire qu'à la condition de motiver spécialement son jugement ; il suffit, pour mesurer l'effet paralysant de cette exigence faussement anodine, de rappeler que dans nombre de tribunaux correctionnels on ne prend déjà plus la peine de rédiger les motifs des jugements de condamnation (sauf, après coup, dans les quelques cas où le prévenu a fait appel). En ce début de XXI^e siècle, le juge, enseveli sous la masse des affaires, condamne souvent sans énoncer de motifs, comme dans les régimes non démocratiques.

125

Ainsi les conditions de travail des juges vident-elles de leur substance une partie de leurs instruments de protection des libertés individuelles, rappelant que les meilleures règles sont peu de chose lorsqu'elles ne sont pas assorties des moyens de les mettre en œuvre.

R É S U M É

Institué gardien de la liberté individuelle par notre Constitution, le juge est en réalité ambivalent. D'un côté, l'extension, principalement impulsée par la Cour européenne des droits de l'homme, de sa vigilance et de l'aire de son contrôle améliore visiblement l'état des libertés ; de l'autre, deux menaces, qui ne sont antinomiques qu'en apparence, tiennent pour l'une à un usage discutable et parfois arbitraire de ses pouvoirs par le juge, pour l'autre à un usage atrophié de ceux-ci, tantôt délibérément, tantôt parce que les moyens matériels font défaut.