

Envoi du 7 février 2019 par [jsberge@unice.fr](mailto:jsberge@unice.fr)

## La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?

Transversales – 7 décembre 2018

Dir. scient. V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann - Université Lumière - Lyon 2

### *Rapport final*

par Jean-Sylvestre Bergé (\*)

Messieurs les conseillers, membres du Conseil constitutionnel,  
Monsieur le premier président honoraire de la Cour de cassation,  
Monsieur le premier président de Cour d'appel de Lyon,  
Monsieur le président de Cour administrative d'appel de Lyon,  
Monsieur l'avocat aux conseils (et collègue),  
Mes chers collègues,  
Mesdames, Messieurs,

Comme une minorité des intervenants à cette journée, je suis privatiste. Je dois également confesser que je n'ai jamais commenté une décision de justice, ni écrit de manière plus générale sur le thème qui nous réunit aujourd'hui *des techniques de contrôle utilisées par le juge en matière d'ingérences ou de restrictions apportées à des droits et libertés fondamentaux*.

Si j'ai été fort aimablement invité par les organisateurs de cette journée, les professeurs V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann que je remercie, c'est sans doute en raison de mes travaux sur l'application du droit dans un contexte global. Et il est vrai que cette journée a été placée notamment sous le prisme de la comparaison entre les jurisprudences européennes et nationales. Mais disons-le d'emblée : l'examen des ressemblances et différences entre ces pratiques régionales et nationales du droit a été le plus souvent mené de manière incidente et l'essentiel du propos a effectivement porté sur la question des techniques de contrôle employées par le juge.

En tout état de cause, je vous promets de faire de mon mieux pour essayer de dégager les lignes forces de cette journée. Cela ne devrait pas poser *a priori* de difficultés particulières. Vos présentations rendent parfaitement compte de ce travail du juriste orfèvre qui s'attache à fabriquer *un monde sur mesure*<sup>1</sup> s'agissant, en l'occurrence, de cas de violation d'un droit ou d'une liberté fondamental(e).

Pour essayer d'en rendre compte, je présenterai successivement, selon une démarche progressive, quatre axes :

- *les maux* : *i. e.* les atteintes susceptibles d'être portées aux droits et libertés fondamentaux ;
- *les mots* : *i. e.* le vocabulaire utilisé pour contrôler ces atteintes ;

---

\* Professeur à l'Université de Nice - Côte d'Azur (UMR CNRS GREDEG n° 7321), membre de l'Institut universitaire de France - [jsberge@unice.fr](mailto:jsberge@unice.fr) - [www.universitates.eu](http://www.universitates.eu). Le style oral de ce rapport a été conservé.

<sup>1</sup> P. Thévenin qui ouvre l'introduction de son travail de recherche (*Le monde sur mesure – Une archéologie juridique des faits*, éd. Garnier, 2017) sur cette observation : « ce livre voudrait faire comprendre la capacité du droit (...) à supporter la violation épisodique, par l'Etat, des droits fondamentaux des individus » (préc., p. 11).

- *les points de jonction* : *i. e.* les différentes situations dans lesquelles le contrôle des atteintes aux droits et libertés s'opère ;
- *les points de fuite* : *i. e.* les faces cachées de ce contrôle qui, bien que parfaitement identifiables, sont rarement placées au centre de l'analyse juridique.

Les deux premières entrées sont communes à la plupart des interventions. Aussi, je ne chercherai pas à désigner tel ou tel orateur. Les deux dernières entrées portent sur des objets plus spécifiques, ce qui me permettra d'établir un lien avec les différentes interventions.

## **Les maux**

Le thème de cette journée ne portait pas sur les atteintes aux droits et libertés fondamentaux mais sur les techniques de contrôle utilisées par le juge. Il est donc normal que les présentations n'aient pas cherché à déployer l'ensemble des possibilités et se soient attardées sur certaines d'entre elles seulement.

Quatre remarques permettent d'illustrer ce propos.

Tout d'abord, on observe que l'on a principalement parlé des ingérences publiques. 95% des cas envisagés aujourd'hui avaient pour origine une restriction par l'autorité publique des droits et libertés. Les ingérences privées, notamment dans les rapports horizontaux, ont été parfois évoquées mais de façon simplement marginale ou pour marquer leur spécificité par rapport aux atteintes publiques.

En revanche, la distinction classique entre les ingérences qui interviennent par des mesures négatives, c'est-à-dire par des cas de violation pure et simple, et celles qui sont la conséquence du défaut de mesures positives, a été faite à de nombreuses reprises.

Par ailleurs, l'hypothèse des conflits entre les droits et libertés a été assez peu envisagée alors qu'il aurait pu être décidé, par exemple, d'en faire un point - sans doute spécifique - d'approche des techniques de contrôle.

Enfin, le spectre de la guerre des juges a été largement évacué. Plusieurs d'entre vous ont même cherché à dresser une généalogie entre les solutions européennes (CEDH pour l'essentiel) et nationales (allemande et française pour l'essentiel).

En somme, sur les maux, on a beaucoup parlé d'ingérence publique, à la fois dans son versant négatif et dans son versant positif, assez peu des conflits de droits et assez peu des conflits de juges.

## **Les mots**

Le deuxième point de restitution porte sur le vocabulaire employé pour décrire les techniques de contrôle utilisées par les juges à propos des atteintes aux droits et libertés fondamentaux. Ce vocabulaire a trait, de manière encore un peu antécédente, aux droits et libertés et à leurs

réserve. Il désigne, plus directement, les techniques de contrôle elles-mêmes. On les examinera tout à tour.

Il existe toute une série de distinctions à propos des droits et libertés et des réserves avec cette idée qu'une typologie en ces domaines est de nature à graduer l'intensité du contrôle exercé en cas de violation des droits. Les oppositions, parfaitement connues, entre les droits intangibles et ceux qui ne le sont pas, entre les droits de premier rang, de second rang et de rang intermédiaire ont été fréquemment mobilisées par les intervenants. De même, on a parlé des droits soumis à réserve et ceux qui ne le sont pas, et dans les droits soumis à réserve, on a distingué le régime de droit commun et du régime d'exception. Toutes ces distinctions ne sont pas centrales pour le thème de ce colloque. L'idée aujourd'hui n'était pas de partir des droits ou des réserves, mais bien des techniques de contrôle en cas de violation. Mais l'on comprend bien que leur nature ait une incidence directe sur le contrôle exercé par les juges.

Plus près des éléments de langage des techniques de contrôle proprement dits, on peut dire que l'approche savante de la pratique juridique que vous avez décryptée et présentée les uns les autres s'est organisée autour de trois principales entrées.

Une première entrée porte sur *le contrôle du but poursuivi* et, plus accessoirement sur *le détournement de pouvoir*. J'ai compris que l'on était ici en présence d'une analyse de type macro où l'objet du contrôle porte principalement sur les énoncés des ingérences et restrictions. Plusieurs orateurs ont souligné la rareté des hypothèses dans lesquels les juges constatent effectivement un défaut d'adéquation au but poursuivi ou un détournement de pouvoir. La principale explication de cet état des choses tient, me semble-t-il, au fort niveau d'éducation des acteurs. Pour restreindre un droit ou une liberté, on s'autorisait par le passé des formulations que l'on s'interdit aujourd'hui. Par exemple, on a pu écrire par le passé que, dans telle ou telle situation, le recours au juge n'était pas possible. Aujourd'hui, même si l'on cherche par différents moyens à compliquer l'accès au juge, on évite de recourir à pareille formulation.

La deuxième entrée, qui a été la plus travaillée, porte sur *le contrôle de proportionnalité et de l'atteinte à la substance des droits*. Là, j'ai compris que l'on était dans une approche du type micro avec une double recherche : les justes motifs et les bons équilibres. Les développements ont été particulièrement nourris. Les trois étapes du test ont été décortiquées : l'atteinte doit être adaptée, nécessaire, proportionnée. L'ordre des étapes a été discuté. Et la question importante a été soulevée de savoir si le contrôle de proportionnalité ne gagnerait pas en lisibilité à s'inscrire dans une recherche systématique sur l'existence ou non d'une atteinte à la substance des droits.

Est intervenue alors une troisième entrée, celle des *obligations positives*. Sur ce dernier point, j'ai compris qu'étaient en jeu l'effectivité des droits et leurs caractères suffisamment concrets. Les intervenants, bien rodés à l'exercice, puisque c'était leur troisième intervention, ont développé le point de manière particulièrement synthétique.

Sur tous ces aspects du contrôle exercé par le juge et s'agissant toujours des questions de vocabulaire, je voudrais conclure de manière quelque peu impressionniste, pointilliste devrais-je dire, sur différents éléments de langage qui se sont superposés aux trois entrées sus-décrites. Pêle-mêle, on trouve : la distinction entre la forme et le fond, l'approche nommée ou innommée,

explicite ou implicite, concrète, abstraite ou structurelle, substantielle, procédurale ou globale, le contrôle approfondi, restreint ou allégé, etc.

Voilà pour ce qui est des mots.

## **Les points de jonction**

Troisième temps, je voudrais en venir aux points de jonction, c'est-à-dire à l'ensemble des lieux ou des situations où la rencontre se fait entre les droits et libertés fondamentaux susceptibles d'avoir été violés et les techniques de contrôle exercé par le juge. Pour cela, je propose de décliner deux critères : le premier géographique et le second géométrique.

Commençons par la géographie qui nous permet d'observer que la question des techniques de contrôle se pose, le plus souvent, niveau par niveau et, plus exceptionnellement, dans une approche inter niveaux.

Pour l'approche niveau par niveau, on peut distinguer :

- l'approche dans différents Etats, principalement l'Allemagne (C. Grewe et T. Hochmann) et bien sûr la France (F. Melleray et C. Roux pour le juge administratif, V. Goesel-L Bihan pour le Conseil constitutionnel, D. Fenouillet et A. Bénabent pour le juge judiciaire) ;
- l'approche au niveau de l'Union européenne (H. Surrel) qui fonctionne comme un système auto référencé qui développe ses propres techniques de contrôle en cas d'atteintes portées par les institutions européennes aux droits et libertés.

Cette approche niveau par niveau a parfois été comprise de manière dynamique :

- l'approche française des rapports entre les différents ordres de juridictions sur cette question de l'exercice du contrôle des atteintes aux droits et libertés (R. Fraisse, L. Perdrix et R. Vanhasbrouck) ;
- l'approche très spécifique en droit international privé des rapports entre les différents juges et droits nationaux (J. Heymann).

L'approche inter niveaux a également été envisagée :

- l'exercice par le juge européen d'un contrôle des atteintes portées par les Etats parties aux droits et libertés fondamentaux ; la CrEDH occupe ici une place de premier plan (F. Sudre) et la CJUE joue un rôle qui lui est propre dans le domaine d'application du droit de l'UE (H. Surrel) ;
- de manière plus singulière, en droit international privé, pour ce que l'on a appelé les « conflits diagonaux », quand la logique du droit européen vient s'immiscer dans les rapports entre droits et juges nationaux (J. Heymann).

Côté géométrie, on peut rapidement relever que la plupart des interventions ont porté sur des rapports verticaux entre l'autorité publique et les administrés soumis à cette autorité. Des situations horizontales entre individus ont également été envisagées par différents orateurs (A. Bénabent, D. Fenouillet, J. Heymann, J.-P. Marguénaud, F. Sudre) mais dans une proportion

moindre. Il faut bien le reconnaître, le sujet avait aujourd'hui principalement une dimension de droit public.

Sur tous ces aspects, on ne peut qu'être frappé par le fort impact exercé par le contexte de travail du juge sur la teneur des techniques de contrôle. Un contrôle *ex post* n'est pas un contrôle *ex ante* et réciproquement. Un contrôle exercé dans un contentieux objectif est évidemment différent de celui exercé dans un contentieux subjectif. Un contrôle à un seul niveau ou dans une relation inter niveaux n'a pas la même signification. Un contrôle mené dans un rapport vertical est différent de celui exercé dans un rapport horizontal. En dépit des efforts de systématisation des solutions et notamment du travail sur le vocabulaire que nous avons envisagé au point précédent, c'est une idée de pluralisme juridique qui domine. Ce pluralisme est conduit par une approche contextuelle des situations. Dans un environnement global, ce qui compte, ce n'est pas tant que le droit que l'on applique que le lieu où on l'applique !

### **Les points de fuite**

Comme chacun sait, l'expression « points de fuite » désigne une technique de dessin qui permet de placer des points imaginaires dans le cadre et hors du cadre, de manière à permettre au dessinateur de tracer une perspective. Une fois l'opération faite, les points sont amenés à disparaître. Ils sont cachés.

Comment l'idée m'est-elle venue d'introduire ce quatrième axe ?

En vous écoutant ou en lisant vos pré-rapports, j'ai été tout de même très frappé par l'état assez important d'incertitude dans lequel baigne le contrôle par le juge des atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux. Alors que le sujet est de la plus haute importance, que le niveau d'élaboration des constructions pour l'appréhender est extrêmement élevé, le constat a été fait par la plupart d'entre vous à un moment ou un autre que l'état de l'art ne livrait pas toujours des solutions claires ou satisfaisantes.

Voici quelques-unes des expressions que vous avez utilisées tout au long de la journée : « manque de rigueur », « fuyant », « flou », « pas de modélisation possible », « implicite », « non-dit intégral », « fluctuant », « incertain », « procède par le doute », « difficile à cerner », etc.

Face à cette série de constats, quelle attitude doit-on adopter ? J'en vois deux. La première consiste à mener une lutte acharnée contre toutes ces zones d'ombre avec l'ambition à terme de les faire disparaître toutes, une à une. Je crois que cette ambition est en partie vaine. Tous les espaces de discussion conquis seront nécessairement concurrencés par de nouveaux espaces. Des acteurs stratégiques s'évertueront toujours à déconstruire les certitudes et à laisser le doute se réinstaller ici ou là.

La seconde attitude, que je privilégierai dans ce dernier point de conclusion, consiste à accepter que la situation puisse nous échapper en partie. Il ne s'agit pas de faire des zones d'ombre un état général et satisfaisant de la situation. Mais il s'agit plutôt d'admettre que l'incertitude est consubstantielle à l'objet ici étudié : les techniques de contrôle des restrictions et ingérences apportées aux droits et libertés fondamentaux.

Partant de cette approche, je vous propose, après vous avoir écoutés, de retenir cinq points de fuite.

Le premier, sans doute le plus important, c'est la casuistique. Cela a été dit par de nombreux intervenants, il y a dans ce contrôle des limites apportées aux libertés, des situations qui échappent à toute modélisation abstraite et qui relèvent d'un traitement au cas par cas. Comme vous le savez, la casuistique est une école de pensées qui peut bien sûr nourrir une dogmatique. Mais une attention toujours très grande doit être portée à l'ensemble de ces éléments, que les juristes appellent souvent de manière sans doute un peu rapide des éléments de faits, qui sont à l'origine des solutions retenues alors même qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un travail visible et assumé de qualification, catégorisation ou, plus généralement entendu, d'un traitement.

Le deuxième point de fuite fait écho à une communication (E. Picard) sur l'existence ou non de règles qui viendraient contrôler les règles qui encadrent les limites apportées aux libertés. Il a été montré que des monuments tel que le contrôle de constitutionnalité s'étaient construits hors de toute prévision et de tout cadre normatif et que ce n'était que dans un second temps qu'une organisation hiérarchisée et normée était venue les recevoir. La situation a un temps échappé au modèle et, même si elle a été rattrapée par ce dernier, il faut bien admettre l'état incertain des règles qui encadrent les règles sur les techniques de contrôle des droits et libertés.

Pour le troisième point de fuite, je ferai référence à la notion de « démocratie incertaine » qui a été présentée dans l'une des interventions (J. Arlettaz). On nous a expliqué en effet que plus le contrôle des limites apportées aux libertés était élevé, plus le juge se faisait juge de la liberté protégée spécialement à travers le prisme de son opportunité. Chemin faisant, c'est le modèle même de démocratie libérale qui sous-tend la liberté qui peut être remis en cause par une opération de contrôle des atteintes portées aux libertés. L'analyse est intéressante car elle traduit l'état profond d'incertitude dans lequel baigne l'exercice de contrôle et c'est important de l'avoir présent à l'esprit si l'on veut essayer d'éviter certaines dérives.

Le quatrième point de fuite fait écho à une présentation (J.-P. Marguénaud) sur la manière dont la CrEDH doit tenir à bonne distance les questions de société portées par certaines affaires, souvent les plus emblématiques, qui lui sont présentées. Mettre à distance ces choix de société, c'est rendre compte de l'état de profonde incertitude dans lequel baignent les constructions du droit à leur égard. Il vaut donc mieux éviter le piège de s'y laisser entraîner...

Le cinquième point de fuite, je reviens à mes origines, c'est le droit privé (contributions de D. Fenouillet et A. Bénabent). N'oublions pas que le droit civil est un droit général et qu'il peut offrir, notamment dans sa dimension historique, des ressources juridiques intéressantes, y compris pour des situations verticales qui relèvent principalement du droit public. Je ne donnerai qu'un exemple et non des moindres : la proportionnalité !

Je vous remercie.