

IDÉES ET PERSPECTIVES

L'indépendance et l'impartialité du juge

par Pierre NIHOUL

*Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique
Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'UCL*

INTRODUCTION

Le thème assigné à cette première session de travail ¹ nous incite à nous poser trois questions : Quelle indépendance? Quelle impartialité? Pour quel juge?

La troisième de ces questions est primordiale car elle délimite le champ d'application personnel des deux premières questions. Quel type de procès doit être soumis à ces deux exigences fondamentales que sont l'indépendance et l'impartialité? La réponse à cette question n'est pas des plus simples. Certes, sont visés sans conteste les procès devant le juge constitutionnel, devant le juge judiciaire et devant le juge administratif, soit les juridictions *sensu stricto*. Mais qu'en est-il des juridictions arbitrales, juges privés par excellence? La même interrogation se pose à propos des organes disciplinaires, qu'ils soient institués au sein de la fonction publique ou au sein des ordres professionnels, de même qu'à l'égard des autorités administratives disposant d'un pouvoir répressif par le biais des sanctions administratives ou encore à l'égard des institutions politiques exerçant un pouvoir juridictionnel épisodique. En d'autres termes, toute instance disposant du pouvoir de juger doit-elle satisfaire à cette double garantie essentielle?

Notre contribution n'aborde pas ce premier thème de réflexion et se concentre sur les qualités mêmes d'indépendance et d'impartialité du juge. Elle s'articule autour de trois thématiques : Quelle est la source, et donc la force juridique, de ces deux garanties (**Chapitre I**)? Quels en sont le contenu et la portée (**Chapitre II**)? Comment en assurer le respect (**Chapitre III**)?

¹ La présente contribution est issue du rapport général introductif présenté lors de la Conférence annuelle du Groupe européen de droit public qui s'est tenue les 9 et 10 septembre 2011 et qui avait pour thème «Les juges et le droit public».

CHAPITRE I. — LES SOURCES ET LA FORCE JURIDIQUE

À la lecture de la doctrine et de la jurisprudence, les superlatifs ne manquent pas pour qualifier les garanties d'indépendance et d'impartialité dans le chef du juge : elles sont le «gage de la démocratie»², «le fondement même de tout État démocratique»³, «l'une des conquêtes les plus importantes de la justice démocratique»⁴ ou encore «des exigences qui tiennent aux valeurs fondamentales de la démocratie»⁵. Comment les ordres juridiques allaient-ils dès lors les consacrer?

Section 1. — Les ordres juridiques nationaux

On pouvait s'attendre à voir les ordres juridiques internes consacrer expressément ces deux exigences fondamentales dans leurs normes suprêmes. Toutefois, il n'en est pas nécessairement ainsi. Ces deux préceptes sont en effet affirmés tantôt par la loi, tantôt par la Constitution ou, à défaut, sont reconnus comme principe général de droit non écrit.

De manière générale, l'indépendance et l'impartialité de la Justice *sensu lato*, c'est-à-dire des juridictions comme telles, ne sont pas souvent expressément prévues par les textes de droit interne, à l'exception notable des juridictions constitutionnelles. Elles découlent la plupart du temps de l'indépendance et de l'impartialité des juges qui sont, elles, plus souvent mentionnées dans les normes écrites.

Il ressort ainsi d'un questionnaire adressé en 2005 aux 27 Cours constitutionnelles, membres de l'ACCPUF⁶, que ces deux principes sont consacrés dans le texte constitutionnel pour 20 pays, dans le texte légal pour 5 pays et comme principe général de droit pour 2 États. Pour ce qui est de la Belgique, la Constitution ne proclamait pas originellement le principe de l'indépendance des juges et il a fallu attendre la révision constitutionnelle du 20 novembre 1998 pour que ce principe soit inscrit dans l'article 151 de la Constitution pour les juges et le ministère public sans toutefois faire de même pour le principe d'impartialité ou pour la notion plus large de procès équitable et sans le prévoir pour les autres juridictions belges que sont le Conseil d'État, les juridictions administratives et la Cour constitutionnelle. Il est vrai que cette pauvreté du prescrit constitutionnel était et est largement compensée par nombre

² M.-A. FRISON-ROCHE, «L'impartialité du juge», *Dalloz*, 1999, p. 53.

³ Cass. b., 14 octobre 1996, *Pas.*, I, n° 349.

⁴ P. MARTENS, «La tyrannie de l'apparence», *R.T.D.H.*, 1996, pp. 640 et s.

⁵ C.C. b., arrêt n° 107/1998 du 21 octobre 1998, B.4.4.

⁶ Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français : www.accpuf.org.

de garanties constitutionnelles relatives aux magistrats eux-mêmes et aux juridictions, par l'accession dans la jurisprudence des hautes cours belges (Cour constitutionnelle, Cour de cassation et Conseil d'État) de ces exigences au rang de principe général de droit ⁷ et, enfin, par la contagion au sein de cette même jurisprudence des développements prétoriens apportés par la Cour européenne des droits de l'homme à ces deux notions.

Section 2. — L'ordre juridique international

En ce qui concerne l'ordre juridique international, ces deux garanties sont consacrées expressément par l'article 6.1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH) et par l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le premier de ces deux textes a fortement imprégné les ordres juridiques nationaux en raison du développement et de la portée que lui a réservés la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : Cour EDH).

Il faut y ajouter désormais, depuis le 1^{er} décembre 2009, l'article 47.2. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit également le droit à un procès équitable. Il importe de relever trois éléments importants à cet égard. Tout d'abord, contrairement à l'article 6 de la CEDH, la Charte ne limite pas ce droit aux contestations portant sur des «droits et obligations de caractère civil» ou sur des «accusations en matière pénale» et ne renvoie pas non plus à des décisions relatives à de telles contestations. Par ailleurs, dans l'interprétation du droit à un procès équitable, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : C.J.U.E.) tient compte de l'article 6.1. de la CEDH et de l'interprétation de la Cour EDH, ce prescrit constituant un droit fondamental que l'Union européenne respecte en tant que principe général en vertu de l'article 6.2. du T.U.E. ⁸. Enfin, plus récemment, la C.J.U.E. a affirmé que «l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte des droits fondamentaux correspond à l'article 6, §1^{er}, de la [CEDH]» ⁹.

⁷ C.C. b., arrêts n° 67/98 du 10 juin 1998, B.2.2.; n° 74/2001 du 31 mai 2001, B.9.3.; n° 44/2004 du 17 mars 2004, B.9.7.; n° 157/2009, du 13 octobre 2009, B.5.1.; n° 123/2011 du 7 juillet 2011 (sol. implicite); n° 155/2011 du 13 octobre 2011, B.6. Cass., 15 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1193 et 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316. C.E., n° 167.303 du 30 janvier 2007, *Ebens et Hanssens*; n° 186.677 du 30 septembre 2008, *S.A. Top Bedford et S.A. Hobinvest*.

⁸ C.J.U.E., 26 juin 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, pt. 29; 1^{er} juillet 2008, C-341/06 et C-342/06, *Chronopost et La Poste*; 19 février 2009, C-308/07, *Gorostiaga Atxalandabaso*, pts. 41 à 47.

⁹ C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-279/09, *DEB*, pt. 32. La Cour ajoute : «Ce principe constitue un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui exprimé par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne» (*ibidem*, points 30 et 31); ordonnance du 1^{er} mars 2011, *Chartry*, C-457/09, point 25; arrêt du 28 juillet 2011, C-69/10, *Brahim Samba Diouf*, pt. 49.

Section 3. — Conséquences de leur statut juridique

Le statut juridique formel reconnu à ces deux exigences primordiales les inscrit dans la hiérarchie des normes de chaque ordre juridique interne et a, en outre, des incidences sur le contrôle destiné à en assurer le respect. En d'autres termes, la place reconnue à ces principes dans l'ordre juridique national influence, de manière non négligeable, leur effectivité. Passons en revue ces différentes consécutions et leurs conséquences :

A. Ayant le seul rang de **principes généraux de droit national non écrit**, l'indépendance et l'impartialité peuvent être affirmées, appliquées et contrôlées par les juridictions judiciaires et administratives, mais non par les juridictions constitutionnelles et, *a fortiori*, par les juridictions internationales, et ce en raison de la valeur législative dont elles sont investies. Par ailleurs, de tels principes, en raison de leur valeur supplétive, ne peuvent faire échec à la loi dès lors qu'ils ne peuvent s'appliquer *contra legem*, ce qui est le cas lorsqu'ils sont inconciliables avec la volonté certaine du législateur. Il faut néanmoins excepter de ce double constat les principes généraux de droit qui ont une valeur constitutionnelle ou supranationale lorsqu'ils sont dérivés de dispositions internationales directement applicables ou ont acquis un tel statut. Tel est précisément le cas pour les pays du Conseil de l'Europe et, plus encore, pour les pays de l'Union européenne.

B. Il en va de même des ordres juridiques nationaux dans lesquels ces exigences juridictionnelles ne sont consacrées que par des **normes écrites à valeur législative**.

C. L'acquisition pour ces deux garanties du statut de **norme constitutionnelle** explicite renforce le contrôle juridictionnel ordinaire de leur respect par les juges et par tout organe exerçant une fonction juridictionnelle. Elle ouvre aussi la voie au contrôle de constitutionnalité des lois. Selon les pays, ce contrôle est plus ou moins centralisé dès lors qu'il relève exclusivement ou principalement de la seule juridiction constitutionnelle ou plus ou moins diffus dès lors qu'il est partagé entre les juridictions judiciaires, administratives et constitutionnelle ou, en l'absence de cette dernière, entre les juridictions judiciaires et administratives.

D. Enfin, l'inscription de ces deux préceptes dans un **texte de droit international** auquel il est reconnu un effet direct dans les ordres juridiques internes leur assure une suprématie dans la hiérarchie des normes. Cette primauté doit toutefois être nuancée selon que ces préceptes acquièrent, lors de leur réception dans l'ordre juridique interne, rang de norme ou de principe à valeur constitutionnelle ou rang de norme ou de principe à valeur législative :

1. Dans le premier cas, il convient d'articuler le contrôle dit de conventionalité et le contrôle de constitutionnalité. Quel est le contrôle qui a la primeur? Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que ces deux garanties sont désormais consacrées dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En synthèse, il faut distinguer deux hypothèses. Soit les deux types de contrôle sont du ressort du même juge, que ces contrôles soient diffus ou centralisés : il revient au juge saisi de combiner les dispositions constitutionnelles et internationales afin d'assurer le meilleur respect de ces deux exigences. Soit les deux types de contrôle appartiennent à des juges différents, le contrôle de constitutionnalité étant dans ce cas généralement centralisé dans une juridiction constitutionnelle et le contrôle de conventionalité l'apanage du juge ordinaire, judiciaire ou administratif : si les différents juges ne sont saisis que de moyens invoquant des normes de contrôle ressortissant à leur compétence, chaque juge procède en principe uniquement à ce type de contrôle sous réserve de mécanismes de droit interne prévoyant d'autres articulations ; si le juge est appelé à statuer sur des problèmes de constitutionnalité et de conventionalité, il ne peut en principe se prononcer que sur les normes de contrôle pour lequel il est compétent. Le problème se complexifie toutefois dès lors que, comme c'est le cas pour les deux préceptes étudiés, des garanties équivalentes sont présentes dans le texte constitutionnel et dans le texte international. Les juges constitutionnels ont alors tendance à intégrer dans le bloc de constitutionnalité la norme internationale concernée pour assurer au droit fondamental concerné la même interprétation ; c'est le cas de la Cour constitutionnelle belge qui combine la norme constitutionnelle et la norme internationale. Quant aux juges ordinaires, ils sont parfois soumis dans cette hypothèse à des mécanismes de droit interne, que je qualifierais de manière générique de mécanisme prioritaire de constitutionnalité, qui les obligent à retenir en priorité le contrôle constitutionnel et à le renvoyer à la juridiction constitutionnelle. Comme on le sait, ces mécanismes sont toutefois fort sujets à caution depuis l'arrêt du 22 juin 2010 de la C.J.U.E.¹⁰ ;
2. Dans le second cas (coexistence d'une norme internationale et d'une norme législative), la question qui se pose est celle la reconnaissance de la norme internationale dans l'ordre juridique national. Certains États reconnaissent à l'article 6 de la CEDH et à l'article 14 du Pacte onusien un effet direct qui leur confère une valeur supra-législative de sorte que les droits qui y sont affirmés s'incorporent dans les normes de référence à appliquer par le juge national, lequel peut être conduit à écarter la

¹⁰ C.J.U.E., 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*.

norme législative qui est incompatible avec la norme internationale. D'autres États maintiennent une frontière étanche entre les deux types de normes et n'autorisent donc pas leur juge à confronter la norme législative à la norme internationale. En ce qui concerne notre thématique, la différence entre les deux systèmes juridiques est particulièrement prégnante en ce qui concerne la réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'ordre interne. La question se pose avec acuité à propos des causes de récusation des juges. Celles-ci sont généralement énumérées limitativement par les codes nationaux et interprétées restrictivement par les juridictions nationales. Or, dans le même temps, le juge européen a retenu la violation des principes d'indépendance et d'impartialité dans des hypothèses qui ne sont pas prévues par les législations nationales de sorte que la liste nationale des causes de récusation n'épuise pas toujours l'exigence européenne d'impartialité requise de toute juridiction. Peut-on dès lors avancer une cause de récusation non prévue par la loi en invoquant devant un juge national l'article 6 de la CEDH? La réponse à cette question sera différente selon le statut de l'article 6 de la CEDH dans l'ordre interne¹¹. Cette polémique devrait toutefois trouver son terme, pour les pays de l'Union européenne du moins, avec l'inscription de ces deux préceptes dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, tant il est vrai que la primauté du droit de l'Union européenne est plus affirmée que celle du droit du Conseil de l'Europe.

CHAPITRE II. — CONTENU ET PORTÉE DES DEUX GARANTIES

En général, les notions d'indépendance et d'impartialité ne sont pas définies par les normes qui les proclament. Elles reçoivent dès lors du contenu par les garanties normatives qui assurent leur respect et surtout par les décisions de justice, ce qui revient paradoxalement à donner aux juges eux-mêmes le pouvoir de circonscrire un de leurs attributs essentiels!

Ces deux garanties sont-elles dissociables? Pour la Cour EDH, les deux notions sont si étroitement liées qu'elle décide, de manière constante dans ses arrêts, d'examiner ensemble les griefs invoquant la violation de ces deux préceptes¹². Dans un but didactique et fonctionnel, il est toutefois possible de distinguer ces deux notions qui, tout en étant complémentaires, ne sont

¹¹ Voy. *infra*, pour la Belgique, le chapitre III de cette contribution.

¹² Voy. p. ex. Cour eur. D.H., 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni*, §73; 28 avril 2009, *Savino et alii c. Italie*, §102.

pas tout-à-fait semblables; elles désignent en effet des réalités qui diffèrent quelque peu sans être pour autant hermétiques l'une à l'autre.

Section 1. — L'indépendance

L'indépendance du juge peut être entendue comme le pouvoir, et même le devoir, du juge de décider librement, cette liberté étant celle d'apprécier sans contrainte les faits qui lui sont soumis et d'interpréter sans entraves la norme qu'il est tenu d'appliquer en l'espèce. Elle entend rendre le juge inaccessible à toute ingérence ou pression interne ou externe.

En synthèse, l'indépendance se manifeste par l'absence de lien et par l'absence de subordination (hiérarchie, tutelle et autre mode de contrôle) vis-à-vis d'un autre pouvoir de droit (législatif ou exécutif), vis-à-vis d'un pouvoir de fait (groupes de pression, médias, opinion publique) et vis-à-vis de ses collègues et du corps dont le juge fait partie. Au-delà de ces trois formes d'ingérence, l'indépendance nous paraît se confondre avec l'impartialité notamment en ce qu'elle a trait aux relations avec les parties ou au for intérieur du juge¹³. Toutefois, cette appréhension de la notion d'indépendance n'est pas partagée par tous les auteurs, certains y intégrant les relations avec les parties.

Ainsi délimitée, l'indépendance revêt deux facettes: elle est institutionnelle ou structurelle en ce qu'elle s'attache aux organes de jugement; elle est individuelle en ce qu'elle s'attache aux juges eux-mêmes¹⁴. Développons ces deux éléments.

§ 1. L'indépendance institutionnelle

Les pressions et les ingérences vis-à-vis des institutions de jugement dans leur ensemble sont de divers ordres. L'indépendance de la Justice offre, à cet égard, une proximité tangible avec le principe de la séparation des pou-

¹³ En ce sens, voy. Fr. TULKENS et J. LOTARSKI, «Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme», in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 735 à 744; S. GUINCHARD, «Indépendance et impartialité du juge — les principes de droit fondamental», in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 4 à 24; J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les garanties constitutionnelles de l'indépendance de l'autorité judiciaire», in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, juillet 2006, pp. 525 à 527.

¹⁴ S. SHETREET, «The Contemporary Challenges of Judicial Independence», General Report, *Judicial Independence: Jerusalem Conference papers*, International Bar Association, Jerusalem, 1982, I, p. 80; P. LEMMENS, «The independence of the Judiciary in Belgium», *The Effectiveness of Judicial Protection and the Constitutional Order. Belgium. Report at the II International Congress of Procedural Law*, Kluwer, 1983, pp. 50-51; J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 527.

voirs dont elle est ici une expression. Toutefois, notre propos n'est pas de procéder à une étude des relations entre les différents pouvoirs au sein de l'État mais a pour objectif de relever un certain nombre de problématiques qui sont susceptibles d'être approfondies lors des différentes séances de travail.

1. Elles peuvent tout d'abord provenir du pouvoir législatif

Les manifestations de l'interférence du pouvoir législatif dans l'exercice de la fonction de juger peuvent revêtir les formes suivantes :

1. *Les lois de validation, de consolidation ou de confirmation*

Par ce biais, le pouvoir législatif peut intervenir dans des procédures juridictionnelles encore en cours ou définitivement tranchées. Cette immixtion du pouvoir législatif concerne particulièrement les contentieux administratif, indemnitaire et fiscal. L'admissibilité du procédé est soumise à trois conditions : il ne peut être porté atteinte à une décision juridictionnelle définitive; un motif impérieux d'intérêt général doit être avancé; l'intervention ne doit pas être disproportionnée par rapport au but poursuivi. De manière générale, il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que si l'article 6.1. de la CEDH ne peut certes «s'interpréter comme empêchant toute ingérence des pouvoirs publics dans une procédure judiciaire pendante à laquelle ils sont parties»¹⁵, elle se montre néanmoins plutôt sévère en la matière. Pour leur part, les juges nationaux, surtout les juges constitutionnels, paraissent adopter une attitude plus conciliante. C'est particulièrement le cas pour ce qui est des motifs justifiant cette intervention, le risque financier invoqué pour le budget étant facilement retenu comme motif impérieux d'intérêt général¹⁶; il en va de même des vices de forme affectant l'acte validé, les juges nationaux faisant preuve de souplesse à l'égard des validations législatives visant à remédier à de tels vices, tel le défaut d'accomplissement ou l'accomplissement incorrect de formalités préalables¹⁷.

¹⁵ Cour eur. D.H., 23 octobre 1997, *Royaume Uni c. National et Provincial Buildings Society et alii*, §112.

¹⁶ Pour un exemple, voy. Cour eur. D.H., 28 octobre 1999, *Zielenski, Pradal et autres c. France*, déclarant inconstitutionnelle une validation législative ayant pourtant obtenu l'aval du Conseil constitutionnel.

¹⁷ En Belgique, voy. p. ex. C.C. b., arrêts n° 56/2005 du 8 mars 2005, n° 51/2007 du 28 mars 2007, n° 64/2008 du 17 avril 2008, n° 131/2010 du 18 novembre 2010 et n° 139/2010 du 16 décembre 2010 (à propos de l'omission de la consultation de la section de législation du Conseil d'État); arrêt n° 159/2001 du 19 décembre 2001 (à propos de «l'omission de formalités administratives préalables»).

2. *Les lois interprétatives ou rétroactives*

Elles peuvent constituer un empiètement du pouvoir législatif sur les prérogatives de la Justice lorsqu'elles ont pour effet, pour le passé, de modifier les données d'un procès ou de contrecarrer une jurisprudence.

La Belgique s'est distinguée dans ce domaine au terme d'une saga juridictionnelle et législative particulièrement révélatrice : plusieurs armateurs avaient mis en cause la responsabilité de pilotes belges à la suite de sinistres survenus à leurs bateaux dans les eaux fluviales belges; la loi en vigueur était interprétée comme excluant la responsabilité de l'État pour des fautes de pilotage, les pilotes étant considérés comme des préposés des armateurs de bateaux; par des arrêts du 15 décembre 1983 et du 17 mai 1985, la Cour de cassation mit fin à cette interprétation en retenant désormais la faute de l'organisateur du service de pilotage, soit l'État; une loi du 30 août 1988 a alors restauré l'interprétation prétorienne ancienne avec un effet rétroactif de trente ans; par deux arrêts du 5 juillet et du 22 novembre 1990, la Cour constitutionnelle valida la loi du 30 août 1988; dans son arrêt du 28 octobre 1995, la Cour EDH a par contre jugé que l'ingérence du législateur était disproportionnée, la loi de 1988 ayant purement et simplement supprimé, avec effet rétroactif à trente ans et sans contrepartie, les créances en réparation que les victimes d'accidents de pilotage avaient pu faire valoir contre l'État belge ¹⁸.

3. *Les lois d'amnistie*

Elles représentent une des immixtions les plus audacieuses dans le fonctionnement de la Justice puisqu'elles ont pour effet d'effacer des condamnations prononcées et revêtues de l'autorité définitive de chose jugée ou de dessaisir le juge des poursuites ou de l'action, lesquelles s'éteignent en effet faute de base légale.

4. *Le législateur-juge*

Le législateur s'érige parfois comme juge.

En soi, l'article 6 de la CEDH n'implique pas la prohibition de principe du cumul de la fonction parlementaire et de la fonction juridictionnelle : «ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre [les pouvoirs]» ¹⁹. Ainsi, «le simple fait que des membres des deux organes juridictionnels de la Chambre des députés soient choisis parmi les députés membres de la Chambre ne saurait jeter le doute sur l'indépendance de ces juridictions» ²⁰.

¹⁸ Cour eur. D.H., 28 octobre 1995, *Pressos Compania Naviera et alii c. Belgique*.

¹⁹ Cour eur. D.H., 22 juin 2004, *Pably Ky c. Finlande*, §29.

²⁰ Cour eur. D.H., 28 avril 2009, *Savino et alii c. Italie*, §104.

Les juridictions belges adoptent toutefois une position plus stricte. Ainsi, à propos de la présence d'un parlementaire fédéral au sein du Collège juridictionnel bruxellois, juridiction administrative à part entière, le Conseil d'État a jugé qu'«il n'est pas conciliable avec le principe [d'indépendance] qu'un député en fonction [...] siège dans une juridiction administrative chargée de missions purement juridictionnelles»²¹. De même, confier à une commission à créer une compétence juridictionnelle et la composer de parlementaires est jugé «contraire à la tradition constitutionnelle de la séparation des pouvoirs»²².

Il faut réserver une place particulière à cet égard aux contentieux qui concernent le Parlement ou ses membres et qui sont tranchés par celui-ci ou par un de ses organes. Au-delà de l'atteinte au principe d'impartialité (voir *infra*), selon lequel *nemo iudex in sua causa*, l'instance parlementaire ne porte-t-elle pas atteinte de la sorte à l'indépendance de la fonction de juger qui est un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs? Ainsi, à Malte, un journaliste, poursuivi pour avoir publié des écrits diffamatoires à l'égard de députés, a été condamné par la Chambre même à une amende; pour la Commission EDH, un organe législatif ne peut pas, de par sa nature même, passer pour un tribunal malgré qu'il exerce des fonctions juridictionnelles²³. En Italie, des fonctionnaires de la Chambre des députés peuvent introduire des recours contre des décisions d'application du statut devant des organes juridictionnels internes à la Chambre; le fait que ces organes soient composés de membres du Bureau, soit l'organe compétent de la Chambre pour régler les principales questions administratives de la Chambre, a conduit la Cour EDH à retenir les craintes des requérants quant à l'impartialité de ces organes²⁴. Le juge européen ne semble donc pas apporter une réponse négative de principe à ce cumul des fonctions et préfère se placer à cet égard sur le plan de l'impartialité des organes concernés.

Plus manifeste par contre est la condamnation récente des organes législatifs qui statuent eux-mêmes, comme en Belgique, sur la validité du scrutin législatif et sur la régularité des opérations électorales qui ont conduit à l'élection de leurs membres. Pour la Cour EDH, «s'il est vrai que les États disposent d'une grande marge d'appréciation pour établir des règles électo-

²¹ C.E. b., n° 183.479, *Baert* et n° 183.480, *Slabbaert*, tous deux du 27 mai 2008 (arrêts d'assemblée générale).

²² C.E. b., avis du 15 janvier 1997 sur une proposition de loi sur le jeu, *Doc. parl.*, Sénat, 1995-1996, n° 419/2.

²³ Comm. EDH, req. 13057/87, rapport du 15 mars 1990, *Demicoli c. Malte*, §40. La Cour EDH a préféré pour sa part traiter l'affaire sous l'angle de l'impartialité de la Chambre en raison de la participation des deux députés concernés par les critiques à toute la procédure (Cour eur. D.H., 27 août 1991, *Demicol c. Malte*, §40).

²⁴ Cour eur. D.H., 28 avril 2009, *Savino et alii c. Italie*, §§104 et 105.

rales *in abstracto*, le principe d'effectivité des droits exige que les décisions prises en application de ces règles soient conformes à un certain nombre de critères permettant d'éviter l'arbitraire. En particulier, ces décisions doivent être prises par un organe présentant un minimum de garanties d'impartialité. De même, le pouvoir autonome d'appréciation de cet organe ne doit pas être exorbitant; il doit être, à un niveau suffisant de précision, circonscrit par les dispositions du droit interne. Enfin, la procédure du constat d'inéligibilité doit être de nature à garantir une décision équitable et objective, ainsi qu'à éviter tout abus de pouvoir de la part de l'autorité compétente»²⁵.

5. *L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois ou de certaines lois*

Cette absence ne revient-elle pas à empêcher un contrôle indépendant de la conformité des lois à la Constitution et, de la sorte, non seulement à priver le justiciable de l'accès à un juge mais aussi à ériger le législateur lui-même en opérateur de ce contrôle alors qu'il est l'auteur de ces normes?

6. *La création des institutions de jugement*

S'il revient habituellement au législateur d'établir les juridictions, ce pouvoir «de vie et de mort»²⁶ ne doit-il pas être entouré de certaines garanties constitutionnelles qui ont pour effet de réduire les risques d'immixtion du pouvoir législatif dans l'administration de la justice? Deux éléments peuvent ainsi être avancés : l'énumération des juridictions par la Constitution, ce qui empêche le législateur de supprimer les juridictions ainsi constitutionnalisées, voire de créer d'autres juridictions; l'interdiction de créer des juridictions extraordinaires, qu'elles soient temporaires ou permanentes, destinées à distraire du juge normalement compétent des contentieux sensibles.

7. *Les attributions des juridictions*

Ici aussi, leur constitutionnalisation permet de prévenir des tentatives plus ou moins conscientes d'ingérence du pouvoir législatif dans les compétences des cours et tribunaux.

8. *L'autonomie financière de la Justice*

Le système de la dotation financière permet en synthèse aux juridictions concernées d'élaborer elles-mêmes leur budget et d'affecter en toute autonomie les moyens financiers obtenus, sous réserve d'un contrôle *a posteriori* par un organe approprié. Le mécanisme est toutefois loin d'être généralisé.

²⁵ Cour eur. D.H., 2 mars 2010, *Grossaru c. Roumanie*, §47. Voy. à cet égard S. VAN DROOGHENBROECK et F. BELLEFLAMME, «Les assemblées, juges du contentieux postélectoral : une institution en sursis», in *Le droit parlementaire et les droits fondamentaux*, Bruges, La Charte, 2010, pp. 1 à 39.

²⁶ Pour reprendre l'expression de J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 545.

Dans la plupart des cas, les juridictions sont dépendantes de crédits budgétaires figurant dans le budget du ministère *ad hoc*, lequel est intégré au sein du budget général de l'État, sans que ces crédits soient accompagnés d'une habilitation quant à leur ventilation. Une question intéressante à ce sujet est celle de l'alimentation éventuelle des moyens financiers de l'organe de jugement par le produit, en tout ou en partie, des amendes qu'il prononce. Interrogée à ce propos, la Cour constitutionnelle belge a relevé que les exigences d'indépendance et d'impartialité étaient respectées dès lors que les amendes ne peuvent être infligées que pour cause de violation objectivement constatable d'une norme juridique, imputable au comportement personnel du contrevenant et que la procédure suivie était suffisamment transparente et offrait aux justiciables des garanties empêchant l'organe en question de prendre des décisions arbitraires ²⁷.

9. Enfin, le droit d'enquête parlementaire

Ce droit dont les Chambres législatives sont investies constitutionnellement peut déboucher sur des remises en cause de comportements judiciaires, d'actes de procédure ou de décisions de justice. Il doit dès lors être sérieusement encadré et ne pas être confondu avec l'investiture d'une mission de type juridictionnel à l'occasion des enquêtes qui sont menées par le Parlement ²⁸.

II. Elles peuvent ensuite provenir du pouvoir exécutif

1. Les *éléments avancés ci-avant* relatifs à l'immixtion du pouvoir législatif dans l'administration de la justice valent *a fortiori* à l'égard du pouvoir exécutif.

2. L'organisation, le fonctionnement et les compétences des juridictions ainsi que la procédure devant celles-ci

Ces domaines doivent rester l'apanage du législateur et constituer une matière réservée à la loi. Comme le souligne la Cour EDH, «L'introduction du terme 'établi par la loi' dans l'article 6 de la Convention 'a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire (...) ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement' (*Zand c. Autriche*, requête n° 7360/76, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports 15, pp. 70, 97)» ²⁹.

²⁷ C.C. b., arrêt n° 14/2007 du 17 janvier 2007, B.4.1. à B.6 (amendes infligées par le régulateur des médias).

²⁸ En Belgique, voy. J. VELU, «Considérations sur les rapports entre les commissions d'enquête parlementaire et le Pouvoir judiciaire», *J.T.*, 1993, pp. 589-597; «Considérations sur les rapports entre les enquêtes parlementaires et les droits de l'Homme», Académie Royale de Belgique, *Bulletin de la Classe des Lettres*, 1999.

²⁹ Cour eur. D.H., 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, §98.

3. *Le contrôle préventif du pouvoir exécutif sur les juridictions*

Par cette ingérence, l'exercice de la fonction de juger est subordonné à un acte préalable du pouvoir exécutif. Songeons au procédé de l'autorisation de l'autorité administrative qui était requise avant de pouvoir poursuivre un fonctionnaire en justice, procédé expressément interdit par l'article 31 de la Constitution belge. Songeons aussi au droit d'évocation du Monarque qui a inspiré le droit, proclamé par l'article 13 de la Constitution belge, pour le justiciable de ne pas se voir distraire du juge que la loi lui assigne. Cette disposition constitutionnelle ainsi que le principe d'indépendance de la justice s'opposent ainsi à ce que le dessaisissement des juridictions belges au profit de la Cour pénale internationale soit l'œuvre du ministre de la Justice à qui serait reconnu le pouvoir de dénoncer des faits à cette Cour, dénonciation qui rendrait les juridictions belges incompétentes; ce pouvoir doit être reconnu à une juridiction au regard de critères précis de renvoi établis par la loi³⁰. De manière plus générale, l'article 13 précité est interprété comme consacrant, d'une part, l'impossibilité pour un justiciable de pouvoir choisir son juge et, d'autre part, la garantie à toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation du droit d'être jugées selon les mêmes règles en ce qui concerne la compétence et la procédure³¹.

Par ailleurs, certains pays connaissent le mécanisme du renvoi préjudiciel par une juridiction à l'administration sur des questions d'interprétation, notamment de conventions internationales. En soi, ce procédé, qui permet de traiter plus aisément certains cas au regard de notions négociées de droit international, n'affecte pas l'indépendance du juge de renvoi; ce sera toutefois le cas si l'interprétation ministérielle est obligatoire et définitive pour le juge, celui-ci s'en remettant alors à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour statuer sur le litige qui lui est soumis³². Il en va de même des effets de certaines procédures administratives préalables. Ainsi, prévoir que le refus de légalisation par un agent consulaire de tout acte dressé par une autorité étrangère, en ce compris les jugements et arrêts, est sanctionné par l'absence de tout effet juridique dans le pays d'accueil revient à empêcher tout juge, belge en l'occurrence, d'accorder une foi quelconque à un acte étranger, de reconnaître la force probante ou l'efficacité substantielle d'un

³⁰ C.E. b., avis L. 34.154/VR/2 des 9 et 16 décembre 2002 sur une proposition de loi «modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire», *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1256/2.

³¹ C.C. b., arrêts n° 51/95 du 22 juin 1995, B.6; n° 191/2005 du 14 décembre 2005, B.11; n° 40/2009 du 11 mars 2009; n° 80/2009 du 4 mai 2009, B.13. Cass. b., 1^{er} février 1984, *Pas.*, I, pp. 616-617; 7 janvier 1997, *Pas.*, I, n° 14. C.E. (A.G.), n° 93.104 du 6 février 2001, *Mis-sorten*, *J.L.M.B.*, 2001/24, p. 1028.

³² Cour eur. D.H., 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, §38; 13 février 2003, *Chevrol c. France*, §§80 à 82.

jugement étranger ou encore de lui accorder l'exequatur de sorte que «le résultat d'une procédure administrative établie en amont de toute procédure judiciaire viendrait ainsi à faire échec à cette dernière»³³.

4. *Le contrôle curatif du pouvoir exécutif*

Les jugements et arrêts ne peuvent être soumis à l'approbation, l'annulation ou la réformation d'un organe relevant du pouvoir exécutif³⁴. De même, l'intervention d'un organe ministériel ou administratif pour déterminer la durée d'une peine à la suite d'un jugement pénal contrevient à l'indépendance de la juridiction³⁵.

5. *La contractualisation des relations entre la justice et le pouvoir exécutif*

En vue d'améliorer le fonctionnement de la justice, les pouvoirs publics entendent transposer dans ce domaine le schéma d'organisation de leurs relations avec leurs entreprises ou leurs organismes : l'octroi de moyens supplémentaires et une plus grande autonomie moyennant des objectifs à atteindre fixés dans un instrument contractuel, tel que le contrat de gestion. Or, imposer ce genre de contrat à une juridiction se heurte en partie à l'indépendance de cette juridiction qui «implique l'impossibilité juridique d'adresser à ses membres des injonctions ou même des recommandations relatives à leur activité juridictionnelle»³⁶. Ce procédé d'organisation administrative n'est donc admissible que pour les éléments du fonctionnement de la justice qui sont étrangers à l'activité juridictionnelle proprement dite.

6. *Les mécanismes administratifs d'extinction de l'action publique*

L'on se réfère ici au procédé de la transaction administrative instauré par le législateur pour traiter de manière extrajudiciaire des délits principalement dans les matières économiques, financières, sociales et environnementales. Elle consiste en une convention conclue entre une ou plusieurs autorités administratives et le ou les contrevenants, porte sur le paiement d'une somme d'argent par le ou les contrevenants, prévoit éventuellement un

³³ C.E. b., avis L. 28.770/4 du 12 avril 1999 sur un avant-projet de loi «relative aux documents rédigés par des autorités étrangères et produits en Belgique», cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État — Chronique de jurisprudence 1999», *Rev. B. Dr. Constit.*, 2000/3-4, pp. 454-455.

³⁴ Voy. C.E. b., avis L. 27.220/1 et 27.221/1 du 13 avril 1998 sur deux projets de loi «modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique», *Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 2066/1 (à propos d'un recours devant le ministre contre les décisions du Conseil de la concurrence en matière de concentrations).

³⁵ Cour eur. D.H., 16 décembre 1999, *V. et T. c. Royaume-Uni* (à propos de mineurs); 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni* (à propos d'adultes).

³⁶ C.E. b., avis L. 24.111/2 du 18 octobre 1995 sur un avant-projet de loi «modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers», *Doc. parl.*, Chambre, 1995-1996, n° 364/1.

procédé de régularisation de l'infraction pour l'avenir et a pour effet d'éteindre l'action publique. Elle diffère donc de la transaction pénale dont la maîtrise relève du ministère public. Bien plus, dans ce système, le ministère public se voit «couper la route» par une initiative de l'administration. Pareil système déroge au monopole des poursuites pénales qui est traditionnellement reconnu au ministère public, à savoir apprécier, dans chaque cas particulier, l'opportunité qu'il y a ou non à intenter des poursuites pénales. Eu égard à ces objections, il est suggéré, pour rendre le système compatible avec l'indépendance du ministère public, d'instaurer un système permettant aux fonctionnaires compétents de proposer certes une transaction, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider, dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement ³⁷.

7. L'existence de pressions ou d'interventions du pouvoir exécutif au cours d'un procès pour en orienter l'issue

Selon le contexte et leur contenu, ces interventions peuvent constituer en soi une atteinte à l'indépendance de la juridiction ³⁸ ou n'être incompatibles avec ces garanties qu'eu égard aux effets qu'elles ont eus sur le déroulement de la procédure ³⁹.

8. L'organe exécutif investi d'une fonction de juger

Certains contentieux continuent à ne pas échapper à des organes administratifs ou exécutifs qui sont investis en ces matières de missions juridictionnelles. Ainsi, en Belgique, les organes exécutifs provinciaux sont investis, comme juridiction administrative de premier degré, des contentieux de la validité des élections communales et de la fiscalité locale. Malgré de nombreuses critiques qui se sont accentuées depuis que ces collèges sont soumis à un mécanisme de responsabilité politique, à savoir la motion de méfiance constructive individuelle ou collective, la Cour constitutionnelle n'a pas remis en cause cet héritage du passé sauf lorsque ces organes statuent sur des réclamations en matière de fiscalité provinciale ⁴⁰.

³⁷ Voy. P. NIHOUL, «La transaction administrative», in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 669 à 680.

³⁸ Cour eur. D.H., 25 juillet 2002, *SovtransavtoHolding c. Ukraine*, §80.

³⁹ Cour eur. D.H., 22 octobre 2002, *Curutiu c. Roumanie*, §44; 4 mars 2003, *Stoicescu c. Roumanie*, §32.

⁴⁰ C.C. b., arrêts n° 200/2004 du 15 décembre 2004, B.5 (fiscalité provinciale); n° 95/2005, du 25 mai 2005, B.16 à B.21.

III. Elles peuvent enfin provenir de pouvoirs de fait

Sont ici visés les groupes de pression économiques, sociaux ou environnementaux de même que les médias.

Sanctionner les médias en raison de comportements qui compromettraient la sérénité des débats judiciaires et donc l'indépendance des juridictions, tels qu'une campagne surmédiatisée ou des critiques virulentes et agressives avant ou pendant un procès, semble désormais possible au regard de l'article 6.1. de la CEDH. La Cour EDH a en effet admis dans son principe que l'exercice de la fonction juridictionnelle peut être menacé par des campagnes de presse qui concernent tant des juges non professionnels, comme les membres d'un jury⁴¹, que des magistrats professionnels⁴². Toutefois, ces positions de principe n'ont jamais débouché jusqu'ici sur le constat d'une violation de l'article 6.1. de la CEDH dans une affaire déterminée. La raison en est la prédominance conférée par la Cour EDH à la liberté d'expression dont fait partie la liberté d'information. Or, la liberté de la presse implique la possibilité de mettre la justice en débat, même sur un ton polémique, agressif ou choquant⁴³. Cette protection de la liberté de la presse ne cédera donc que s'il est effectivement et concrètement prouvé que l'intervention de la presse a exercé une influence négative et décisive sur une procédure en cours⁴⁴. Cette jurisprudence a reçu un écho en Belgique à propos de l'affaire *Dutroux* dans laquelle la Cour de cassation a dénié l'impact concret sur les membres du jury de la Cour d'assises de la campagne médiatique sans précédent menée par tous les supports médiatiques existants⁴⁵. Par ailleurs, en ce qui concerne les magistrats non professionnels, la Cour EDH tient compte, pour apprécier l'impact de la pression médiatique sur le procès, de la nature de la procédure de jugement et notamment du rôle de conseil des magistrats professionnels à l'égard des jurés; ainsi, les explications claires et répétées du juge aux jurés, selon lesquelles ils ne devaient tenir aucun compte de la médiatisation négative dirigée contre l'intéressé et qu'ils devaient se concentrer au contraire sur les preuves dont ils étaient saisis, alliées aux divers avertissements répétés que le juge a adressés aux médias au cours du procès, constituent des garanties

⁴¹ Cour eur. D.H., requête n° 42095/98, 11 janvier 2000, déc. *Daktaras c. Lituanie*; requête n° 3450/97, 19 février 2002, déc. *Akay c. Turquie*; 18 janvier 2011, *Mustafa c. Royaume-Uni*.

⁴² Cour eur. D.H., 5 décembre 2002, *Craxi c. Italie*.

⁴³ Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*.

⁴⁴ Cour eur. D.H., 29 août 1997, *Worm c. Autriche* (une procédure pénale concernant un homme politique).

⁴⁵ Cass. b., 16 juin 2004 et 15 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 4. Voir aussi Cass. b., 19 février 2008, P.07.1648.N.

suffisantes pour exclure tout doute objectivement justifié ou légitime quant à l'impartialité du jury ⁴⁶.

§2. L'indépendance individuelle

Il n'y a pas que la Justice dans son ensemble qui doit être indépendante. Les juges aussi doivent l'être à titre individuel. En d'autres termes, les pressions du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et des pouvoirs de fait ne peuvent affecter l'indépendance personnelle du magistrat. Il faut également y ajouter les pressions provenant de l'intérieur de la magistrature. Cette indépendance n'est pas un privilège mais se justifie par la nécessité de permettre aux juges de remplir leur mission de gardien des droits, des libertés et de l'État de droit.

Ces pressions peuvent se manifester à deux niveaux : la carrière du magistrat et l'exercice de la fonction juridictionnelle.

I. Quant à la carrière du magistrat

Les conditions et les procédures relatives à la nomination, à la promotion, à l'évaluation, à l'affectation géographique ou fonctionnelle, au traitement, à la sanction et à la discipline de même qu'à la fin de carrière et la pension sont autant de lieux où peuvent se manifester peu ou prou des influences, des moyens de pression ou des ingérences des pouvoirs législatif et exécutif. Autant de risques ou de craintes d'atteinte à l'indépendance du juge qui entraînent autant de garanties adéquates à les prévenir (cf. **chapitre III — Les remèdes**).

De manière générale, il est considéré au niveau onusien qu'un système dans lequel le pouvoir exécutif est en mesure de contrôler ou de diriger le pouvoir judiciaire est incompatible avec le principe d'un tribunal indépendant et impartial au sens du §1 de l'article 14 du Pacte ⁴⁷. De même, pour la Cour EDH, un organe n'est un tribunal au sens de l'article 6.1. que s'il est indépendant par rapport à l'exécutif ⁴⁸. Dans l'appréciation de l'indépendance de la juridiction concernée, il convient toutefois de prendre en compte dans son ensemble les dispositions statutaires relatives à la carrière du magistrat et les garanties qui accompagnent ce statut ou qui y figurent.

⁴⁶ Cour eur. D.H., 18 janvier 2011, *Mustafa c. Royaume-Uni*.

⁴⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 14. Voy. aussi les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature issus du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et confirmés par l'Assemblée générale de l'ONU dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, www2.ohchr.org/french/law/magistrature.htm.

⁴⁸ Arrêt de principe depuis 1971 : Cour eur. D.H., 18 juin 1971, *De Wilde et alii c. Belgique*.

En définitive, la Cour EDH examine l'existence de contrepois réels à d'éventuels indices de subordination.

Ainsi, pour ce qui est du pouvoir de nomination ou du mode de désignation des juges : ceux-ci ne peuvent dépendre de la compétence entièrement discrétionnaire du pouvoir exécutif ou législatif⁴⁹. Toutefois, il peut en aller autrement si les juges ainsi nommés ou désignés sont nommés à vie, sont inamovibles pendant la durée de leur mandat ou ne peuvent être influencés d'une manière quelconque⁵⁰. En revanche, la présence de juges militaires siégeant au sein d'une cour compétente pour juger des civils n'a pas reçu l'absolution de la Cour EDH en dépit de certains gages d'indépendance eu égard au fait qu'ils continuent d'appartenir à l'armée, d'être soumis à la discipline militaire et de dépendre du pouvoir exécutif pour leur désignation⁵¹.

Et s'il est possible de confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer des infractions par des sanctions administratives, l'intéressé doit pouvoir saisir un tribunal indépendant de la décision prise à son encontre, lequel doit disposer d'un pouvoir de pleine juridiction⁵².

Cette triple considération — mode de nomination ou de désignation des juges, durée du mandat et garanties statutaires ou procédurales contre l'existence de pressions extérieures — se retrouve également dans l'appréciation de l'indépendance des organes appelés à intervenir au cours de la carrière d'un magistrat.

⁴⁹ Cour eur. D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*; 30 novembre 2010, *Urban c. Pologne* (à propos de juges stagiaires pouvant être révoqués par le ministre de la Justice à tout moment pendant la durée de leur mandat). C.E. b., avis L. 31.171/4 et 31.172/4 du 16 mars 2001 sur deux avant-projets de loi réformant la procédure d'asile, cités par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État — Chronique de jurisprudence 2001», *Rev. Belge Dr. Constit.*, 2003/2, pp. 223 et 224 (à propos d'assesseurs temporaires désignés pour un mandat entre un et trois ans et d'assesseurs permanents soumis à un stage de trois ans pendant lequel ils peuvent prendre des décisions seuls).

⁵⁰ Pouvoir législatif : Com. EDH, req. N° 20873/92, 21 mai 1997, *Ocelot S.A. c. Suisse*; Cour eur. D.H., 18 mai 1999, déc. *Ninn-Hansen c. Danemark*; 26 août 2003, déc. *Filipini c. Saint-Marin*; C.C. b., arrêt n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.17.4. (à propos de l'organe spécifique de recours en matière d'habilitations, d'attestations et d'avis de sécurité).

Pouvoir exécutif : Cour eur. D.H., 23 juin 1981, *Le Compte et alii c. Belgique*; 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*; 6 mai 2003, *Kleyn et alii c. Pays-Bas*; 2 juin 2005, *Zolotas c. Grèce*; Cass. b., 21 décembre 2009, S.04.0129.F. (mandat de deux ans).

⁵¹ Cour eur. D.H., 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*; 28 octobre 1998, *Ciraklar c. Turquie*; 4 arrêts du 8 juillet 1999; 13 arrêts du 25 septembre 2001; 3 arrêts du 27 novembre 2003; arrêts des 3 et 12 avril, du 3 mai, des 5, 14 et 26 juin et du 19 juillet, tous de 2007. Cour eur. D.H., 21 septembre 2006, *Maszni c. Roumanie*.

⁵² Solution constante depuis Cour eur. D.H., 2 septembre 1998, *Lauko et Kadubeck c. Slovaquie*.

II. Quant à l'exercice de la fonction juridictionnelle

Les atteintes à l'indépendance individuelle du juge dans l'exercice de la fonction de juger peuvent se manifester au travers des circonstances suivantes : l'instauration d'un système de responsabilité civile personnelle; des ruptures du secret du délibéré; des interventions de collègues ou de supérieurs hiérarchiques.

1. *La responsabilité civile personnelle*

La possibilité pour les juges de voir leur responsabilité civile personnelle engagée pour des fautes commises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle peut avoir des effets préjudiciables quant à leur indépendance. Il s'ensuit qu'il est requis d'instaurer un régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité civile à l'égard de ce genre de fautes. Ainsi, le droit belge limite la mise en cause de la responsabilité civile personnelle des magistrats à deux hypothèses : lorsque la faute civile du magistrat coïncide avec une infraction pénale; la prise à partie devant la Cour de cassation qui est une procédure extraordinaire soumise à des conditions restrictives et accessible dans 4 cas bien précis : le dol ou la fraude; le déni de justice; l'existence d'une loi déclarant les juges responsables à peine de dommages-intérêts; une législation expresse en ce sens⁵³. Une telle immunité fonctionnelle sur le plan civil ne préjudicie évidemment pas à l'application du régime de droit commun de la responsabilité civile à l'État du fait des fautes civiles commises par les juges qui sont les organes de l'État. Toutefois, si l'État reconnu responsable civilement pour une faute commise dans la fonction de juger peut tenter une action récursoire contre le juge fautif, le système revient *in fine* à menacer l'indépendance des magistrats. Pareille action récursoire doit donc être prohibée, ce qui est le cas en droit belge⁵⁴.

2. *La rupture du secret du délibéré*

Parfois proclamé dans la Constitution, souvent affirmé par les lois d'organisation judiciaire ou les lois pénales, le secret du délibéré est un gage sérieux de l'indépendance individuelle des juges. Il permet un exercice sans contraintes de l'exercice de la fonction juridictionnelle en ce qu'il empêche les personnes extérieures à l'organe de jugement de connaître et de suivre la teneur des discussions préalables à la décision de justice et les opinions personnelles de chaque membre de la formation de jugement. Il évite aussi

⁵³ C. jud., art. 1140 à 1147.

⁵⁴ En droit belge, Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316, conclusions J. VELU; 8 décembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 387, note D. PHILIPPE; 26 juin 1998, deux arrêts, RGC.97.0236F et RGF.97.0112.F; 21 avril 2004, RGC.04.0614.N.

à des influences extérieures d'intervenir dans le cours du délibéré⁵⁵. L'affaire *Fortis* en Belgique relative à la cession en octobre 2008 des activités bancaires de ce groupe à BNP Paribas a donné lieu, en raison de fuites intervenues avant le prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 décembre 2008 remettant en cause cette cession, au renvoi devant les juridictions de trois magistrats de la Cour d'appel et du président de la Cour de cassation et à la condamnation pour violation du secret professionnel d'une des conseillères à la Cour d'appel par un arrêt du 15 septembre 2011 de la Cour d'appel de Gand (inédit).

3. *Les relations internes à la magistrature*

Plusieurs manifestations de l'indépendance du magistrat peuvent être relevées : l'indépendance réciproque entre les magistrats du siège et les magistrats du ministère public qui ne peuvent s'adresser mutuellement des injonctions⁵⁶; l'indépendance entre les juridictions de niveau différent; l'absence de possibilité pour un chef de corps ou de section de donner des directives ou des instructions quant au sens d'une décision de justice⁵⁷ ou quant à la composition d'une formation de jugement⁵⁸. Par contre, la règle du précédent obligatoire ou le respect de l'autorité de la chose jugée qui lient d'une certaine manière le juge appelé à statuer à nouveau ne heurtent pas le prescrit de l'article 6 de la CEDH sauf si les décisions précédentes rendues l'étaient par des collègues non indépendants⁵⁹. De manière générale, les juges ne peuvent recevoir de conseils, d'instructions, d'ordres de quiconque; le magistrat agit à titre individuel et se fonde uniquement sur les normes juridiques de référence relevant de sa compétence.

⁵⁵ Nous ne traitons pas ici de la question des opinions dissidentes qui, dans certaines juridictions, sont émises en marge des décisions de justice par une partie des magistrats ayant participé au délibéré de l'affaire. Dans la mesure où ce procédé est prévu par la loi, il n'entraîne pas en lui-même de violation du secret du délibéré. B. PRIGNON, «Le secret du délibéré», *Ius & actores*, n° 2/2011, pp. 109 à 116.

⁵⁶ Cour eur. D.H., 26 juillet 2007, *Hirschhorn c. Roumanie*, §§73 à 84 (à propos de l'influence de juges inspecteurs à l'égard des membres du siège).

⁵⁷ C.E. b., avis L. 29.746/4 du 22 décembre 1999 sur un projet d'arrêté royal «relatif à la composition de la Commission de régularisation...», cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État — Chronique de jurisprudence 1999», *Rev. Belge Dr. Constit.*, 2000/3-4, pp. 453 et 454 (à propos du pouvoir d'assurer l'unité de la jurisprudence dans le traitement des demandes); C.E. b., avis L. 31.171/4 et 31.172/4 du 16 mars 2001 sur deux avant-projets de loi réformant la procédure d'asile, cités par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État — Chronique de jurisprudence 2001», *Rev. Belge Dr. Constit.*, 2003/2, pp. 223 et 2 (à propos de l'effet obligatoire d'un arrêt rendu en assemblée générale).

⁵⁸ Cour eur. D.H., 22 décembre 2009, *Parlov-Tkalcic c. Croatie*.

⁵⁹ Cour eur. D.H., 26 novembre 2002, *Mosteanu et alii c. Roumanie*, cité par J.-Fr. et S. VAN DROGENBROECK, *op. cit.*, p. 583.

Section 2. — L'impartialité

L'indépendance est un préalable obligé à l'impartialité : le juge ne peut être impartial s'il n'est pas indépendant. Toutefois, l'indépendance ne suffit pas. L'impartialité est un complément obligé de l'indépendance pour que les justiciables soient assurés d'un traitement égal et juste des intérêts en présence. À défaut, le juge pourrait se sentir propriétaire de sa charge.

Il s'agit donc ici aussi d'une garantie fondamentale :

*«Une interprétation restrictive de l'article 6, §1, notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité des tribunaux, ne serait pas conforme à l'objet ni au but de cette disposition si l'on songe à la place primordiale que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique»*⁶⁰.

*«Il est d'une importance fondamentale, dans un État de droit démocratique, que les cours et tribunaux bénéficient de la confiance du public et des parties au procès»*⁶¹.

L'impartialité a trait aux qualités personnelles et fonctionnelles du juge. Elle exprime l'idée de neutralité du juge, de prise de distance⁶². Le juge doit s'interdire de tout parti pris dans une affaire qui lui est soumise. Ce parti pris peut provenir d'un préjugé ou d'un préjugement, lui-même issu d'une relation avec les parties, d'une connaissance préalable du dossier ou de l'exercice d'une autre fonction. À cet égard, il est indispensable pour les parties au procès d'avoir connaissance de la composition de la juridiction afin de s'assurer de l'absence d'un éventuel préjugement de sa part ou d'un lien de l'un de ses membres avec la partie en cause, qui sont tous deux susceptibles de vicier la procédure; le défaut d'indication de l'identité des membres d'une juridiction ayant délibéré est à cet égard de nature à faire douter de son impartialité⁶³.

Depuis l'arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} octobre 1982, la Cour EDH distingue deux aspects à l'impartialité du juge : l'impartialité subjective et l'impartialité objective.

*«Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard»*⁶⁴.

⁶⁰ Com. EDH, rapport 8 mars 1989, *Kristinsson c. Islande*.

⁶¹ Cour eur. D.H., 26 février 1993, *Padovani c. Italie*, §27.

⁶² N. COMMARET, *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat*, Dalloz, 1998, Chr., pp. 262 et s.

⁶³ Cour eur. D.H., 20 janvier 2011, *Vernes c. France*, §§42-43.

⁶⁴ Cour eur. D.H., 6 mai 2003, *Kleyn et alli c. Pays-Bas*, §191.

«L'impartialité au sens de l'article 6, §1 s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime»⁶⁵.

Cette double démarche est également reprise par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁶ et par les juridictions belges⁶⁷.

La Cour EDH prend toutefois soin de préciser que «la frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est [...] pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective)»⁶⁸.

Reprenons et développons ces deux éléments.

§ 1. L'impartialité subjective

L'impartialité subjective ou personnelle s'attache à la personne même du juge, indépendamment de ses liens avec les parties ou des fonctions exercées en cumul ou antérieurement. Elle peut être définie comme l'absence dans le chef du juge de tout parti pris, de tout préjugé, de toute opinion défavorable ou favorable à l'encontre d'une des parties au procès ou d'une des thèses juridiques en présence.

Elle s'apprécie doublement, c'est-à-dire à la fois au regard de l'attitude, du comportement et de l'expression du juge avant, pendant et même après le procès et en fonction de la nature de celui-ci ou de celle-ci : cette attitude, ce comportement ou cette expression doit en effet être de nature à susciter, dans le chef d'une des parties, un doute légitime quant à la capacité du juge d'être impartial dans le traitement de la cause⁶⁹.

⁶⁵ Cour eur. D.H., 6 juin 2000, *Morel c. France*, §40; 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c. France*, §32.

⁶⁶ C.J.U.E., 26 juin 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, pt. 54; 1^{er} juillet 2008, C-341/06 et C-342/06, *Chronopost et La Poste*; 19 février 2009, C-308/07, *Gorostiaga Atxalandabaso*, pts. 41 à 47.

⁶⁷ C.C. b., arrêts n° 157/2009, du 13 octobre 2009, B.3.1. et n° 123/2011, B.8.1.; Cass., 17 février 2003, *J.T.*, 2005, p. 267; C.E. b., n° 169.314, 22 mars 2007, *ASBL Vrijheidsfonds et ASBL Vlaamse concentratie*, pt. 14.

⁶⁸ Cour eur. D.H., 2 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, §119; 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte*, §95; 26 avril 2011, *Steulet c. Suisse*, §36.

⁶⁹ J. VAN COMPERNOLLE, «L'indépendance et l'impartialité du juge», in *Confiance dans la Justice*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 21.

La difficulté est la suivante : le parti pris ou le préjugé demeure souvent dans le for intérieur du juge. Il n'est donc pas aisé à dénicher ou à démasquer. Il ne faut pas pour autant tomber dans la paranoïa du complot permanent ourdi par une justice manquant de neutralité. La démarche en vue de contrôler l'impartialité subjective du juge a dès lors été «objectivée» et s'effectue en deux temps :

- 1° Dans un premier temps, l'impartialité personnelle du juge se présume jusqu'à preuve du contraire⁷⁰. Le juge bénéficie donc, à titre personnel, d'une présomption réfragable d'impartialité tant en matière civile que pénale. Il revient au justiciable qui accuse un juge de partialité personnelle de produire des éléments concrets et circonstanciés étayant l'accusation qu'il porte. Quant au type de preuve exigé, la Cour s'est par exemple efforcée de vérifier si un juge avait témoigné de l'hostilité ou de la malveillance pour des raisons personnelles⁷¹;
- 2° Dans un second temps, il importe de vérifier l'exactitude et la consistance de ces éléments et d'examiner si le juge «ne présente pas des risques 'objectifs' de partialité 'subjective'»⁷². En d'autres termes, tous les comportements, prises de position ou expressions d'un magistrat n'entachent pas sa partialité; leur nature doit être telle qu'ils peuvent susciter des appréhensions objectivement justifiées de partialité.

Plusieurs circonstances ou situations méritent d'être épinglées :

1. Les convictions idéologiques ou philosophiques d'un juge

À propos de convictions philosophiques, la Cour EDH a jugé que «l'appartenance à la franc-maçonnerie d'un juge et d'une partie n'est pas, en soi et en l'absence d'éléments particuliers internes à l'objet du procès, de nature à faire douter de l'impartialité du tribunal, car il n'y a pas de raisons de douter qu'un juge ne fasse prévaloir son serment de remplir ses fonctions en toute indépendance sur toute autre contrainte ou obligation sociale»⁷³.

De même, à propos des convictions politiques, il ressort de la jurisprudence de la Commission EDH et de la Cour EDH qu'une sympathie politique dans le chef d'un magistrat ne suffit pas en soi pour susciter des

⁷⁰ Jurisprudence constante de la Cour EDH depuis l'arrêt du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*.

⁷¹ Cour eur. D.H., 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, §25.

⁷² F. TULKENS et J. LOTARSKI, «Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 751.

⁷³ Cour eur. D.H., 15 juin 2000, *Salaman c. Royaume-Uni* (décision d'irrecevabilité); 2 août 2001, *N.F. c. Italie et Grande Oriente d'Italia di Palazzo Guistiniani c. Italie* (deux arrêts).

appréhensions objectivement justifiées de partialité⁷⁴. Il doit être démontré que l'intéressé a reçu du parti politique qui est censé être le sien des instructions concernant ce litige⁷⁵. Le fait qu'une période électorale est caractérisée par une sensibilité politique exacerbée ne suffit pas à conclure qu'un juge était personnellement de parti pris⁷⁶.

Cette jurisprudence peut être étendue à toute appartenance idéologique ou philosophique.

Les hautes juridictions belges se sont inspirées de cette jurisprudence pour juger notamment que «un parti politique cristallise les courants d'idées sur une multitude de problèmes de société» et que «c'est faire preuve de peu de sens des réalités que de prétendre que la préférence pour un parti impliquerait automatiquement que l'intéressé marque son accord sur chaque réponse apportée par ce parti à toutes ces questions, *a fortiori* sur toute déclaration d'un 'chef de file'»⁷⁷.

II. Les déclarations préalables ou concomitantes au procès

Les juges ne peuvent laisser entendre par leurs déclarations qu'ils ont déjà une opinion préalable qui est préjudiciable ou avantageuse pour l'une des parties et qui ne sera pas remise en cause lors de l'instance. Le respect de la garantie d'impartialité s'accompagne en effet pour le juge d'un devoir de réserve qui consiste «à s'abstenir de tout acte ou de tout comportement de nature à ébranler la confiance du justiciable ou à donner l'impression qu'il [ne serait] plus indépendant ou impartial»⁷⁸. Dès lors, «il n'appartient pas au juge de faire des commentaires ou déclarations publiques au sujet des affaires qu'il instruit»⁷⁹.

De manière générale manque à son devoir d'impartialité le tribunal qui, dès avant l'ouverture des débats, laisse transparaître son opinion quant à la culpabilité du prévenu⁸⁰. Il en va ainsi du juge qui qualifie le système de défense d'un prévenu «d'in vraisemblable, de scandaleux, de mensonger, d'ignoble et de répugnant»⁸¹, du juge ou du membre d'un jury qui tient des

⁷⁴ Comm. EDH, 18 mai 1999, décision, *Ninn-Hansen c. Danemark*, p. 20; Cour eur. D.H., décision, 28 janvier 2003, *M.D.U. c. Italie*, p. 12; décision, 26 août 2003, *Filippini c. Saint-Marin*, p. 5.

⁷⁵ Cour eur. D.H., 26 août 2003, décision, *Filippini c. Saint-Marin*, p. 5.

⁷⁶ Cour eur. D.H., 15 novembre 2007, *Galstyan c. Arménie*.

⁷⁷ C.C. b., arrêt n° 157/2009, du 13 octobre 2009, B.7.2.; C.E. b., n° 169.314, 22 mars 2007, *ASBL Vrijheidsfonds et ASBL Vlaamse concentratie*.

⁷⁸ Cass. b. (ass. gén.), 9 septembre 1999, *Pas.*, I, n° 446.

⁷⁹ Cass. b., 18 février 2003, *J.T.*, 2005, p. 267, obs. F. KUTY; 19 février 2008, *T. Straf.*, 2008, p. 110, note.

⁸⁰ Cass. b., 31 mai 1976, *Pas.*, I, p. 1042; 14 février 1977, *Pas.*, I, 634; 1^{er} juin 1999, *Pas.*, I, n° 323; 17 février 2003, *Pas.*, I, n° 109.

⁸¹ Comm. EDH, avis du 29 octobre 1993, *Boeckmans* (l'affaire s'est terminée par une transaction).

propos racistes de manière générale ou envers un accusé⁸², du juge qui émet des propos sur la culpabilité d'une partie⁸³, du juge qui prend position avant la fin de la procédure⁸⁴, des juges qui tiennent des propos négatifs dans les médias à l'encontre de l'accusé et qui en ont été le concurrent à des places judiciaires⁸⁵, du juge qui entretient une vive polémique par voie de presse avec l'une des parties⁸⁶, ou du président du tribunal de l'application des peines qui a, avant l'ouverture des débats, fait connaître son opinion, dans une lettre adressée à l'assistant de justice chargé de la guidance du condamné, sur un élément susceptible d'être soumis à son appréciation⁸⁷. En matière civile, il a été jugé que les propos du juge, par lesquels, lors de l'appel du rôle à l'audience d'introduction, il fait connaître son interprétation d'un arrêt de la Cour constitutionnelle dont il considère qu'il implique le rejet de la demande, sont de nature à inspirer au demandeur et aux tiers une suspicion légitime quant à l'aptitude de ce magistrat à statuer avec l'impartialité et l'indépendance requises⁸⁸.

Deux nuances tempèrent le caractère apparemment absolu d'une telle affirmation :

1° Il doit y aller non pas d'une simple appréciation négative de la cause concernée mais d'une prise de position sur l'issue de l'instance, voire sur les moyens de défense utilisés, qui est apparemment définitive malgré les débats qui vont suivre. En d'autres termes, si le juge viole son devoir de réserve, il n'est pas pour autant impartial : «il doit encore apparaître de ses commentaires ou déclarations que l'instruction du procès aurait été partielle ou, du moins, que ses déclarations, eu égard au déroulement de la procédure, feraient naître une apparence raisonnable de partialité»⁸⁹. Une affaire est exemplative de cette distinction à opérer⁹⁰ : à la fin d'un procès d'assises relatif à l'assassinat d'un inspecteur vétérinaire par une

⁸² Cour eur. D.H., 23 avril 1996, *Remli c. France* (violation); 25 février 1997, *Gregory c. Royaume-Uni* (non-violation); 9 mai 2000, *Sander c. Royaume-Uni* (violation).

⁸³ Cour eur. D.H., 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*; Cass. b., 31 mai 1976, *Pas.*, I, 1042; 30 avril 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1245; Cour d'assises de la Province du Brabant, 26 novembre 1993, *J.T.*, 1993, 808 (affaire *Haemers*); Liège, 17 septembre 2011, inédit, relatif à la récusation de la juge Christine Julien dans l'affaire du Casino de Dinant.

⁸⁴ Cour eur. D.H., 28 mai 2002, *Kingsley c. Royaume-Uni* (le Conseil britannique des jeux de hasard avait indiqué que le requérant n'avait pas les qualités requises avant le début de l'instance).

⁸⁵ Cour eur. D.H., 5 février 2009, *Olujić c. Croatie*.

⁸⁶ Cour eur. D.H., 16 septembre 1999, *Buscemi c. Italie* (à propos d'une affaire de garde d'enfants).

⁸⁷ Cass. b., 5 mai 2010, R.G. n° P.10.0633.F.

⁸⁸ Cass. b., 22 mars 2002, RG n° 02.0124.F.

⁸⁹ Cass. b., 18 février 2003, *J.T.*, 2005, p. 267, obs. F. KUTY.

⁹⁰ *Ibidem*.

organisation mafieuse active dans le secteur de la viande, le président de la Cour adresse, après le prononcé de la peine, des mots de consolation aux proches parents de la victime; ceux-ci sont jugés comme «ne suscitant aucune apparence de partialité dans le chef du président lors de l’instruction de la cause». Ensuite, le même président donne des interviews qui, «vu le contexte et le moment auquel elles ont été faites, ne doivent pas être considérées comme un reproche concret ou un jugement sur le contenu ou le bien-fondé de la défense» sur l’action publique. Par contre, le lendemain de ces interviews, lors de l’audience consacrée aux intérêts civils, le président refuse de remettre la cause pour permettre au condamné de déposer une éventuelle requête en récusation : «dans les circonstances données, d’une part, l’interview télévisée du président du 6 juin 2002 à 19h, d’autre part, la décision de poursuivre immédiatement les débats sur les actions civiles [...] à l’audience du 7 juin 2002, nonobstant la défense expresse du demandeur concernant la partialité du président, est de nature à faire naître en l’espèce un doute raisonnable dans le chef du demandeur quant à l’aptitude du président de la cour d’assises à pouvoir encore connaître des actions civiles d’une manière impartiale»;

2° Il faut aussi tenir compte de la tension existante entre la liberté d’expression protégée par l’article 10 de la CEDH et le devoir d’impartialité des juges imposé par l’article 6.1. de la même Convention. Il ressort à cet égard de la jurisprudence de la Cour EDH que si l’article 10 bénéficie en principe aussi aux magistrats, ceux-ci doivent user de leur liberté d’expression avec retenue et discrétion, voire s’en abstenir chaque fois que dans une affaire qui leur est soumise, leur impartialité est susceptible d’être mise en cause ⁹¹.

Les exemples qui suivent sont révélateurs de cette tension. Ne constituent pas un manque d’impartialité des déclarations faites par plusieurs magistrats à la presse, dans le cadre d’une affaire sensible de corruption mettant en cause une personnalité politique éminente, dès lors que ces textes contenaient des critiques du climat politique entourant le procès et des réformes législatives proposées par le gouvernement mais n’affirmaient en rien la culpabilité de l’inculpé. «La circonstance que, en application des principes de la démocratie et du pluralisme, certains magistrats ou groupes de magistrats puissent, en leur qualité d’experts en matière juridique, exprimer des réserves ou des critiques à l’égard des projets de loi du gouvernement ne saurait nuire à l’équité des procédures judiciaires auxquelles ces projets

⁹¹ Outre les arrêts *Buscemi* et *Lavents* précités, voy. Cour eur. D.H., 28 octobre 1999, *Wille c. Lichtenstein*, §64; 26 février 2009, *Kudeshkina c. Russie* (révocation d’un juge en raison de ses critiques publiques sur le fonctionnement du système judiciaire).

pourraient s'appliquer». Quant aux critiques sur la stratégie défensive du prévenu, elles émanaient de juges autres que ceux qui siégeaient dans l'affaire ⁹². Le même raisonnement a été tenu à propos de la participation de magistrats du Conseil d'État grec au délibéré portant sur un recours contre la décision ministérielle de supprimer la mention de la religion sur les cartes d'identité alors que ces magistrats étaient membres d'un syndicat de la magistrature qui avait approuvé, préalablement et par voie de presse, cette suppression : cette déclaration «émanait d'une association regroupant un grand nombre de magistrats de toutes les juridictions. Les membres du Conseil d'État récusés par les requérants n'avaient pas pris individuellement position sur [cette] question. [Elle] fut publiée pendant les vacances judiciaires, sans que les magistrats concernés en eussent pris connaissance» ⁹³.

III. Les attitudes préalables ou concomitantes

Compromet son impartialité le juge d'instruction désigné dans une affaire d'enfants disparus qui participe par sympathie à un souper organisé par une ASBL regroupant des parents d'enfants disparus dont les parties civiles à la cause ⁹⁴. Par contre, la proposition d'une tentative de conciliation n'est pas un motif de récusation du juge qui l'a spontanément soumise aux parties qui ne lui en avaient pas fait la demande ⁹⁵.

IV. Les projets de décision préalables à l'audience

Lors de la consultation au greffe du dossier préalablement à une audience, une des parties découvre un projet de décision destiné au délibéré futur de l'affaire. Peut-on déduire un préjugement du siège ou du magistrat qui l'a rédigé? Pour la Cour de cassation, un tel projet «n'engage pas les membres de la juridiction appelés à délibérer» mais est «un document de travail émanant du siège saisi du litige». En soi, «l'établissement d'un projet de décision avant l'audience et sa présence, certes inappropriée, parmi les pièces de la procédure ne sauraient suffire pour douter raisonnablement de l'impartialité et de l'indépendance des magistrats ayant statué» ⁹⁶.

V. La participation à un premier délibéré suivi d'un second

Que penser également d'un juge ayant pris part à un premier délibéré dans un siège composé de trois juges et qui, le délibéré n'ayant pas été fina-

⁹² Cour eur. D.H., 8 décembre 2009, *Previti c. Italie* (décision d'irrecevabilité).

⁹³ Cour eur. D.H., 12 décembre 2002, *Sofianopoulos et alii c. Grèce* (décision d'irrecevabilité).

⁹⁴ Cass. b., 14 octobre 1996, *Pas.*, I, n° 349 (affaire *Dutroux*).

⁹⁵ Civ. Bruxelles, 4 novembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 452.

⁹⁶ Cass. b., 8 décembre 2010, N° P.10.1170.F.

lisé, reprend la cause *ab initio* avec un autre siège? Dans plusieurs arrêts ⁹⁷, la Cour de cassation a jugé que lorsqu'une cause a été prise en délibéré et qu'au cours de cette délibération, il apparaît que l'un des magistrats doit se retirer, l'affaire peut régulièrement être reprise, après réouverture des débats, devant un autre siège comprenant notamment des juges du premier siège à l'exception de celui qui a dû s'abstenir. En effet, il ne saurait se déduire, de la seule circonstance que ces juges ont délibéré au sujet de la cause avec le juge qui s'est abstenu ensuite, qu'ils n'ont pas disposé de l'impartialité requise pour statuer dans le cadre du nouveau siège ou que les droits de la défense ont été violés.

VI. Les articles de doctrine

Nous renvoyons pour ce point à la partie de notre contribution consacrée au cumul des fonctions de juge et de professeur (voir *infra*, §II, III, 2).

Conclusions

Il faut bien le constater. Les arrêts mettant en cause l'impartialité subjective d'un juge sont relativement rares. La présomption d'impartialité ne parvient à être renversée qu'en présence de circonstances bien spécifiques qui ont souvent un lien avec le non-respect de la présomption d'innocence ⁹⁸. Le défaut d'impartialité subjective est en outre difficile à établir et est une accusation grave pour un magistrat.

Aussi la Cour a-t-elle développé une approche plus procédurale de l'impartialité subjective. Plutôt que d'analyser les circonstances factuelles qui sont à l'origine des doutes d'impartialité et de tenter de les objectiver, la Cour EDH va plutôt s'attacher aux garanties procédurales permettant, dans un État, au justiciable soupçonneux de lever les doutes en cause. En présence d'une contestation de l'impartialité qui n'est pas manifestement dénuée de fondement, il appartient aux États d'organiser en faveur des justiciables des mécanismes protecteurs suffisants et efficaces dans ce domaine et aux juridictions nationales de procéder à des enquêtes détaillées sur les faits dénoncés en vue de rendre possible le contrôle des doutes exprimés ⁹⁹.

⁹⁷ Cass. b., 2 mai 1984, *Bull. et Pas.*, I, 1984, n° 504; 18 juin 2009, *Pas.*, I, n° 418, R.G. n° C.08.0468.F; 9 juin 2010, RG P.10.564.F, en cause G.

⁹⁸ C. VIENNOT, «Actualités et perspectives ouvertes par la jurisprudence récente de la Cour eur. D.H. en matière d'impartialité», *Rev. Trim. Dr. H.*, 2007, p. 183.

⁹⁹ Voy. à ce propos les analyses de F. TULKENS et J. LOTARSKI, *op. cit.*, pp. 753 à 755 et de C. VIENNOT, *op. cit.*, pp. 179 à 194, lequel se réfère aux arrêts du 16 janvier 2007, *Farhi c. France* (à propos d'une communication entre le procureur et certains jurés lors d'une suspension d'audience) et du 8 février 2007, *Svark et Kavnik c. Slovénie* (à propos d'un expert judiciaire devenu juge).

À défaut de tels mécanismes ou de telles enquêtes, la Cour conclut à la partialité subjective.

L'accroissement des exigences de la Cour envers les États et les juridictions nationales en ce domaine assure une effectivité plus grande du droit des justiciables à un tribunal impartial. Elle vise aussi à accroître le contrôle des juridictions nationales en la matière, ce qui à terme peut réduire le contentieux pendant devant elle. Elle oblige aussi les justiciables à utiliser ces mécanismes nationaux protecteurs, lorsqu'ils existent, sous peine de se voir reprocher de ne pas en avoir fait usage devant les juridictions nationales.

Enfin, confrontée à la mise en doute de l'impartialité du juge, la juridiction peut se tourner vers l'impartialité objective ou fonctionnelle. Il s'ensuit que, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus ¹⁰⁰.

§2. L'impartialité objective ou fonctionnelle

L'impartialité du juge doit aussi s'apprécier indépendamment de son attitude ou de ses convictions personnelles et ce, eu égard à ses relations avec les parties ou à l'exercice cumulé ou successif de certaines fonctions.

La démarche consiste à se demander si, indépendamment du comportement individuel des intéressés, il y a néanmoins des éléments vérifiables pouvant justifier un semblant de suspicion à leur égard. Les apparences peuvent revêtir de l'importance en ce que des situations peuvent par elles-mêmes donner l'impression d'un manque d'impartialité. Pour ce faire, s'il faut évidemment prendre en considération le point de vue du justiciable, celui-ci ne joue toutefois pas un rôle déterminant. En revanche, il est primordial de savoir si la crainte d'un manque d'impartialité ressentie par l'intéressé dans certaines circonstances peut être considérée comme étant objectivement justifiée ou fondée sur une raison légitime.

Dans un premier temps, la Cour EDH a adopté une démarche purement abstraite, très favorable aux justiciables, en se fiant aux simples apparences plus qu'à la réalité des craintes d'impartialité. Par la suite, elle a infléchi cette attitude très rigoriste et un peu coupée des réalités juridictionnelles. Depuis l'arrêt *Hauschildt c. Autriche* du 24 mai 1989, elle a introduit une dimension plus concrète et, en tout cas, plus effective des doutes exprimés par le justiciable en raison de certaines circonstances en ce qu'elle examine

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., 10 juin 1996, *Pullar c. Royaume-Uni*, §32; 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte*, §95.

désormais l'impact de ces situations sur le justiciable et sur le fonctionnement de la justice.

Trois réalités nous semblent pouvoir être appréhendées :

- les relations avec les parties;
- l'exercice successif de fonctions dans le temps;
- le cumul de fonctions dans l'espace.

1. Les relations avec les parties

Le juge ne peut être en conflit d'intérêts, favorable ou défavorable, avec une des parties à l'instance. Pour ce faire, il ne peut en principe présenter aucun lien avec les parties, que ce soit un lien de parenté ou d'alliance, un lien d'autorité ou de subordination ou encore un lien économique ou financier direct et indirect. Toutefois, si initialement, la Cour EDH était plutôt stricte en présence d'un tel lien entre un membre de la juridiction et une des parties ¹⁰¹, elle a estimé par après qu'«il faut décider dans chaque cas d'espèce si la nature et le degré du lien en question sont tels qu'ils dénotent un manque d'impartialité» ¹⁰².

Quelques exemples peuvent être relevés :

1. *Un lien de parenté ou d'alliance*

L'impartialité du juge est mise en doute du fait du lien de filiation entre le juge (père) et l'avocat (fils) ¹⁰³; du fait que le demandeur vit maritalement avec la nièce du juge ¹⁰⁴; du fait que le neveu du juge travaille dans le cabinet de l'avocat d'une des parties ¹⁰⁵; du fait du lien de fratrie, considéré comme lien étroit de parenté, qui unit l'avocat de la partie adverse et le juge ¹⁰⁶; mais pas du fait de l'intervention ponctuelle, dans l'instruction de la cause soumise à la cour d'appel, d'un juge d'instruction, conjoint d'un membre du siège de ladite cour ¹⁰⁷.

2. *Un lien d'autorité ou de subordination*

Le grief de partialité est retenu du fait d'une relation de services entre un juge et une des parties ¹⁰⁸; du fait d'une relation de travail entre un juré

¹⁰¹ Cour eur. D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*; 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*.

¹⁰² Cour eur. D.H., 10 juin 1996, *Pullar c. Royaume-Uni*, §38; 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, §97.

¹⁰³ Cass. b., 18 avril 1991, *Pas.*, I, 743. Voir toutefois Cass. b., 17 avril 1997, *Pas.*, I, 189.

¹⁰⁴ Cité par S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 59 (violation).

¹⁰⁵ Cour eur. D.H., 6 novembre 2003, *Zennari c. Italie* (non-violation).

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, §102 (violation).

¹⁰⁷ Cass. b., 12 mai 2010, R.G. n° P.10.0351.F.

¹⁰⁸ Cour eur. D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche* (violation); 14 novembre 2006, *Tsfayo c. Royaume-Uni* (violation).

(employé) et un témoin à charge ¹⁰⁹; du fait que le juge est professeur auprès de l'université, partie adverse, ce qui implique des rapports professionnels réguliers et étroits et la perception d'une rémunération non négligeable ¹¹⁰; du fait que les conclusions d'un tribunal sont fondées sur l'avis autorisé d'experts, employés de la partie défenderesse ¹¹¹, ou sur l'avis d'un expert qui assiste, en qualité de conseil technique, l'adversaire d'une des parties dans une autre cause ¹¹², mais pas d'un expert qui participe à un groupe de travail scientifique auquel participent l'avocat et le conseil technique d'une des parties dès lors que ces réunions sont sporadiques et sont étrangères à l'objet de la mission de l'expert ¹¹³; du fait de la présence de juges militaires au sein de cours de sûreté pour juger des civils ¹¹⁴ ou au sein de cours martiales ¹¹⁵.

Par contre n'est pas considérée comme telle la fréquentation d'un même centre de recherches universitaires par le juge-professeur et l'avocat d'une des parties, par ailleurs assistant dans ce centre, en raison de la liberté académique en vigueur dans les milieux scientifiques ¹¹⁶.

3. *Un lien économique ou financier*

Un tel lien peut résulter du fait d'un arrangement entre la banque, partie au procès, et l'époux de la juge à propos des dettes de son mari, arrangement auquel elle a participé ¹¹⁷; du fait d'un conseiller d'État présent dans le siège délibérant et prononçant un arrêt dans une procédure contre un ministère et nommé un mois plus tard secrétaire général de ce ministère ¹¹⁸; du fait, pour un curateur de faillite, qualifié de «mandataire de justice chargé de gérer la faillite en bon père de famille», d'avoir posé «un acte qu'il aurait accompli au bénéfice du failli, des gérants ou des administrateurs de la société faillie ou au bénéfice d'un de ses créanciers au cours des dix-huit mois précédant le jugement déclaratif de faillite» ¹¹⁹. Par contre,

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., 10 juin 1996, *Pullar c. Royaume-Uni* (violation).

¹¹⁰ Cour eur. D.H., 17 juin 2003, *Pescador Valero c. Espagne* (violation). Tel n'est pas le cas des médecins-conseils qui sont employés par les organismes assureurs lorsqu'ils siègent dans les juridictions de l'INAMI, les organismes assureurs n'étant pas parties à la cause (C.E., n° 211.299 du 16 février 2011, *Jacmin*).

¹¹¹ Cour eur. D.H., 5 juillet 2007, *Sara Lind Eggertsdottir c. Islande*, §§47 à 54 (manque de neutralité de l'expert en raison des circonstances en matière de responsabilité médicale).

¹¹² Civ. Bruxelles, 5 octobre 2010, *J.T.*, 2011, p. 453.

¹¹³ Civ. Bruxelles, 30 novembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 450.

¹¹⁴ Voy. les arrêts de la Cour eur. D.H. cités à la note 51; Cour eur. D.H., 24 octobre 2006, *Martin c. Royaume-Uni*.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., 24 septembre 1997, *Coyne c. Royaume-Uni*.

¹¹⁶ C.C. b., arrêt n° 155/2011 du 13 octobre 2011, B.10. *Adde infra* à propos du juge-professeur.

¹¹⁷ Cour eur. D.H., 10 avril 2003, *Petur Thor Sigurdsson c. Islande* (violation).

¹¹⁸ Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France* (violation).

¹¹⁹ C.C. b., arrêt n° 50/2004, du 24 mars 2004, B.4 et B.5.

n'ont pas été retenus le fait d'un expert ayant été impliqué, comme salarié d'un cabinet d'audit, dans une étude concernant une société ayant un lien de filiation avec une des sociétés parties à la cause, en raison du rôle essentiellement technique assumé par cet expert et du paiement des honoraires par une autre société que celles en procès¹²⁰, ou la circonstance que les filles de deux des juges travaillaient pour l'ami du responsable de la banque concernée par la cause pendant devant ces juges¹²¹.

Enfin, il va de soi qu'un juge ne peut statuer dans sa propre cause, ce qu'exprime l'adage *nemo iudex in causa sua*¹²². À ce titre, manque d'impartialité le juge qui siège dans une affaire relative à des faits d'outrage qu'il avait lui-même caractérisés et décidé de poursuivre¹²³, ou le juge qui s'est prononcé sur des faits qui le visaient personnellement du fait d'une demande de récusation¹²⁴, ou le juge qui participe à la procédure de jugement d'un journaliste poursuivi pour publication d'écrits diffamatoires le concernant¹²⁵, ou encore le juge qui statue sur la contestation de l'enregistrement d'une école dont le fils avait été renvoyé et avait menacé de se venger¹²⁶. Il en va de même du tribunal qui statue sur une action dirigée à son encontre et visant à mettre en cause sa responsabilité délictuelle dans l'exercice de la fonction de juger et ce, d'autant plus que le paiement de l'éventuelle indemnité est à imputer sur le budget du tribunal¹²⁷. Par contre, tel n'est pas le cas lorsque le prévenu se borne à faire état d'une plainte qu'il a lui-même déposée contre ce juge, sans invoquer aucun élément vérifiable qui permettrait de conforter objectivement les inquiétudes qu'il dit avoir pu ressentir¹²⁸.

II. L'exercice successif de fonctions différentes dans le temps

Deux groupes d'hypothèses sont ici abordées. D'une part, l'implication de fonctions non juridictionnelles qui ont été exercées antérieurement par le juge sur sa fonction actuelle de juge; d'autre part, l'impact des fonctions juridictionnelles antérieures sur celles exercées par le juge dans la même instance ou à l'égard de la même partie.

¹²⁰ Cour eur. D.H., 24 septembre 2009, *Procedo Capital Corporation c. Norvège*.

¹²¹ Cour eur. D.H., 4 avril 2000, *Academy Trading c. Grèce*.

¹²² En droit belge, cet adage est consacré aux articles 292, 293, 297 et 304 du Code judiciaire.

¹²³ Cour eur. D.H., 27 janvier 2004 et 14 décembre 2005, *Kyprianou c. Grèce*.

¹²⁴ Cour eur. D.H., 7 juin 2005, *Chmélir c. République tchèque*.

¹²⁵ Cour eur. D.H., 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*.

¹²⁶ Cour eur. D.H., 26 juin 2007, *Tocono et alii c. Moldavie*.

¹²⁷ Cour eur. D.H., 10 avril 2008, *Mihalkov c. Bulgarie*, §§47 à 50.

¹²⁸ Cass. b., 9 avril 2003, P030072F.

A. Succession dans le temps de fonctions non juridictionnelles et de fonctions juridictionnelles

Avant d'être juge, celui-ci a sans doute exercé d'autres activités professionnelles. Celles-ci peuvent-elles être de nature à entacher objectivement l'impartialité du désormais juge?

Passons en revue certaines situations :

1. *La fonction législative antérieure*

Ni l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni aucune autre disposition de cette Convention ou de ses protocoles additionnels n'interdisent qu'un ancien parlementaire devienne juge¹²⁹. La question est autre : le juge, ancien parlementaire, peut-il statuer dans une cause qui a pour objet, principal ou incident, la contestation d'une norme législative à l'élaboration de laquelle il a pris part, peu importe qu'il l'ait proposée, soutenue ou combattue?

Pour la Cour EDH, «toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question»¹³⁰. Cette position assez tranchée s'explique sans doute par le fait que dans cette affaire, le *Bailiff* de l'île de Guernesey exerçait à la fois des fonctions législatives, exécutives et judiciaires. Par après, la Cour a adopté une attitude plus prudente en vérifiant, pour écarter le grief de partialité, si le parlementaire devenu juge n'avait joué aucun rôle dans l'adoption de la législation applicable au litige pendant devant lui¹³¹.

La problématique concerne particulièrement les juges constitutionnels dès lors qu'ils sont investis du contrôle juridictionnel des lois. Qu'en est-il à cet égard? Ainsi, en Belgique, la moitié des membres de la Cour constitutionnelle sont des anciens parlementaires. La loi organique de cette Cour prévoit à cet égard que «le fait qu'un juge de la Cour a participé à l'élaboration de la [norme] qui fait l'objet du recours en annulation ou de la décision de renvoi, ne constitue pas en soi une cause de récusation» (art. 101, alinéa 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle). Saisie de demandes en récusation de certains juges anciens parlementaires pour ce motif, la Cour constitutionnelle a jugé que «par l'utilisation de l'expression 'en soi', [le législateur] a lui-même envisagé l'hypothèse où l'implication dans le processus législatif du membre du Parlement devenu

¹²⁹ Cour eur. D.H., 22 juin 2004, *Pabla Ky c. Finlande*, §29.

¹³⁰ Cour eur. D.H., 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, §55.

¹³¹ Cour eur. D.H., 22 juin 2004, *Pabla Ky c. Finlande*.

juge aurait été telle que son impartialité objective pourrait être mise en cause». Tel n'est pas le cas du parlementaire qui s'est contenté d'émettre des votes dans le sens de la majorité politique dont son groupe faisait alors partie ¹³². Il s'ensuit que «une mission accomplie dans le cadre du mandat précédent de parlementaire ne saurait suffire en soi pour conclure à une apparence de partialité d'un juge nommé à vie, dont l'indépendance est garantie par un grand nombre de dispositions législatives» ¹³³.

2. *La fonction exécutive ou administrative antérieure*

Un ancien membre d'un gouvernement ou un ancien fonctionnaire devient ou redevient juge (à la suite d'un congé politique ou d'un détachement temporaire). Siéger dans une affaire dans laquelle il est intervenu antérieurement à un de ces titres peut susciter des craintes objectivement justifiées dans le chef du justiciable. Ainsi jugé à propos d'un juge ayant été secrétaire d'État à la Sécurité au sein du gouvernement espagnol et en contact avec certaines personnes à cette occasion et ayant été, après sa démission du gouvernement, investi de la fonction judiciaire d'instruction d'un dossier pénal ouvert, entre autres, à l'encontre de ces mêmes personnes ¹³⁴.

3. *La fonction d'expertise antérieure*

Un professeur de droit, consulté à titre d'expert par une juridiction de première instance et nommé par après juge constitutionnel, ne peut à ce dernier titre siéger dans une cause dans laquelle il est intervenu comme expert, même si un délai de 7 ans sépare l'expertise de l'arrêt de la Cour constitutionnelle ¹³⁵.

4. *Les mêmes fonctions postérieures à la fonction de juge*

Le même raisonnement peut être tenu à l'égard de juges démissionnaires, pensionnés ou arrivés au terme de leur mandat qui exercent ensuite des fonctions administratives ou publiques. Ainsi manque d'impartialité le conseiller d'État participant au délibéré et au prononcé d'un arrêt dans une procédure contre un ministère et nommé un mois plus tard secrétaire général de ce ministère ¹³⁶.

¹³² C.C. b., arrêts n° 35/94 et n° 36/94, du 10 mai 1994.

¹³³ C.C. b., arrêt n° 157/2009, du 13 octobre 2009, B.7.4.

¹³⁴ Cour eur. D.H., 6 janvier 2010, *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne*.

¹³⁵ Cour eur. D.H., 8 février 2007, *Svark et Kavnik c. Slovénie*.

¹³⁶ Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France* (violation).

B. Succession dans le temps de fonctions juridictionnelles différentes

Qu'en est-il de l'exercice par la même personne de différentes fonctions juridictionnelles dans le cadre du processus judiciaire? C'est dans ce domaine que la jurisprudence de la Cour EDH est la plus abondante. C'est également à ce propos qu'elle a le plus évolué en passant d'une conception abstraite à une conception plus concrète de l'impartialité du juge.

Il ressort en synthèse de cette jurisprudence que le simple fait que, dans la même affaire ou dans une autre procédure mais concernant le même justiciable, un juge ait déjà pris des décisions ou des mesures ne peut en soi justifier des appréhensions suffisantes quant à son impartialité; il faut en outre avoir égard au rôle réellement joué antérieurement par le magistrat, c'est-à-dire notamment à la nature, au contenu et à la portée des décisions ou des mesures qu'il a prises¹³⁷. Son impartialité pourrait être compromise si «les jugements précédemment rendus contiennent des références ou des anticipations pour les affaires qui restent à trancher ou si les questions abordées au cours de la seconde procédure sont analogues à celles sur lesquelles le juge s'est précédemment prononcé»¹³⁸.

Diverses situations peuvent être recensées selon le schéma suivant qui est uniquement destiné à systématiser et à clarifier l'exposé :

1. *La succession de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles au sein de la même juridiction*

Il est courant qu'une même institution soit investie de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Cette situation peut s'avérer problématique lorsque le juge est appelé à connaître d'une affaire ou d'une question de droit à propos de laquelle il a déjà donné un avis. Ce cumul a d'abord été fermement condamné par la Cour EDH¹³⁹. Elle a ensuite nuancé sa position en relevant que l'objet de l'avis consultatif et de la décision contentieuse doit concerner la même affaire, la même question ou des questions analogues¹⁴⁰. Tel n'est pas le cas d'un avis rendu sur un projet de loi relatif à la planification des infrastructures de transport et d'un arrêt relatif à un arrêté de tracé d'une telle infrastructure, les deux ayant pour-

¹³⁷ Voir, notamment, *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, §50; 24 août 1993, *Nortier c. Pays-Bas*, §33; 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c. Portugal*, §35; *D.P. c. France*, n° 53971/00, §35; 10 mai 2007, *Tedesco c. France*, §58.

¹³⁸ Cour eur. D.H., 26 avril 2011, *Steulet c. Suisse*, §38.

¹³⁹ Cour eur. D.H., 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg* : «le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution».

¹⁴⁰ Cour eur. D.H., 6 mai 2003, *Kleyn c. Pays-Bas*; 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*.

tant été rendus par le même magistrat ¹⁴¹. Il s'ensuit que le simple fait qu'une institution exerce les deux fonctions ne suffit pas à établir une violation du principe d'impartialité et qu'il y a lieu d'examiner si l'indépendance des membres est assurée entre les deux sections, ce qui est le cas si les avis n'ont pas de force contraignante pour la section qui exerce ultérieurement la fonction juridictionnelle, si les juges sont inamovibles et si tous les membres de la section juridictionnelle qui ont déjà rendu un avis relativement à la «même affaire» ou à la «même question» peuvent être récusés, même d'office.

Afin d'éviter une telle situation conflictuelle, la loi organique du Conseil d'État belge prévoit que les membres de la section du contentieux administratif ne peuvent connaître des recours concernant des arrêtés et règlements sur le texte desquels ils ont donné leur avis ou sont intervenus comme membre de la section de législation (art. 29, al. 2) ¹⁴². Cette incompatibilité est toutefois interprétée comme valant uniquement pour les recours directement dirigés contre les arrêtés réglementaires proprement dits et ne s'étend donc pas aux actes individuels dérivés de tels arrêtés ¹⁴³. En effet, l'avis, outre le fait qu'il n'est pas contraignant, ne porte pas sur l'application concrète de la disposition en cause dans les affaires individuelles dont peut être saisie la section du contentieux administratif du Conseil d'État et ne saurait donc avoir créé un préjugé dans le chef des conseillers d'État appelés à se saisir de ces affaires individuelles. Cette atténuation du principe s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence nuancée de la Cour EDH ¹⁴⁴.

Les mêmes principes ont été appliqués à l'hypothèse où le Conseil d'État exerce successivement une compétence de présentation et une compétence juridictionnelle. Tel est le cas lorsque le Conseil d'État statue sur un recours introduit contre un arrêté portant nomination d'un conseiller d'État et a auparavant présenté, en assemblée générale, une liste de trois candidats à cette nomination. La Cour constitutionnelle a jugé qu'il y avait suffisamment de garanties pour assurer l'indépendance, vis-à-vis de l'assemblée générale qui exerce la compétence de présentation, des membres de la section du contentieux dès lors que le recours est examiné, selon une pratique constante, par des conseillers d'État qui n'ont participé ni à la délibération ni au vote préalables sur la présentation de trois candidats par l'assemblée

¹⁴¹ Cour eur. D.H., 6 mai 2003, *Kleyn c. Pays-Bas*.

¹⁴² Voir pour des cas d'application : C.E., n° 57.013 du 13 décembre 1995, *ASBL Inter-Environnement Wallonie*; n° 127.886 du 6 février 2004, *ASBL Cercle de Tir mouscronnois*; n° 210.426 du 14 janvier 2011, *Aerts*.

¹⁴³ C.E. b., n° 169.314, 22 mars 2007, *ASBL Vrijheidsfonds et ASBL Vlaamse concentratie*, pst. 28 et 29; n° 189.463 du 14 janvier 2009, *De Coene et alii*, pt. 36.

¹⁴⁴ Voy. en ce sens C.C. b., arrêt n° 195/2009, du 3 décembre 2009, B.13.1 à B.14.3.

générale et que ceux-ci se prononcent de manière autonome sur ledit recours sans être liés par la présentation de l'assemblée générale ¹⁴⁵.

Il en va de même pour le Comité de contrôle des services de renseignement et de sécurité, appelé Comité permanent R, qui se voit confier la mission juridictionnelle de contrôler *a posteriori* les méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil des données par ces services : lorsque ce Comité, dans le cadre de ses autres missions, a déjà récolté des informations au sujet des méthodes litigieuses, voire a déjà émis un avis à leur sujet, il est indiqué que ce soient les membres suppléants qui traitent de ces méthodes au risque sinon de voir sa qualité de juridiction impartiale être contestée ¹⁴⁶.

2. La succession des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement en matière pénale et en matière disciplinaire

Dans un premier temps, la violation du principe de la séparation de ces trois fonctions répressives a suffi, en elle-même, à retenir la partialité du juge ¹⁴⁷. Dans un second temps, le non-respect de ce principe n'a plus été et n'est plus considéré, en lui-même, comme un reproche de partialité; il faut aussi tenir compte de ce sur quoi le juge ou la formation de jugement en cause s'est prononcé antérieurement ¹⁴⁸. La partialité du juge n'est démontrée que si sa première intervention dans l'affaire lui a fait prendre une position ou émettre une appréciation qui, objectivement, peut avoir une influence sur le jugement au fond. Toutefois, ce bémol au cloisonnement des fonctions répressives concerne surtout la succession des fonctions d'instruction et de jugement. Par contre, la séparation des autorités de poursuite et de jugement ¹⁴⁹ et des autorités de poursuite et d'instruction ¹⁵⁰ continue à être affirmée fermement. Par ailleurs, au sein des juridictions nationales, «le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement semble persister pour la justice répressive» ¹⁵¹ de même que pour le contentieux disciplinaire ¹⁵².

¹⁴⁵ C.C. b., arrêt n° 123/2011 du 7 juillet 2011, B.10.1 à B.10.4.

¹⁴⁶ C.E. b., avis 47.200/2 du 12 octobre 2009 sur un avant-projet de loi «relatif aux méthodes de recueil des données des services de renseignement et de sécurité», *Doc. Parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 2128/2.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique* (membre du Parquet président ensuite la cour d'assises); 26 octobre 1984, *Cubber c. Belgique* (juge d'instruction siégeant ensuite au fond).

¹⁴⁸ Cour eur. D.H., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark* (la juridiction de jugement s'est déjà prononcée sur la détention préventive de l'accusé au cours de l'instruction préparatoire).

¹⁴⁹ Cour eur. D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*.

¹⁵⁰ Cour eur. D.H., 23 octobre 1990, *Huber c. Suisse*.

¹⁵¹ G. TARZIA, «L'impartialité du juge civil», in *Mélanges J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 722.

¹⁵² Voir l'abondante jurisprudence du C.E. b. en la matière : p. ex. arrêt n° 120.864, du 24 juin 2003, *Moreels* : «Le principe d'impartialité s'oppose à ce qu'une personne soit à la fois

Sont admissibles à ce titre pour autant que ne soit pas avancé un autre élément de partialité :

- la seule présence au siège, au moment de la prononciation d'un arrêt, d'un magistrat qui antérieurement a statué sur l'appel du prévenu contre l'ordonnance de la chambre du conseil renvoyant celui-ci au tribunal correctionnel ¹⁵³ ou la seule présence, lors de la prononciation d'un jugement de première instance, d'un membre du Parquet qui, nommé au siège, rend par après le jugement en appel dans la même cause ¹⁵⁴;
- le fait de statuer relativement à la même personne mais dans deux procédures différentes (la détention préventive et le fond) et pour des faits différents (la première pour une destruction d'immeubles par explosif, la seconde pour détention d'armes et association de malfaiteurs) ¹⁵⁵;
- le fait de statuer au fond après avoir procédé à des enquêtes «non approfondies» et avoir entendu la victime lors de l'instruction ¹⁵⁶;
- le fait pour un juge d'interroger un prévenu, de le placer en détention préventive en se basant sur les propres déclarations de l'intéressé et de le citer à comparaître devant lui ¹⁵⁷;
- le fait de statuer au fond après avoir posé certains actes comme juge d'instruction pour autant qu'ils n'expriment pas un préjugement sur la culpabilité du prévenu ¹⁵⁸;
- le cumul des fonctions d'instruction en première instance et en appel ¹⁵⁹;
- le fait de statuer au fond après avoir connu d'une requête de mise en liberté provisoire dans la même cause ¹⁶⁰ ou après avoir statué sur le maintien de la détention préventive en l'absence, dans l'ordonnance de maintien, d'éléments de culpabilité à la charge du prévenu ¹⁶¹;
- le fait de maintenir l'inculpé en détention préventive et d'avoir précédemment été temporairement désigné en la même cause comme instructeur

juge et partie dans la procédure disciplinaire, soit qu'elle ait joué dans la même affaire un rôle d'accusation ou d'instruction [...]».

¹⁵³ Cass. b., 16 juin 1999, *Pas.*, I, n° 362.

¹⁵⁴ Cass. b., 8 septembre 1998, *Pas.*, I, n° 389.

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., 7 décembre 1992, *Sainte-Marie c. France*.

¹⁵⁶ Cour eur. D.H., 24 février 1993, *Fey c. Autriche*.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., 26 février 1993, *Padovani c. Italie*.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H., 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*; 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c. Portugal*; 22 février 1996, *Bulut c. Autriche* (audition de deux témoins).

¹⁵⁹ Cour eur. D.H., 8 février 2000, *Stefanelli c. Saint-Marin*.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., 26 juillet 2001, *Ilijak c. Bulgarie*; Cass. b., 21 novembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 243.

¹⁶¹ Cour eur. D.H., 22 avril 2010, *Chesne c. France*.

dès lors que ledit juge n'avait accompli en cette qualité aucun acte juridictionnel ou d'instruction ¹⁶²;

- le fait d'avoir refusé qu'un acte d'instruction complémentaire soit accompli n'empêche pas ce magistrat de se prononcer ensuite sur la demande de règlement de la procédure ¹⁶³; de même, le fait d'avoir exécuté préalablement des actes, qui n'étaient pas des devoirs d'instruction et qui n'ont pu emporter de sa part aucune appréciation des éléments produits, et de statuer ensuite sur le règlement de la procédure ¹⁶⁴;
- le fait de siéger au sein de la juridiction de jugement statuant sur une requête de mise en liberté provisoire après avoir antérieurement statué en la même cause, en tant que membre de la chambre des mises en accusation, sur la régularité des méthodes particulières de recherche ¹⁶⁵;
- la circonstance qu'un même juge se prononce à la fois sur la décision qui ordonne le sursis de l'exécution de la peine et sur la décision qui prononce la révocation de ce sursis. En effet, cette dernière décision ne se prononce pas une nouvelle fois sur le bien-fondé de l'action publique à l'origine de la première décision, mais examine uniquement si les conditions de l'octroi du sursis ont été observées et s'il y a lieu de révoquer le sursis ¹⁶⁶;
- le fait d'avoir déjà jugé un prévenu à propos d'autres infractions pour autant que le jugement déjà prononcé ne contienne pas des considérations sur la culpabilité de l'accusé dans les nouvelles affaires ¹⁶⁷ ou que les termes employés pour motiver la première décision de justice ne soient pas «désobligeants» à son égard ou n'impliquent pas un jugement de valeur à son encontre ¹⁶⁸;

¹⁶² Cass. b., 25 mai 1988, *Pas.*, I, n° 588; 21 juin 2000, R.G. P.99.1285.F; 21 février 2001, P010242F.

¹⁶³ Cass. b., 17 octobre 2008, C.08.0464.N.

¹⁶⁴ Cass. b., 11 septembre 1985, *Pas.*, I, n° 15; 19 mai 1987, *Pas.*, I, n° 553; 21 juin 2000, *Pas.*, I, n° 387.

¹⁶⁵ Cass. b., 2 novembre 2010, R.G. n° P.10.1645.N.

¹⁶⁶ Cass. b., 8 juin 2010, R.G. n° P.10.0561.N.

¹⁶⁷ Cour eur. D.H., 14 mai 2001, *Craxi c. Italie* (déc. d'irrecevabilité); C.E., n° 204.445 du 28 mai 2010, *s.a. Belgium Television*.

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., 26 avril 2011, *Steulet c. Suisse*, §44 (à propos de l'adjectif «chicanier» utilisé dans un premier jugement. La Cour conclut à la non-violation en relevant que ce terme «se rencontre tant dans la jurisprudence des tribunaux du canton de Vaud que dans la doctrine s'y rapportant (§24 ci-dessus). Il ne s'agit donc pas d'un terme utilisé uniquement dans l'intention de porter un jugement de valeur dépréciatif sur la personnalité du requérant, mais plutôt d'un concept juridique présentant une signification technique. Le fait que le tribunal d'accusation l'ait employé ne permet pas d'en déduire que la juridiction, dont faisait alors partie le juge F., comportait des références, ou des anticipations, pour les autres affaires le concernant»).

- le fait d’avoir statué dans une première affaire mettant en cause certains prévenus (le caractère diffamatoire d’un roman à charge de l’écrivain) et dans une seconde affaire connexe mais à propos d’un autre prévenu (caractère diffamatoire de la pétition destinée à soutenir l’écrivain à charge du rédacteur en chef d’un quotidien) du fait que bien que connexes, les faits ne sont pas identiques et l’accusé n’est pas le même ¹⁶⁹;
- les affaires pendantes devant le juge des enfants en raison de l’indispensable connaissance des éléments de l’affaire et de la personnalité de l’accusé ¹⁷⁰ et parce que les points de droit que le juge de la jeunesse doit trancher au cours des différentes phases du procès sont différents ¹⁷¹. Toutefois, ce motif hautement légitime, à savoir que le même juge puisse suivre le mineur tout au long de la procédure, ne peut avoir pour effet que ce juge cumule des fonctions incompatibles, ce qui mettrait à mal son impartialité; tel est le cas de la procédure de médiation ou de concertation en groupe qui est subordonnée à l’existence d’indices sérieux de culpabilité et à la déclaration du mineur selon laquelle il ne nie pas être concerné par le fait qualifié infraction dès lors qu’elle n’éteint pas automatiquement l’action publique et que le juge de la jeunesse peut tenir compte de ces éléments par après ¹⁷²;
- la participation du rapporteur disciplinaire ou des membres de la commission d’instruction disciplinaire à la formation prononçant la sanction disciplinaire lorsque leur intervention préalable se limite à la vérification de la véracité des faits en cause et à la consignation du résultat de ces opérations par écrit ¹⁷³;
- la présence d’un membre du conseil disciplinaire lors de l’interrogatoire du demandeur par le juge d’instruction dès lors qu’il agit ainsi en garantie des droits et intérêts des patients du médecin qui fait l’objet de l’instruction, mais ne participe pas ainsi à l’exercice de l’instruction ¹⁷⁴ ou la présence d’un membre du conseil de discipline lors d’une perquisition faite par un juge d’instruction dans le cabinet d’un avocat, ce

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., 22 octobre 2007, *Lindon et alii c. France* (affaire Libération).

¹⁷⁰ Cour eur. D.H., 24 août 1993, *Nortier c. Pays-Bas*. *Contra* Cour eur. D.H., 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*; C.C. b., arrêt n° 49/2008 du 13 mars 2008, B.26.

¹⁷¹ C.C. b., arrêts n° 166/2003 du 17 décembre 2003, B.11.3 à B.115; n° 44/2004 du 17 mars 2004, B.3.1. et B.3.2.

¹⁷² C.C. b., arrêt n° 50/2008 du 13 mars 2008, B.15.13 et 15.14.

¹⁷³ Cour eur. D.H., 27 août 2002, *Didier c. France* (Conseil des marchés financiers); 24 septembre 2009, *Mérigaud c. France* (juridictions ordinales de l’ordre des géomètres-experts). Voy. aussi C.C. b., arrêt n° 39/2004 du 17 mars 2004, B.7.8. et 7.9. (à propos de la discipline des greffiers en chef des juridictions judiciaires).

¹⁷⁴ Cass. b., 8 février 2006, D050014N.

membre n'ayant pas de la sorte pris connaissance de cette instruction ou adopté ainsi un point de vue sur le fond de ces poursuites pénales ¹⁷⁵.

Le défaut d'impartialité a été retenu par contre dans les cas suivants :

- la condamnation pénale prononcée par une juridiction composée notamment d'un magistrat ayant préalablement, en qualité de président de la chambre du conseil, renvoyé le prévenu à la juridiction de jugement ¹⁷⁶;
- le refus d'une remise en liberté ou la prolongation de la détention provisoire justifiée par la possibilité de culpabilité de l'intéressé et, par la suite, le jugement de cette personne au fond ¹⁷⁷;
- le fait d'adopter certaines mesures de précaution en raison de graves indices de culpabilité et de statuer ensuite au fond ¹⁷⁸;
- le fait de refuser, avant de statuer au fond, une mainlevée de la saisie d'un véhicule en raison de «la gravité des faits» ¹⁷⁹;
- le fait de juger des personnes différentes dans des procédures différentes mais pour les mêmes faits au même degré de juridiction lorsque le premier jugement contient des références au rôle des futurs accusés dans l'activité criminelle en cause ¹⁸⁰;
- le fait pour le rapporteur d'être à l'origine de la saisine de la juridiction financière, de participer à la formulation des griefs, de pouvoir classer l'affaire ou d'élargir le cadre de la saisine et de disposer de pouvoirs d'investigation l'habilitant à faire des perquisitions, des saisies ou à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction ¹⁸¹;
- le fait, au sein d'un organe disciplinaire, de ne pas distinguer clairement la composition et les prérogatives des différents organes appelés à exercer les différentes fonctions et d'avoir entretenu la confusion des rôles, ce qui a donné l'apparence objective que ce sont les mêmes personnes qui ont décidé de la mise en accusation, de l'instruction et de la sanction disciplinaire ¹⁸²;

¹⁷⁵ Cass. b., 18 mai 2006, D050015N.

¹⁷⁶ Cass. b., 24 avril 2002, P020105F. Voy. aussi Cass., 2 octobre 1985, *Pas.*, I, n° 58; 27 mai 1986, *Pas.*, I, n° 591; 4 février 1997, RG P.95.0238.N et les conclusions du ministère public précédant Cass., 16 juin 1999, RG P.98.0738.F, *Pas.*, I, n° 362, en particulier p. 879, n° 7.

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*; 31 juillet 2007, *Ekeberg et alii c. Norvège*; 26 octobre 2010, *Cardona Serrat c. Espagne*.

¹⁷⁸ Cour eur. D.H., 22 avril 2004, *Cianetti c. Italie*.

¹⁷⁹ Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Mathony c. Luxembourg*.

¹⁸⁰ Cour eur. D.H., 7 août 1996, *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*; 16 novembre 2000, *Rojas Morales c. Italie*; 10 août 2006, *Schwarzenberger c. Allemagne*.

¹⁸¹ Cour eur. D.H., 10 mai 2007, *Tedesco c. France*, §60.

¹⁸² Cour eur. D.H., 11 juin 2009, *S.A. Dubus c. France* (à propos de la Commission bancaire).

- la circonstance que la participation au délibéré, fût-ce sans voix délibérative, d'une personne qui, en qualité de «secrétaire» de l'organe de répression, a engagé les poursuites, a pris systématiquement parti pour l'infliction d'une sanction lourde, et a combattu la position défendue par la requérante ¹⁸³.

3. *La succession de fonctions en matière civile*

La matière civile ne se prête pas à l'application des concepts existants en matière pénale, comme la poursuite, l'instruction ou le jugement, même si la tentation de les transposer a pu exister dans la doctrine ou dans la jurisprudence. Le cumul de fonctions différentes au sein des juridictions civiles doit donc être apprécié différemment. Au terme de l'évolution prétorienne de la Cour EDH, il est permis d'avancer que la partialité d'un juge du fond ne découle pas en soi de sa participation, dans la même affaire, à un stade antérieur de la procédure ou de sa connaissance préalable, même approfondie, de l'affaire mais peut se déduire de l'étendue des mesures ou des décisions qu'il a prises antérieurement, ce qui sera le cas si elles constituent ou si elles sont de nature à faire naître un préjugement. Le critère généralement retenu en la matière est de savoir si le juge a traité préalablement de «questions analogues» à celles qu'il va devoir traiter.

N'ont pas été retenus comme constituant un grief de partialité :

- la participation, en matière de faillite, du juge-commissaire au délibéré du tribunal de commerce lorsque le juge a traité des questions bien distinctes pendant la phase d'observation et lors du délibéré ¹⁸⁴;
- le fait de statuer sur une demande de récusation et ensuite sur un pourvoi en cassation ¹⁸⁵;
- le fait de statuer sur opposition dans la même affaire ¹⁸⁶ car le respect du principe du contradictoire conduit le juge à reprendre l'examen de l'affaire depuis le début;
- le fait de se prononcer sur le fond en appel et comme membre du collège appelé à statuer, au sein de la même juridiction, sur la recevabilité d'un pourvoi devant la Cour de cassation car les questions examinées sont de nature différente ¹⁸⁷;

¹⁸³ C.E. b., n° 153.839 du 17 janvier 2006, *s.a. TVi*.

¹⁸⁴ Cour eur. D.H., 6 juin 2000, *Morel c. France* (non-violation); 24 janvier 2002, *Delage et Magistrello c. France* (déc. d'irrecevabilité).

¹⁸⁵ Cour eur. D.H., 5 avril 2001, *Priebke c. Italie* (déc. d'irrecevabilité).

¹⁸⁶ Cour eur. D.H., 10 juin 1996, *Thomann c. Suisse*.

¹⁸⁷ Cour eur. D.H., 16 janvier 2007, *Warsicka c. Pologne*.

- le fait de renvoyer, après cassation, à une juridiction qui n'est pas totalement ou partiellement autrement composée¹⁸⁸. Plus récemment, la Cour EDH y a ajouté la condition que le renvoi intervienne en raison d'un problème de procédure¹⁸⁹, ce qui peut laisser entendre que l'impartialité de la juridiction de renvoi pourrait être compromise si la cassation concerne une question de fond. Dans le même ordre d'idées, la présence d'un même juge, qui plus est rapporteur, dans les deux formations de jugement ne pose pas de problèmes dès lors que les fonctions sont exercées dans un organe collégial¹⁹⁰;
- le fait de statuer sur une provision alimentaire avant le jugement de divorce et de fixer ensuite la pension définitive après divorce¹⁹¹.

Par contre constituent un manque d'impartialité :

- la révocation d'un liquidateur dans une procédure de faillite par un juge qui s'était d'office saisi de la question, l'auto-saisine indiquant que le juge avait une idée préconçue¹⁹²;
- le renvoi, après cassation ou annulation, vers une juridiction totalement ou partiellement composée de la même manière que celle ayant rendu la décision cassée ou annulée si le renvoi est dû à un vice structurel affectant de manière irrémédiable la première décision¹⁹³.

4. *La succession des fonctions de juge civil et de juge pénal*

En soi, le fait de statuer au pénal puis au civil, ou inversement, pour les mêmes faits commis par les mêmes personnes¹⁹⁴ ne constitue pas un grief de partialité. Ainsi en va-t-il de la circonstance de siéger concomitamment, d'une part, dans la procédure de divorce entre les parties, et, d'autre part, dans une autre chambre de la même juridiction, à propos de l'examen des conséquences civiles d'une plainte déposée au pénal par l'une des parties contre l'autre du chef de coups et blessures volontaires¹⁹⁵ ou de la circonstance de présider une cour d'appel et d'avoir précédemment, comme magistrat de première instance, déposé contre la requérante une plainte

¹⁸⁸ Cour eur. D.H., 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche*; 26 septembre 1995, *Diennet c. France*.

¹⁸⁹ Cour eur. D.H., 4 octobre 2005, *Stow et Gai*; 18 décembre 2008, *Vaillant c. France*.

¹⁹⁰ C.J.U.E., 1^{er} juillet 2008, C-341/06 et C-342/06, *Chronopost et La Poste*, pts. 52 à 60; 19 février 2009, C-308/07, *Gorostiaga Atxalandabaso*, pts. 41 à 47.

¹⁹¹ Cass. b., 28 février 2003, C010221N.

¹⁹² Cour eur. D.H., 15 novembre 2002, *Werner c. Pologne*.

¹⁹³ Cour eur. D.H., 4 octobre 2005, *Stow et Gai*; 18 décembre 2008, *Vaillant c. France*.

¹⁹⁴ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 50; C.C. b., arrêt n° 132/2003 du 8 octobre 2003 et n° 163/2003 du 10 décembre 2003. *Contra* : J. VAN COMPERNOLLE, «L'impartialité du juge», in *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, 2006, pp. 17-18.

¹⁹⁵ Cass. b., 2 juin 1992, *Pas.*, I, n° 518; 24 octobre 1995, *Pas.*, I, n° 452; 22 décembre 2009, R.G. n° P.09.0946.N.

pénale ayant pour origine les mêmes faits que ceux sur lesquels la compagnie d'assurances avait fondé son action civile pour enrichissement sans cause dès lors que le président ne siège pas dans la formation d'appel et que les juges de cette cour sont suffisamment indépendants de leur président ¹⁹⁶.

Toutefois, il peut en aller autrement dans certaines circonstances. Ainsi, du fait qu'aucune autorisation de saisie conservatoire ne peut être délivrée que pour une créance certaine et exigible, liquide ou susceptible d'une estimation provisoire, le juge des saisies, qui déclare recevable et fondée une demande de saisie conservatoire à titre de sûreté d'une action en matière de responsabilité extracontractuelle, exprime nécessairement son avis sur les faits, dénoncés par le demandeur, qui forment le fondement de ladite action; la circonstance que ce même juge des saisies fait ensuite partie, en qualité de juge assesseur, de la cour d'assises qui statue sur l'action publique du chef des mêmes faits à charge du saisi, est de nature à susciter des doutes légitimes chez l'accusé quant à l'aptitude dudit juge assesseur à examiner la cause avec l'indépendance et l'impartialité requises ¹⁹⁷. Il en va de même lorsque le juge, statuant à propos des mêmes faits, retient d'abord certains éléments matériels et une certaine qualification de ces faits au civil et s'y réfère ensuite pour juger des mêmes faits au pénal ¹⁹⁸.

5. La succession des fonctions de juge des référés ou du provisoire et de juge du fond

La position des juridictions belges en la matière est loin d'être unanime. Pour le Conseil d'État, il faut distinguer les interventions du juge des référés qui ne contiennent aucun préjugement du fond, comme le fait de statuer sur la recevabilité du recours, sur sa compétence, sur l'urgence ou sur le risque de préjudice grave difficilement réparable ¹⁹⁹, et qui n'entachent dès lors pas son impartialité de celles qui contiennent une appréciation du fond, comme statuer sur le sérieux des moyens, et qui, même si elles ne le lient pas pour l'examen du fond, sont de nature à susciter des craintes objectivement justifiées dans le chef du justiciable ²⁰⁰. Par contre, pour la Cour constitutionnelle, «la décision de suspension est une décision provisoire qui est la première phase d'une procédure unique dont il y a lieu d'assurer la continuité [...] et qui est susceptible d'être remise en cause par la décision définitive statuant sur le recours en annulation» de sorte que se prononcer, dans le

¹⁹⁶ Cour eur. D.H., 22 décembre 2009, *Parlov-Tkalcic c. Croatie*.

¹⁹⁷ Cass. b., 5 juin 2007, P.07.0294.N.

¹⁹⁸ Cour eur. D.H., 22 avril 2010, *Fattullayev c. Azerbaïdjan*.

¹⁹⁹ C.E. b., arrêts n° 75.722 du 11 septembre 1998, *Russel et cts., J.T.*, 1999, p. 150, obs. D. LAGASSE; n° 83.664 du 26 novembre 1999, *Ofosware*.

²⁰⁰ C.E. b., arrêt n° 91.644 du 14 décembre 2000, *A.S.B.L. Ecole Notre-Dame de la Sainte-Espérance*.

chef du même magistrat, d'abord, sur le caractère sérieux des moyens et, ensuite, sur le fond du recours ne contrevient pas à l'exigence d'impartialité²⁰¹. À la suite de cet arrêt, le Conseil d'État a revu sa position et jugé depuis qu'«une telle exigence n'est pas méconnue dans le cas où le juge qui a prononcé des mesures provisoires statue ensuite au fond, la question n'étant pas identique» dès lors que l'objet de la demande est différent et que, lorsqu'il statue au fond, le Conseil d'État n'est aucunement lié par ce qui a été jugé au provisoire; le juge administratif relève ainsi que «les concepts de moyen sérieux et de moyen fondé ne se confondent nullement, un moyen tenu pour sérieux au provisoire pouvant être ensuite considéré comme non fondé tout comme un moyen jugé non sérieux peut être ensuite reconnu fondé» et ce en raison de «la nature particulière des procédures en référé où il s'agit pour le juge de prendre dans l'urgence et en l'état, c'est-à-dire sur la base des informations souvent fragmentaires dont il dispose alors et parfois même exceptionnellement en l'absence de débat contradictoire, des mesures qui se veulent provisoires en ce sens précisément qu'elles ne lient en rien le juge du fond»²⁰².

6. *La succession des fonctions de juge d'instance et d'appel*

Un juge ne peut siéger en première instance puis en appel dans une même affaire sous peine de dénier son effectivité au double degré de juridiction. Le principe est absolu et découle aussi bien de la jurisprudence²⁰³ que de la législation²⁰⁴.

7. *Le double pourvoi en cassation*

Compte tenu de l'étendue et de la nature du contrôle de cassation, les magistrats de la Cour de cassation font-ils preuve ou peuvent-ils donner l'impression objective d'avoir fait preuve d'un parti pris lorsque les mêmes magistrats se prononcent dans le cadre du double pourvoi en cassation?

La Cour EDH n'a pas retenu le grief de partialité à deux reprises : la première fois lorsque le premier pourvoi portait sur la légalité de l'instruction et le second sur la légalité du jugement²⁰⁵; la seconde fois dès lors que, alors que le premier pourvoi portait sur la décision d'acquiescement du prévenu, décision cassée, et le second sur la décision de condamnation, la Cour ne s'était prononcée que sur des problèmes de légalité pure eu égard au fait

²⁰¹ C.C. b., arrêts n° 17/99 du 10 février 1999 et n° 48/99 du 20 avril 1999.

²⁰² C.E. b., arrêt n° 139.883 du 27 janvier 2005, *Christiaens*. Voy. déjà C.E. b., n° 97.475 du 5 juillet 2001, *Neukemans*; n° 132.060 du 4 juin 2004, *Grijp*.

²⁰³ Cour eur. D.H., 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*; C.C. b., arrêt n° 195/2005 du 21 décembre 2005 (à propos d'organes disciplinaires); Cass. b., 24 juin 1998, *Pas.*, I, n° 338.

²⁰⁴ En Belgique, Code judiciaire, art. 292 et 828, 10°.

²⁰⁵ Cour eur. D.H., 10 février 2004, *D.P. c. France*.

que cette juridiction ne peut revenir sur l'appréciation des éléments de pur fait ²⁰⁶. Dans ces deux affaires, les questions examinées n'ont pas été considérées comme étant identiques.

Par contre, dans une troisième affaire, la Cour EDH a estimé que le principe d'impartialité était violé dès lors que dans les deux pourvois successifs, la Cour de cassation avait à chaque fois vérifié l'appréciation, par la cour d'appel, des éléments constitutifs de l'infraction ²⁰⁷. Cette jurisprudence est critiquée eu égard au fait qu'elle «accorde une place trop importante aux apparences et s'écarte du rôle fondamental dévolu à la Cour de cassation» ²⁰⁸.

8. *Le droit pour un des membres d'un organe juridictionnel d'interjeter appel d'une décision rendue par cet organe* ²⁰⁹.

9. *Qu'en est-il en cas de participation du même magistrat à des procédures consécutives concernant le même justiciable?*

Le critère retenu par la jurisprudence en la matière est le même que celui utilisé à propos de l'intervention du même magistrat à divers stades de la même affaire, à savoir vérifier si le juge a traité préalablement de «questions analogues» à celles qu'il va devoir traiter. Pour ce faire, on a égard aux éléments suivants : ces procédures s'inscrivent-elles toutes dans le cadre global d'un même litige ou ont-elles trait à des affaires différentes? Si elles concernent le même litige, les faits à la base de chacune d'entre elles sont-ils différents et les parties sont-elles les mêmes ²¹⁰?

*

* *

Nous n'aborderons pas par contre le problème de la participation au délibéré de juges investis de fonctions différentes comme la présence du ministère public lors des délibérés de la Cour de cassation ou celle du commissaire du gouvernement lors des délibérés des juridictions administratives. Ces situations ont plus trait, nous semble-t-il, au principe de l'égalité des armes qu'à celui de l'impartialité.

²⁰⁶ Cour eur. D.H., 22 novembre 2005, *Golinelli et Freymuth c. France*.

²⁰⁷ Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c. France*.

²⁰⁸ O. MICHIELS, note sous Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c. France*, *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 2011, pp. 60 à 69.

²⁰⁹ Cass. b., 22 décembre 2005, RG D.04.0021.N qui est un revirement de jurisprudence : voir Cass. b., 24 décembre 1993, RG 8110, n° 550, concl. avocat général DE SWAEF; 1^{er} avril 2004, *Pas.*, I, n° 177.

²¹⁰ Pour un cas d'application, voy. Cour eur. D.H., 26 avril 2011, *Steulet c. Suisse*, §§40 à 42 (différentes procédures entre le requérant et les autorités d'une même commune au sujet de la réalisation de divers travaux publics) (non violation).

En conclusion, la jurisprudence prend en compte deux critères dans l'exercice successif par un même juge de fonctions juridictionnelles distinctes, que ce soit dans la même affaire ou dans des affaires différentes mais concernant le même justiciable : d'une part, les fonctions exercées (critère organique); d'autre part, la portée et la nature des interventions préalables du juge (critère fonctionnel). Cette approche pragmatique s'explique par la volonté de ne pas exposer la justice à des exceptions purement dilatoires et par le risque de dysfonctionnement de certaines juridictions dans certains pays en raison du peu d'effectifs ²¹¹.

III. Le cumul de fonctions distinctes dans l'espace ²¹²

Le juge peut aussi exercer simultanément une autre fonction qui n'est pas judiciaire, qu'elle soit principale ou accessoire. Ce cumul n'a-t-il pas pour effet, dans certaines circonstances, de remettre en cause l'impartialité du magistrat ²¹³? En d'autres termes, le juge peut-il servir deux maîtres à la fois? Ici aussi, le «réalisme vigilant» ressort de la jurisprudence européenne qui ne contient pas de position de principe ni en faveur du rejet ni en faveur de l'acquiescement de ces cumuls.

Nous évoquons ici quelques cumuls :

1. *Le juge-avocat*

Certains États font appel à des avocats pour siéger en qualité de juges-suppléants en fonction des besoins judiciaires, ce qui permet notamment de résorber l'arriéré judiciaire tout en évitant d'engager de nouveaux magistrats à temps plein.

Dans le principe, rien ne s'oppose à un tel système : «rien ne permet de douter [...] que la législation et la pratique relatives aux magistrats siégeant à temps partiel puissent, de façon générale, être organisées de façon à être compatibles avec l'article 6» ²¹⁴. Toutefois, en raison du risque de confusion des rôles, il doit être entouré de garde-fous et certaines situations peuvent se révéler incompatibles avec l'exigence d'impartialité.

²¹¹ Voy. dans le même sens F. TULKENS et J. LOTARSKI, *op. cit.*, p. 767.

²¹² Voir à cet égard l'excellente analyse de F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?», in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 485-509.

²¹³ Selon la Cour constitutionnelle belge, l'indépendance et l'impartialité d'une juridiction s'apprécie aussi eu égard au cumul de la fonction judiciaire avec d'autres fonctions ou activités (C.C. b., arrêts n° 29/99 du 3 mars 1999, B.5.5., n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.17.1; n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.11).

²¹⁴ Cour eur. D.H., 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, §41. Dans le même sens, C.C. b., arrêt n° 29/1999 du 3 mars 1999.

Ainsi en va-t-il du juge qui, en tant qu'avocat, a défendu précédemment une des parties en litige et qui est ensuite appelé à siéger dans la même cause, peu importe la portée de l'intervention et le moment où elle a eu lieu ²¹⁵, ou du cumul de la fonction de juge et de celle d'avocat dans deux procédures certes distinctes mais mettant en cause les mêmes parties ²¹⁶, ou d'un juge qui est associé d'un avocat qui représente une des parties dans une autre procédure ²¹⁷, mais pas d'un juge-avocat qui est saisi d'un recours introduit contre un jugement rendu par un autre juge-avocat dont il est l'associé de fait, ce qui réduit leur dépendance financière et professionnelle ²¹⁸.

2. Le juge-professeur

Ce cumul peut s'avérer délicat au regard de l'exigence d'impartialité.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà signalé, en raison d'un lien avec une des parties. Tel est le cas lorsque le juge est sous contrat avec un établissement d'enseignement déterminé qui est une des parties à la cause que ce juge est appelé à trancher, que ce litige mette en cause le juge-enseignant (membre du jury d'examen dont la décision est contestée) ou non ²¹⁹, mais pas lorsque le juge est professeur et l'avocat assistant dans le même centre de recherches ²²⁰.

Ensuite, en raison de ses publications, communications ou autres expertises scientifiques. Schématiquement, trois hypothèses peuvent être dégagées :

1° Le juge-professeur ne peut évidemment siéger dans une affaire à propos de laquelle il a préalablement rendu un avis ou déposé une consultation; il a manifesté dans ce cas un préjugement de nature à le récuser;

²¹⁵ Cour eur. D.H., 15 juillet 2005, *Mezmaric c. Croatie*. Cass. b., 13 octobre 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 191. Plus récemment, la Cour de cassation belge s'est montrée moins stricte et a tenu compte des circonstances de l'espèce; ainsi, elle n'a pas retenu le fait pour un juge d'instruction d'avoir été le conseil d'un des inculpés huit ans plus tôt, dans le cadre d'une autre affaire, le juge n'ayant en outre été saisi qu'au début de l'instruction (Cass. b., 22 avril 1998, *Pas.*, I, n° 205).

²¹⁶ Cour eur. D.H., 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, §47. Une nuance non convaincante est introduite par l'arrêt du 23 novembre 2004, *Puolitaival et Pirttiahho c. Finlande*, à propos d'une magistrate siégeant dans une affaire mettant en cause une banque d'investissements dont elle est le conseil dans une procédure distincte eu égard au fait que les procédures s'étaient chevauchées pendant une courte période et que les actes posés dans les deux procédures étaient peu importants.

²¹⁷ Cour eur. D.H., 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, §48.

²¹⁸ Cour eur. D.H., 19 mai 2005, *Steck-Risch et alii c. Liechtenstein*.

²¹⁹ Cour eur. D.H., 17 juin 2003, *Pescador Valero c. Espagne*.

²²⁰ C.C. b., arrêt n° 155/2011 du 13 octobre 2011, B.10.

2° Par contre, ne suscitent guère de difficultés les contributions informatives ou générales destinées à être publiées dans des revues ou des ouvrages ou à être enseignées lors de colloques scientifiques ou lors de cours donnés aux étudiants ou aux praticiens;

3° Plus problématiques en revanche sont les exposés et les commentaires doctrinaux effectués à propos de questions spécifiques et qui contiennent des prises de position favorables ou défavorables aux thèses développées par les parties. La démarcation entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas n'est pas aisée à déterminer. En voici quelques exemples :

- du côté de la Cour EDH : ayant émis, en tant que professeur, un avis positif sur la constitutionnalité d'une loi, un juge constitutionnel se déporta lorsque la constitutionnalité de cette loi fut querellée devant la cour constitutionnelle cinq ans plus tard. Par contre, il ne se déporta pas et siégea dans un recours introduit trois ans encore plus tard et mettant en cause la constitutionnalité d'une loi connexe. La Cour EDH n'y vit pas de violation de l'article 6 de la CEDH au motif que ce dernier recours n'avait pas pour objet, comme tel, la loi sur laquelle le juge-professeur avait donné un avis et que cette première loi avait été jugée constitutionnelle hors la présence dudit juge ²²¹;
- du côté du Conseil d'État belge : dans le cadre d'un recours déposé par des membres du Parlement belge visant à entendre supprimer par le Conseil d'État la dotation d'un parti politique d'extrême-droite en raison d'écrits et d'actes racistes, les membres de ce parti ont demandé la récusation de deux conseillers d'État aux motifs qu'ils sont membres d'un centre universitaire de recherche dirigé par l'avocate des parties requérantes et ayant en chantier un projet de recherche ayant pour objet «*la lutte contre l'extrême droite*», ce qui vise notamment ledit parti. Pour leur défense, ces deux magistrats soutenaient que s'ils sont bien membres du centre, les personnes chargées des tâches d'organisation ou de gestion du centre n'ont pas, à leur égard, de pouvoir hiérarchique ou autre, qu'en vertu du principe de la liberté académique, la mention de thèmes de recherche, au nombre desquels figure la lutte contre l'extrême droite, ne comporte aucune prise de position à ce sujet et qu'ils n'y ont pas collaboré. L'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État a toutefois jugé que la demande de récusation était fondée eu égard au fait que «*considérés globalement et corrélativement, ces faits sont de nature à susciter chez les requérantes et chez des tiers des interrogations légitimes quant à l'aptitude de ces magistrats à statuer*

²²¹ Cour eur. D.H., 1^{er} septembre 2005, *Rüdiger Adam et alii c. Allemagne* (déc. d'irrecevabilité).

sur la demande de suppression de la dotation avec les strictes objectivité et impartialité requises»²²²;

- du côté de la Cour constitutionnelle belge : confrontée à la même demande, la Cour constitutionnelle n’y a pas réservé la même réponse, et ce pour trois motifs. Le premier tient à la nature particulière du contrôle exercé par la Cour qui la distingue des cours et tribunaux ordinaires et des juridictions administratives : «une cour constitutionnelle ne statue pas sur les prétentions des parties au procès, mais juge uniquement *in abstracto* si les dispositions législatives applicables sont conformes aux règles au regard desquelles elle peut procéder à un contrôle» (B.5.2.). Le deuxième a trait aux compétences exclusives de la Cour et à sa composition équilibrée qui empêchent que les demandes de récusation paralysent son fonctionnement (B.4, B.5.3 et B.6). Le troisième dénote une appréciation différente de celle émise par le Conseil d’État : «un magistrat ne saurait être récusé pour les opinions émises dans des ouvrages qu’il a publiés comme jurisconsulte ou pour avoir déjà rendu, dans d’autres affaires, des décisions contraires aux prétentions de l’une des parties. D’une façon plus générale, le fait d’avoir publiquement, en quelque qualité que ce soit, mais sans relation quelconque avec les faits ou la procédure envisagée, pris position antérieurement sur une question de droit qui surgit à nouveau dans cette procédure n’affecte pas l’indépendance ou l’impartialité du juge. En décider autrement signifierait qu’un juge ne pourrait pas connaître d’une affaire dans laquelle se pose une question de droit déjà tranchée par lui dans d’autres affaires» (B.7.5.)²²³;
- du côté de la Cour de cassation belge : celle-ci s’est récemment prononcée dans un sens proche de celui de la Cour constitutionnelle. Saisie d’une demande de récusation d’un conseiller d’une cour d’appel ayant rédigé dans une revue juridique un commentaire sur l’arrêt *Salduz* de la CEDH et sur la position de la Cour de cassation belge à ce sujet, la Cour de cassation a jugé que «le fait pour un juge d’exprimer une position déterminée à propos d’un point de droit controversé par le biais de publications scientifiques ou dans le cadre de ses activités au sein de la rédaction d’une revue juridique ne compromet pas nécessairement son aptitude à connaître de façon indépendante et impartiale d’un litige dans lequel ce point de droit est abordé. Ce n’est pas le cas non plus si, à cette occasion, il manifeste son approbation ou sa désapprobation quant à une position déterminée, à condition de le faire avec la modération et la

²²² C.E. b., n° 169.314, 22 mars 2007, *ASBL Vrijheidsfonds et ASBL Vlaamse concentratie*, pt. 26.

²²³ C.C. b., arrêts n° 157/2009, du 13 octobre 2009; n° 155/2011, du 13 octobre 2011.

nuance qui doivent toujours caractériser l'attitude d'un magistrat»²²⁴. Ces limites n'ont pas été considérées comme franchises en l'espèce.

Outre le fait que le cumul entre les fonctions de juge et de professeur est rendu possible par nombre de législations nationales et qu'il est de l'intérêt de permettre les échanges dans les deux sens entre les mondes universitaire et juridictionnel, les prises de position assez souples de la jurisprudence en la matière s'expliquent aussi par l'importance reconnue à la liberté d'expression dans une société démocratique dont fait partie la liberté académique qui traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions.

3. *Le juge-échevin*

Certaines juridictions comprennent, à côté du ou des magistrats professionnels, des juges sociaux (en matière sociale), des juges consulaires (en matière commerciale) ou, de manière plus générale, des juges-échevins. L'existence d'un collège juridictionnel à composition mixte ne constitue pas en soi une preuve de partialité²²⁵. Les principes d'indépendance et d'impartialité valent aussi bien à l'égard des magistrats professionnels qu'à l'égard des magistrats non professionnels²²⁶.

Par essence, l'impartialité de la juridiction ne peut être jaugée sur le plan individuel de ses membres puisque le système revient précisément à associer à l'exercice de la justice des représentants de certaines tendances. L'impartialité d'une telle juridiction repose donc sur l'équilibre des intérêts représentés, lequel résulte de la collégialité des juridictions concernées et de leur composition paritaire. «Cette notion 'd'équilibre d'intérêts' est centrale dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'impartialité des juridictions siégeant avec échevins, que ce soit en matière locative, assurantielle, foncière ou sociale»²²⁷. Cet équilibre est rompu si les «assesseurs-échevins [ont] un intérêt commun contraire à ceux [du requérant] ou si leurs intérêts, sans être communs, [sont] tels qu'ils s'oppos[ent] néanmoins à ceux du [requérant]»²²⁸. Il l'est de même si leur statut les rend vulnérables à des

²²⁴ Cass. b., 15 octobre 2010, *Ius & actores*, 2010/3, p. 55, note E. BREWAEYS.

²²⁵ Cour eur. D.H., 16 juillet 1971, *Ringesheim c. Autriche*, §97; 23 juin 1981, *Lecompte et alii c. Belgique*, §§57 et 58.

²²⁶ Cour eur. D.H., 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, §32; 24 février 1993, *Fey c. Autriche*, §§27 à 30; 21 juillet 2009, *Luka c. Roumanie*, §42.

²²⁷ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 503-504 et jurisprudence citée.

²²⁸ Cour eur. D.H., 26 octobre 2004, *AB Kurt Kellermann c. Suède*, §63; 28 janvier 2010, *Puchstein c. Autriche*, §52.

pressions extérieures²²⁹. Le déséquilibre des intérêts peut donc s'apprécier soit *in abstracto*, eu égard à la structure de la juridiction et aux garanties d'indépendance des juges échevins, ou *in concreto*, en fonction de l'objet et des circonstances du litige. Cette notion se retrouve aussi dans la jurisprudence interne²³⁰.

4. *Le juge pair*

Les organes disciplinaires des ordres professionnels sont souvent composés en tout ou en partie de membres de la profession concernée. La présence de pairs, éventuellement concurrents de la personne poursuivie, est-elle de nature à entacher l'impartialité de l'organe disciplinaire?

La réponse de principe est négative. Le fait qu'une instance ordinaire soit composée de représentants de l'ordre professionnel n'entraîne pas une violation de l'article 6 de la CEDH pour autant qu'il existe des mesures de protection suffisantes pour garantir leur indépendance²³¹. À propos du conseil de l'ordre des avocats de Belgique, la Cour EDH a considéré «qu'élus par leurs pairs, les membres du conseil de l'ordre ne relèvent d'aucune autorité et ne sont soumis qu'à leur propre conscience»²³². Ainsi jugé dans le même sens que la seule circonstance que le conseil de discipline d'appel de l'Ordre des avocats est composé de quatre avocats et d'un magistrat ne viole ni l'article 6 CEDH ni le principe général du droit relatif à l'impartialité du juge²³³.

5. *Le juge-parlementaire ou titulaire d'un mandat politique*

Nous renvoyons à ce qui a été dit ci-avant à propos de l'exercice simultané de la fonction parlementaire et de la fonction juridictionnelle (cf. *supra*, chapitre II, section 1, §1^{er}) et à propos de la succession dans le temps de ces deux fonctions (cf. *supra*, chapitre II, section 2, §2, A).

²²⁹ Cour eur. D.H., 21 juillet 2009, *Luka c. Roumanie*, §§43 à 45 (absence d'inamovibilité; possibilité d'exercer d'autres activités au nom des organisations les désignant).

²³⁰ En Belgique, voy. Trib. Trav. Nivelles, 16 juin 2004, *J.T.*, 2004, p. 557; Mons, 23 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1057; Cass. b., 2 juin 2008, C.08.0464.N., *Pas.*, I, 1383; C.E., arrêt n° 209.282 du 29 novembre 2010, *Jacmin* (à propos des médecins-conseils nommés dans les juridictions de la sécurité sociale (INAMI) sur proposition des organismes assureurs). En France, voy. Cass. fr. (soc.), 19 décembre 2003, *Dalloz*, 2004, 1688, note M. KELLER.

²³¹ Cour eur. D.H., 23 juin 1981, *Le Compte et alii c. Belgique*; 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*; 26 septembre 1995, *Diennet c. France*; 9 janvier 2001, *Ouendeno c./ France*, req n° 39996/98; 27 juillet 2006, *Gubler c. France*.

²³² 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, §51.

²³³ Cass. b., 30 novembre 2000, *Pas.*, I, n° 659; 5 janvier 2006, RG D.05.0005.N; 13 mars 2008, RG D.07.0005.N; 26 février 2010, R.G. n° D.08.0010.F. *Idem* pour les architectes: Cass. b., 13 mars 2008, RG D.07.0002.N. *Idem* pour les vétérinaires: Cass. b., 8 décembre 2006, D050011N.

Voy. dans le même sens C.C. b., arrêt n° 195/2005 du 21 décembre 2005, B.5.2. (à propos des pairs siégeant dans un conseil d'appel).

6. *Le juge-fonctionnaire*

En principe, un fonctionnaire, membre du pouvoir exécutif, ne peut siéger au sein d'une juridiction en raison de son manque d'indépendance. Pour cette raison, il n'est pas admissible de prime abord de permettre l'exercice des fonctions d'assesseur, au sein des tribunaux d'application des peines, par des agents du ministère de la Justice malgré que ceux-ci possèdent une grande expérience en la matière. Toutefois, en raison d'un certain nombre de garanties qui permettent d'assurer leur nécessaire indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, une telle association a été admise : fonction exercée à temps plein, détachement du ministère, fixation de la rémunération par la loi, application du régime disciplinaire des magistrats, ...²³⁴.

7. *Le juge-journaliste ou chroniqueur*

La question abordée ici n'est pas celle des déclarations ou des communications à la presse de magistrats à propos d'affaires pendantes, question que nous avons déjà examinée lors de la portée de l'impartialité subjective. Il s'agit ici d'évoquer les critiques émises publiquement au sujet de normes de droit par des magistrats chargés par après de les appliquer ou les commentaires de magistrats sur la vie judiciaire en général, voire sur des problèmes de société.

En principe, le magistrat doit dans ce domaine adopter une attitude de réserve de nature à garantir le principe d'impartialité. Toutefois, il faut avoir égard à la liberté d'expression qui est aussi reconnue aux magistrats. Ainsi, cette liberté est menacée lorsqu'un magistrat est avisé par un membre du pouvoir exécutif qu'il ne sera plus nommé à une autre fonction du fait des prises de position qu'il a exprimées dans des conférences publiques; cet élément ne peut constituer un empêchement légitime pour le magistrat d'exprimer ses opinions²³⁵. Par ailleurs, il apparaît inhérent au bon fonctionnement d'un État démocratique que les magistrats puissent s'exprimer, moyennant modération et retenue, à l'égard de projets qui concernent le fonctionnement et l'organisation de la justice, voire de projets qui mettent en jeu des principes démocratiques et des droits fondamentaux²³⁶.

²³⁴ C.E. b., avis L. 37.951/2 du 17 janvier 2005 sur un avant-projet de loi «instaurant des tribunaux de l'application des peines», *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1960/1.

²³⁵ Cour eur. D.H., 28 octobre 1999, *Wille c. Liechtenstein*.

²³⁶ Voy. en ce sens, A. DE NAUW, «La liberté d'expression du judiciaire à l'égard du politique», in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 887-896.

CHAPITRE III. — LES REMÈDES

Notre propos n'entend pas dans ce domaine être exhaustif. Nous tentons de relever quelques pistes existantes en la matière et d'évoquer de nouvelles perspectives.

Les remèdes destinés à sauvegarder l'indépendance et l'impartialité des juges et des juridictions peuvent être préventifs ou curatifs ²³⁷.

Section 1. — Les remèdes préventifs

Le premier remède préventif est le juge lui-même. «La garantie d'impartialité repose surtout sur la conscience des juges eux-mêmes» ²³⁸. Comme le souligne la Cour EDH, «il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. En conséquence, tout juge à l'égard duquel il existe une raison légitime de redouter un défaut d'impartialité doit se déporter» ²³⁹. L'obligation de déport requiert que le juge s'abstienne spontanément de juger une affaire lorsqu'il a un doute personnel de partialité ou lorsqu'il existe, dans son chef, une cause de récusation ²⁴⁰. Il faut souligner à cet égard qu'il n'existe pas de contrôle des raisons retenus par le juge pour se déporter et qu'aucun appel de sa décision n'est généralement possible; toutefois, celui-ci ne pourrait refuser de juger une cause par pure convenance, au risque sinon de se rendre coupable d'un déni de justice ²⁴¹.

Les autres remèdes préventifs destinés à garantir l'indépendance et l'impartialité des juges sont soit individuels soit structurels.

§ 1. Les remèdes individuels

Pour ce qui est des remèdes individuels qui concernent donc la personne des juges eux-mêmes, il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH, rejointe en cela par les juridictions belges ²⁴², que l'indépendance ou non

²³⁷ En Belgique, l'étude récente la plus systématique dans le domaine est celle de J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les garanties constitutionnelles de l'indépendance de l'autorité judiciaire», in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, juillet 2006, pp. 522 à 600.

²³⁸ F. TULKENS et J. LOTARSKI, *op. cit.*, p. 744.

²³⁹ Cour eur. D.H., 10 juin 1996, *Pullar c. Royaume-Uni*, §38; 5 juillet 2007, *Sara Lind Eggertsdottir c. Islande*, §42.

²⁴⁰ En Belgique, Code judiciaire, art. 831 qui renvoie aux causes énumérées à l'article 828 du même Code.

²⁴¹ Voy. C. jud., art. 5.

²⁴² C.C. b., arrêts n° 29/99 du 3 mars 1999, B.5.5.; n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.17.1.; n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.11. Cass., 27 avril 2010, P.10.0119.N.

d'un juge est déterminée par son mode de nomination ou de désignation, par la durée de son mandat, par la garantie contre les influences extérieures et par l'apparence de partialité. On y trouve les germes d'une série de garanties individuelles qui doivent être complétées par d'autres mécanismes. Ces remèdes sont évidemment en lien avec et découlent du contenu et de la portée dégagés à propos des principes d'indépendance et d'impartialité individuelles dans le deuxième chapitre de cette contribution.

De manière générale, le statut des magistrats doit assurer leur indépendance et leur impartialité, ce qui requiert à tout le moins les éléments suivants :

- pour ce qui est de leur *nomination* ou de leur *désignation*, les conditions d'accès et de sélection et les procédures y relatives doivent être empreintes d'une objectivité certaine et d'une vérification des aptitudes et qualités professionnelles. Il en va de même pour *la suite de la carrière des magistrats* : leur évaluation, leur progression via des affectations ou des promotions, et leur fin de carrière. Dans son rapport général des 12 et 13 mars 2010, la Commission de Venise, qui est une émanation du Conseil de l'Europe, recommande à cet égard, comme norme européenne relative à l'indépendance des juges, «le principe selon lequel toutes les décisions concernant la nomination et la carrière professionnelle des juges devraient être fondées sur le mérite, évalué au moyen de critères objectifs dans le cadre de la loi»²⁴³;
- ces deux exigences nécessitent aussi un *statut pécuniaire* stable (exclusion de primes variables), préétabli selon des règles générales et abstraites, transparent et fixé à un niveau suffisant qui ne soit en tout cas pas inférieur à celui des organes contrôlés. La Recommandation n° R(94)12 prévoit à cet égard que «la rémunération [des juges] devrait être garantie par la loi» (principe I.2.b.ii) et être «à la mesure de la dignité de leur profession et des responsabilités qu'ils assument» (principe III.1.b)²⁴⁴. La Commission de Venise y a ajouté récemment que «les primes et les avantages en nature, dont l'attribution comporte un élément d'appréciation, devraient être supprimées progressivement»²⁴⁵;

²⁴³ Commission européenne pour la démocratie par le droit dite, «Commission de Venise», Rapport des 12 et 13 mars 2010 sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire, partie I, §27, p. 7, disponible sur le site http://www.venice.coe.int/site/main/presentation_F.asp.

²⁴⁴ Recommandation n° R(94)12 du 13 octobre 1994 du Comité des Ministres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges disponible sur le site <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com>.

²⁴⁵ Rapport des 12 et 13 mai 2010, *op. cit.*, §51.

- la *durée de la nomination* : la nomination des juges à vie jusqu'à l'âge obligatoire de la retraite est assurément l'approche la plus fiable du point de vue de l'indépendance et est vivement recommandée par la Commission de Venise comme une des normes européennes à promouvoir en la matière ²⁴⁶. La nomination à temps d'un juge à temps plein, en-dehors donc des magistrats non professionnels comme les juges-échevins ou les jurés, ne peut être admise que si l'instance responsable et si la procédure relative à la nomination et la reconduction à une fonction de juge présentent des caractéristiques suffisantes d'objectivité et de transparence et que si durant cette période, le juge concerné bénéficie de garanties comme l'inamovibilité et l'absence de pouvoir hiérarchique. Les clauses et les périodes d'essai sont de ce point de vue à proscrire, ce qui n'exclut pas le stage judiciaire préalable à une nomination, lequel ne peut toutefois comprendre l'exercice même de la fonction juridictionnelle ²⁴⁷;
- *l'inamovibilité et les mandats* : les mutations tant fonctionnelles que géographiques d'un juge, en ce compris sa promotion ou son avancement, ne peuvent se faire en principe sans son consentement ²⁴⁸, à l'exception d'une sanction disciplinaire de ce type ou sauf certaines circonstances particulières comme une réorganisation législative de l'appareil juridictionnel dans son ensemble ou de la juridiction concernée ou une affectation temporaire d'appoint à un autre tribunal en vue de résorber l'arriéré ou de traiter certaines affaires volumineuses ²⁴⁹. Le système des mandats temporaires prévu pour certaines fonctions, comme principalement, celles de chef de corps, n'est pas incompatible avec la garantie de l'inamovibilité pour autant que soient prévues les mêmes garanties que celles indiquées à propos des nominations temporaires;
- *les incompatibilités* : il s'agit par de telles règles d'éviter que le juge soit placé dans une situation de nature à mettre en doute son indépendance et son impartialité. Ces règles doivent certainement prohiber l'exercice cumulé d'un mandat politique, électif ou non, exécutif ou législatif; en effet, l'exercice d'un mandat politique implique que son titulaire s'engage publiquement en faveur de ses options politiques et cherche à s'attacher

²⁴⁶ Rapport des 12 et 13 mai 2010, *op. cit.*, §38.

²⁴⁷ Voy. notamment le cas des juges assesseurs en Pologne tranché récemment par la Cour EDH, arrêt du 30 novembre 2010, *Urban c. Pologne* (à propos de juges stagiaires pouvant être révoqués par le ministre de la Justice à tout moment pendant la durée de leur mandat).

²⁴⁸ L'article 152, alinéa 3, de la Constitution belge dispose à cet effet que «Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement».

²⁴⁹ Rapport des 12 et 13 mars 2010 de la Commission de Venise, *op. cit.*, §43. Voy. en Belgique l'article 86bis du Code judiciaire à propos des juges de complément nommés par ressort de cour d'appel ou du travail et les articles 98 et 113 du Code judiciaire à propos d'un système de délégations.

la confiance des électeurs ²⁵⁰. Ces règles doivent également interdire le cumul avec d'autres activités rémunérées par les pouvoirs publics ou par des entreprises privées qui risquent d'être parties à la cause devant le magistrat concerné ²⁵¹. À cet égard, il nous semble intéressant de prévoir, à l'instar de ce qui a été prévu pour les mandataires politiques et publics, l'obligation pour les magistrats de déclarer annuellement leur cumul d'activités et d'en assurer la publication de manière adéquate. La transparence régulière des cumuls d'activité contribuerait certainement à réduire les risques de partialité;

- *l'immunité* : si les magistrats ne doivent pas bénéficier d'une immunité générale, ils doivent toutefois être protégés contre toute pression extérieure induite. Pour cette raison, il convient de leur reconnaître une immunité fonctionnelle, soit une immunité limitée aux actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, sur le plan pénal à l'exception des infractions intentionnelles, comme la fraude, la corruption, ... Sur le plan civil, la reconnaissance d'une telle immunité conduit à instaurer un régime de responsabilité à la charge exclusive de l'État, donc sans action récursoire à l'encontre du magistrat, sous réserve d'une éventuelle sanction disciplinaire dans le chef du magistrat ²⁵² et d'une responsabilité civile limitée aux actes intentionnels ²⁵³;
- *le privilège de juridiction* : celui-ci consiste en le droit à n'être jugé que par une juridiction supérieure, ce qui implique de ne pas bénéficier d'un double degré de juridiction, et en le droit à ne pouvoir être poursuivi que par l'office du Parquet, à l'exclusion donc des parties civiles. Un tel système n'est pas recommandé par la Commission de Venise et est d'ailleurs mal perçu par ses «bénéficiaires». Saisies par des magistrats en mal de

²⁵⁰ C.C. b., arrêt n° 107/1998 du 21 octobre 1998, B.4.4.

²⁵¹ Selon l'article 155 de la Constitution belge, «Aucun juge ne peut accepter d'un gouvernement des fonctions salariées, à moins qu'il ne les exerce gratuitement et sauf les cas d'incompatibilité déterminés par la loi». La loi en question est constituée des articles 292 et suivants du Code judiciaire, des articles 107 à 109 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et des articles 44 à 46 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁵² Rapport des 12 et 13 mars 2010, *op. cit.*, §§56 à 61. Voy. aussi les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature issus du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et confirmés par l'Assemblée générale de l'ONU dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, principe n° 16.

²⁵³ Voy. en Belgique la procédure de la prise à partie d'un magistrat devant la Cour de cassation qui peut déboucher sur la condamnation du magistrat à la réparation du préjudice souffert ou à l'annulation du jugement et le renvoi de la cause devant d'autres juges (C. jud., art. 1140 à 1147).

- double degré de juridiction, la Cour EDH, à l'instar de la Cour constitutionnelle belge²⁵⁴, n'a toutefois pas remis en cause ce privilège²⁵⁵;
- *la discipline* : elle ne peut relever de l'organe qui a investi le magistrat de sa fonction²⁵⁶. Pour le surplus, la Cour EDH refuse d'appliquer l'article 6, §1, de la CEDH au contentieux disciplinaire des magistrats pour le motif que ces fonctions impliquent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique²⁵⁷. Il s'ensuit qu'en l'absence de standards européens en la matière, les garanties dans le contentieux disciplinaire des magistrats varient d'un pays à l'autre. Dans ce cadre, il est recommandé par la Commission de Venise que les procédures disciplinaires «relèvent de la compétence de conseils de la magistrature ou de juridictions disciplinaires» et qu'en outre, «il devrait être possible de faire appel des décisions des instances disciplinaires»²⁵⁸. Par ailleurs, l'absence d'application de l'article 6 de la CEDH n'empêche pas que plusieurs des garanties prévues par cette disposition s'appliquent néanmoins, en tant que principes généraux, au régime disciplinaire des magistrats, comme le principe général de l'impartialité²⁵⁹;
 - *l'absence de subordination interne* : les juges ne sont soumis qu'à la loi. L'indépendance individuelle de chaque juge «est incompatible avec une relation de subordination des juges dans l'exercice de leur activité juridictionnelle»²⁶⁰.

§2. Les remèdes structurels

Les remèdes préventifs sont aussi de nature structurelle en ce qu'ils concernent les juridictions sous l'angle de leur organisation et de leur fonc-

²⁵⁴ C.C. b., arrêts n° 66/94 du 14 juillet 1994, n° 60/96 du 7 novembre 1996, n° 13/98 du 11 février 1998 (à propos de justiciables poursuivis en même temps que les magistrats), n° 112/98 du 4 novembre 1998, n° 117/1998 du 18 novembre 1998 et n° 44/2009 du 11 mars 2009.

²⁵⁵ Cour eur. D.H., 15 juillet 2003, *Ernst et alli c. Belgique*, §§50 à 57; 9 décembre 2004, *Stevens c. Belgique*, req. n° 56936/00 (déc. d'irrecevabilité).

²⁵⁶ J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 568, qui citent Comm. EDH, 12 octobre 1978, req. n° 7360/76, décision *Zand c. Autriche*.

²⁵⁷ Voy. Cour eur. D.H., 8 février 2001, *Galina Pitkevich c. Fédération de Russie*, req. n° 47936/99 (déc. d'irrecevabilité) et 1^{er} juillet 2003, *Kestutis Dziaautas c. Lituanie*, req. n° 59330/00 (déc. d'irrecevabilité). Pour une critique de cette jurisprudence, voy. notamment M. MICHALAUSKAS, «Brèves réflexions sur l'applicabilité de l'article 6, §1, de la Cour eur. D.H. au contentieux relatif au statut des magistrats», *R.T.D.H.*, 59/2004, pp. 645 à 652.

²⁵⁸ Rapport des 12 et 13 mars 2010, *op. cit.*, §43. Voy. aussi les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature issus du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et confirmés par l'Assemblée générale de l'ONU dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, principe n° 20.

²⁵⁹ C.C. b., arrêt n° 74/2001 du 31 mai 2001, B.9.3.

²⁶⁰ Rapport des 12 et 13 mars 2010, *op. cit.*, §72.

tionnement. Ici aussi, les remèdes énoncés sont issus des constats énoncés ci-avant à propos de l'indépendance institutionnelle et de l'impartialité objective.

La première garantie dans ce domaine est le *niveau normatif d'affirmation des principes* d'indépendance et d'impartialité. Il est requis à cet égard que les principes fondamentaux garantissant l'indépendance des juges soient inscrits dans la Constitution ou dans un texte équivalent, ce qui implique, pour assurer leur effectivité, l'existence d'un contrôle des normes législatives au regard de la Constitution ou du texte équivalent.

La deuxième garantie concerne les *normes relatives à l'organisation juridictionnelle* (combien, quelles juridictions, quel ressort, quelles compétences, ...), *à la procédure et au statut des magistrats*. Il ressort de la condition de légalité inscrite dans l'article 6 de la CEDH que ces normes doivent relever pour l'essentiel du pouvoir législatif plutôt que du pouvoir exécutif²⁶¹. Il est par ailleurs indiqué que le principe de légalité en ces matières soit inscrit dans la Constitution et censurable via le contrôle de constitutionnalité des lois.

La troisième garantie structurelle a trait à *l'autorité* qui est désignée, par le texte constitutionnel si possible, comme étant *garante de l'indépendance et de l'impartialité* de la justice. Il est requis que cette autorité ne relève pas du pouvoir exécutif, comme c'est le cas en France, ni du pouvoir législatif, mais qu'elle consiste en une autorité indépendante de ces deux pouvoirs, créée par la Constitution et dotée de garanties substantielles pour ce qui est de sa composition, de ses pouvoirs et de son autonomie organique et financière. Elle doit pouvoir jouer un rôle déterminant dans les décisions relatives à la nomination, la carrière et la discipline des juges. Ainsi, la possibilité, pour le pouvoir exécutif, de démettre les membres d'une juridiction de leurs fonctions pour négligence grave ou conduite notoire n'est pas compatible avec le principe de l'inamovibilité du juge qui constitue une garantie de l'indépendance du «pouvoir judiciaire» — *sensu lato* — par rapport au pouvoir exécutif²⁶². Il est recommandé par la Commission de Venise de créer un tel organe et de le composer de telle façon qu'il ait un caractère pluraliste, les juges représentant une partie importante, sinon la majorité, de ses membres et devant être élus ou désignés par leurs pairs²⁶³.

²⁶¹ Voy. notamment Cour eur. D.H., 22 juin 2000, *Coëme c. Belgique*, §98. Voy. aussi les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature issus du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et confirmés par l'Assemblée générale de l'ONU dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, principe n° 11.

²⁶² C.E. b., avis L. 42.324/3 du 13 mars 2007 sur un avant-projet de décret «tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XVI Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen», *Vl. Parl.*, 2006-2007, nr. 1249/1.

²⁶³ En Belgique, un tel organe a vu le jour avec la révision constitutionnelle du 20 novembre 1998 sous la dénomination de Conseil supérieur de la Justice (article 151 de la Constitution).

Une quatrième garantie structurelle réside dans le *financement de la justice* qui doit être d'un niveau suffisant²⁶⁴ et qui ne doit pas être tributaire des fluctuations politiques. Un certain niveau doit donc lui être garanti. Par ailleurs, il est indispensable d'associer le pouvoir judiciaire au processus d'élaboration du budget de la justice. Enfin, une plus grande autonomie de la Justice passe par la reconnaissance de sa capacité à s'autogérer sur le plan financier, ce que permet de réaliser un financement par dotation dont l'utilisation est soumise à des contrôles tant internes qu'externes.

Une cinquième garantie provient d'une série de *mécanismes qui gravitent autour du prononcé* de la décision de justice : la collégialité des formations de jugement; la publicité des audiences; le secret du délibéré; la motivation de la décision; le prononcé en audience publique; le caractère définitif de la décision de justice en-dehors des procédures de recours prévues par la loi.

Section 2. — Les remèdes curatifs

Ceux-ci sont de deux ordres : ils sont, ici aussi, individuels ou structurels.

§ 1. Le procédé individuel curatif

Le procédé qui permet de remédier à un défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un magistrat se dénomme la récusation.

La récusation est un incident de procédure — et non une voie de recours — mu par une des parties au litige en principe dans le cours du procès et destiné à empêcher un magistrat de continuer à siéger en la cause en raison d'un soupçon de partialité à l'égard de cette partie. Elle «est un droit accordé par la loi à une partie de refuser, pour une des causes visées à l'article 828 du Code judiciaire, d'être jugée par un membre de la juridiction appelée à statuer» et «est essentiellement liée au droit de défense»²⁶⁵.

Cet incident est à la disposition des parties et suppose une initiative de leur part. Toutefois, il doit en principe être exercé par la partie concernée au cours de la procédure menée devant le magistrat concerné²⁶⁶. Il ne peut

²⁶⁴ Rapport des 12 et 13 mars 2010, *op. cit.*, §55. Voy. aussi les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature issus du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et confirmés par l'Assemblée générale de l'ONU dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, principe n° 7.

²⁶⁵ Cass. b., 10 décembre 2003, *Pas.*, I, n° 638; 21 avril 2011, *J.T.*, 2011, p. 441, concl. av. gén. WERQUIN.

²⁶⁶ En Belgique, l'article 833 du Code judiciaire, qui est jugé comme étant d'ordre public (Cass. b., 10 mai 2000, *Pas.*, I, n° 284), exige même que celui qui veut récuser doit le faire «avant le commencement de la plaidoirie», ce qui «signifie le moment où l'on a commencé à plaider» (Cass. b., 14 novembre 2000, *Pas.*, I, n° 620; 26 décembre 2001, *Pas.*, I, n° 722; et

donc l'être pour la première fois devant la Cour de cassation ²⁶⁷. Cette exigence n'est pas contraire à l'article 6, §1, de la CEDH dont les garanties en matière de procès équitable revêtent pourtant un caractère d'ordre public. En effet, pour la Cour EDH, «le requérant ne saurait prétendre avoir eu des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu» ²⁶⁸. Par ailleurs, les demandes de récusation doivent être énoncées et traitées de telle manière qu'elles n'entraînent pas une paralysie de la justice ou un retard excessif dans l'exercice de celle-ci ²⁶⁹, d'autres droits se trouvant alors compromis comme le droit d'accès à un juge ou le droit au délai raisonnable. Il s'agit en effet d'éviter que des justiciables tentent d'user de cette procédure afin de retarder l'exercice de la justice ²⁷⁰.

Il importe de relever que certaines situations permettent de renverser cette présomption de renonciation à pouvoir invoquer ultérieurement la partialité du magistrat :

- la survenance ultérieure des faits susceptibles de constituer la cause de récusation ²⁷¹;
- l'absence de connaissance préalable de la composition de la juridiction ²⁷²;
- la prise de conscience d'une cause de récusation alors que la récusation ne peut plus être soulevée ²⁷³;
- l'existence d'obstacles quasi insurmontables pour introduire une demande de récusation ²⁷⁴.

Par ailleurs, en droit belge, la Cour de cassation a infléchi sa position de principe en la matière en jugeant que «le moyen contestant l'impartialité

8 juillet 2008, RGC.08.0285.N). Lorsque la récusation est fondée sur une cause survenue postérieurement au début des plaidoiries, elle «doit être proposée aussitôt que la cause qui la fonde est connue de la partie qui s'en prévaut et en tout cas, avant la prochaine audience suivant ce moment, cette audience ne fût-elle pas destinée à entendre des plaidoiries mais à poursuivre l'instruction de l'affaire» (Cass. b., 12 mars 2010, *Pas.*, I, n° 177; 21 avril 2011, *J.T.*, 2011, p. 441, concl. av. gén. WERQUIN).

²⁶⁷ Jurisprudence constante en Belgique : Cass. b., 29 avril 1991, *Pas.*, I, p. 770; 30 janvier 1998, *Pas.*, I, 150; 31 mars 2010, P.10.0031.F. En France, voir Cass., 24 novembre 2000, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2001, p. 192.

²⁶⁸ Cour eur. D.H., 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, §34.

²⁶⁹ Cour eur. D.H., 22 septembre 1994, *Debled c. Belgique*, §37; 10 juin 1996, *Thomann c. Suisse*, §36; 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c. Grèce*, décision, p. 9. CC. b., arrêt n° 157/2009 du 13 octobre 2009, B.4.

²⁷⁰ F. HENRY, «Les procédures de récusation et de dessaisissement», *J.L.M.B.*, Opus 6, Larcier, 2009, p. 11.

²⁷¹ Voir pour un cas d'application C.E., arrêt n° 211.299 du 16 février 2011, *Jacmin*.

²⁷² Cour eur. D.H., 20 janvier 2011, *Vernes c. France*, §§42-43.

²⁷³ Cour eur. D.H., 23 avril 1996, *Remli c. France*; 17 juin 2003, *Pescador Valero c. Espagne*.

²⁷⁴ F. TULKENS et J. LOTARSKI, *op. cit.*, pp. 746-747.

d'une juridiction en raison de sa composition intéresse l'ordre public et peut être proposé pour la première fois devant la Cour»²⁷⁵. La Cour opérerait de la sorte «une distinction entre les causes de récusation touchant aux exigences objectives de l'organisation judiciaire et essentielles à l'administration de la justice qui pourraient à ce titre être soulevées pour la première fois en cassation, et celles qui se déduisent de la situation personnelle d'un juge à l'égard des parties ou de l'une d'elles qui ne pourraient plus être invoquées ultérieurement»²⁷⁶.

Quant aux causes de récusation, les droits nationaux ne se réfèrent généralement pas à l'article 6, §1^{er}, de la CEDH mais, au contraire, énumèrent de manière limitative les situations constitutives d'une cause de récusation. Que se passe-t-il lorsqu'un plaideur invoque non pas la disposition légale *ad hoc* mais le seul article 6, §1^{er}, de la CEDH ou lorsqu'un plaideur se prévaut d'une situation non prévue par ladite disposition légale mais rentrant dans le costume plus large de l'article 6, §1^{er}, précité? Dans les deux cas, la Cour de cassation rejetait auparavant le moyen²⁷⁷. L'article 828 du Code judiciaire a alors été complété par une nouvelle cause de récusation qu'est la «suspicion légitime»²⁷⁸. Par cette modification législative, «l'espoir a été exprimé que cette nouvelle cause puisse servir de réceptacle pour recueillir toutes les hypothèses où les autres causes de récusation seraient jugées trop étroites pour intégrer la pleine mesure des garanties d'impartialité découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme»²⁷⁹. L'espoir fut concrétisé peu après dans la jurisprudence de la Cour de cassation²⁸⁰ et ultérieurement dans celle de la Cour constitutionnelle²⁸¹, sous une importante réserve, pour ce qui est de la Cour de cassation du moins, à savoir que «les causes de récusation étant limitativement énumérées par la loi, la violation des articles 6, §1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14, §1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du principe général du droit relatif à l'impartialité des juges ne peut

²⁷⁵ Cass. b., 27 novembre 2002, P021158F, qui renvoie à Cass. b., 27 février 1987, *Pas.*, I, p. 775. Voir déjà Cass., 13 octobre 1975, *Pas.*, I, 1976, p. 181.

²⁷⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, «L'impartialité du juge : récusation et dessaisissement en droit belge», in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 182, qui se réfère à un autre arrêt, Cass. b., 5 décembre 2003, *Larcier Cassation*, 2003, p. 214.

²⁷⁷ Cass. b., 24 novembre 1994, RG D.94.0023.F; 19 novembre 1998, *Pas.*, I, n° 488; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1501, note F. KUTY; 4 février 2000, *Pas.*, I, p. 300.

²⁷⁸ C. jud., art. 828, 1°, inséré par la loi du 10 juin 2001, *M.B.*, 22 septembre 2001, p. 31900.

²⁷⁹ J. VAN COMPERNOLLE, «L'impartialité du juge», in *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 9.

²⁸⁰ Cass. b., 22 mars 2002, RG n° 02.0124.F.

²⁸¹ C.C. b., arrêts n° 157/2009 du 13 octobre 2009, B.2.; n° 155/2011 du 13 octobre 2011, B.2.

fonder une récusation»²⁸². Il s'ensuit que si la notion de «suspicion légitime» permet de recouvrir des hypothèses non prévues par le droit interne de violation de ces deux dispositions internationales ou de ce principe général, une demande en récusation ne peut être uniquement fondée sur celles-ci ou sur celui-ci, le demandeur en récusation devant toujours justifier sa demande sur la base de l'article 828 du Code judiciaire.

§2. Les procédés curatifs structurels

Le justiciable dispose d'au moins deux procédés structurels relevant du droit interne pour mettre en cause après coup la partialité d'une formation de jugement et y remédier :

- le dessaisissement : à la différence de la récusation, le dessaisissement concerne la juridiction toute entière qui est saisie de l'affaire. L'accueil de cette demande entraîne donc le dessaisissement d'une juridiction au profit d'une autre formation de jugement. Les causes qui sont en partie semblables à celles relatives à la récusation sont limitativement énumérées et interprétées restrictivement puisqu'elles dérogent à l'attribution du juge telle qu'elle résulte de la loi (dénommé le «juge naturel préconstitué par la loi») ²⁸³;
- les voies de recours : les voies de recours devant des juridictions du second degré ou de cassation permettent d'assurer une meilleure indépendance de la justice. En effet, la multiplication des juges appelés à statuer dans une affaire contribue à diminuer les tentatives de collusion ou la confusion des fonctions, voire l'existence d'un parti pris.

Dans l'ordre juridique international, le système mis en place par la CEDH permet au justiciable de recourir à deux mécanismes destinés à remédier à un constat de partialité opéré par la Cour EDH. En effet, du fait qu'en vertu de l'article 46 de la CEDH, les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg revêtent un caractère obligatoire pour les parties à la cause, l'État défendeur a l'obligation «de faire cesser la violation, d'en effacer les conséquences, d'éviter des violations semblables et de verser une indemnité allouée par la Cour européenne au titre de la satisfaction équitable» ²⁸⁴ :

- en ce qui concerne l'obligation de réparer les conséquences du constat de violation, la Cour EDH a précisé que dans le cadre d'une violation de

²⁸² Cass. b., 23 juillet 2002, P021083F.

²⁸³ En Belgique, voy. les articles 648 à 663 du Code judiciaire. Cass. b., 5 novembre 1849, *Pas.*, 1850, I, p. 29, concl. Av. gén. DEWANDRE; 1^{er} octobre 1998, *Pas.*, I, p. 999.

²⁸⁴ F. KRENC, «L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», in *L'effet de la décision de justice. Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Liège, Anthemis, 2008, p. 21.

l'article 6, §1^{er}, de la Convention, «il faut placer le requérant, le plus possible, dans une situation équivalant à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de cette disposition»²⁸⁵. Cela suppose que le droit interne prévoit l'ouverture d'une voie de recours extraordinaire, à savoir la procédure de rétractation d'un jugement ou d'un arrêt prononcé en violation de l'article 6, §1^{er}, précité²⁸⁶;

- le versement par l'État d'un montant fixé par la Cour EDH à la partie lésée au titre de la satisfaction équitable : l'article 41 de la CEDH prévoit en effet que si le droit interne de la partie lésée ne permet pas d'effacer les conséquences de la violation ou ne le permet qu'imparfaitement, la Cour accorde au requérant «une satisfaction équitable destinée à réparer son dommage à la condition qu'il établisse la réalité d'un préjudice en relation causale avec la violation de la Convention»²⁸⁷. La satisfaction équitable est donc une réparation subsidiaire et fixée en équité.

²⁸⁵ Cour eur. D.H., 2 juin 2005, *Claes et alii c. Belgique*, §53.

²⁸⁶ En droit belge, si une telle voie est ouverte en matière pénale, ce qui permet de rejuger l'affaire dans le respect des garanties de l'article 6, cette possibilité n'est pas reconnue en matière civile (article 10 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle).

²⁸⁷ F. KUTY, «La responsabilité de l'État du fait d'une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la satisfaction équitable de l'article 41 de la Convention», *R.G.A.R.*, 2000, p. 13268-4.