

La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ?

Xavier DELGRANGE

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État¹
Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

et

Nicolas LAGASSE

Secrétaire politique du groupe MR de la Chambre des représentants
Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis
Collaborateur scientifique au Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles

1. Le devoir de réserve se définit classiquement comme « l'attitude d'impartialité du juge qui, exempt de toute idée préconçue, examine avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties »². Philippe De Bruycker précise que « la notion est tout entière construite sur la conception que certaines fonctions sont assurées par des personnes dont il faut préserver l'image d'impartialité et de neutralité en raison de la confiance qu'elles doivent inspirer au public »³. Elle est indissociable des exigences d'indépendance et d'impartialité⁴.

Comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité figure « assurément au premier rang » des exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'agissant de l'agencement du système judiciaire⁵. Depuis son arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} octobre 1982, elle enseigne que « l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective, amenant à s'assurer

¹ « Si un magistrat prend la parole en public, il s'exprimera dans un vocabulaire châtié et communiquera ses opinions et points de vue de manière prudente et avec une certaine réserve, en indiquant clairement qu'ils lui sont personnels et ne sont pas ceux de sa juridiction ou de son corps » (X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Déontologie et discipline », in X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, *Statut et déontologie du magistrat*, Bruxelles, La Chartre, 2000, p. 311). Voilà qui est fait, à tout le moins s'agissant du dernier précepte.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 554.

³ Ph. DE BRUYCKER, « Déontologie de la fonction publique et transparence administrative », *A.P.T.*, 1993, p. 176.

⁴ Fr. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 79-80.

⁵ C.E.D.H., *De Cubber c. Belgique*, arrêt du 26 octobre 1984, § 35.

qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime». Franklin Kutý synthétise ainsi cette double dimension de l'impartialité: «si l'impartialité dite objective prend en considération des critères de caractère fonctionnel et organique, l'impartialité personnelle ou subjective s'attache aux éléments permettant d'apprécier la conviction personnelle du juge, son attitude, sa conduite, son comportement ou encore ce qu'il pensait en son for intérieur. Il s'agit de s'assurer que le juge n'a manifesté aucune prévention, aucun parti pris, aucun préjugement, aucun préjugé personnel, aucune idée préconçue, aucune amitié, hostilité ou malveillance quelconque [...]»⁶.

Lorsque la lame de fond instillant, depuis les années 70, dans l'ensemble de la fonction publique une libération de la parole des fonctionnaires⁷, en ce compris des militaires, aborda la magistrature⁸, elle heurta de plein fouet le roc des principes juridictionnels, au premier rang desquels trônait l'exigence d'impartialité.

L'affaire *Dutroux* en fut un révélateur dramatique⁹. Alors que l'opinion publique condamnait, notamment par la voix de la Commission parlementaire présidée par Marc Verwilghen, une justice coupable d'inhumanité, la Cour de cassation rappelait à Jean-Marc Connerotte, le juge chestrolais qui instruisait l'affaire, les exigences de l'impartialité dans toute la rigueur des principes: «le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge ne pouvant susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité; qu'aucune circonstance, fût-elle exceptionnelle, ne le dispense de ce devoir». En l'espèce, «le juge d'instruction qui a été reçu par une partie à ses frais ou qui a agréé d'elle des présents, et a manifesté de la sorte sa sympathie à l'égard de cette partie, se met dans l'impossibilité d'instruire la cause de celle-ci sans susciter chez les autres parties, notamment les inculpés, et les tiers une suspicion quant à son aptitude à remplir

⁶ FR. KUTÝ, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, op. cit., p. 47. Sur cette notion, voy. aussi 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*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 731-768; M. VERDUSSEN, «Le devoir de réserve au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Le devoir de réserve: l'expression censurée?*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 21-31; FR. KUTÝ, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, op. cit., pp. 48 et s.; F. KRENC et M.-A. BEERNAERT, «La Cour européenne des droits de l'homme à la recherche d'une conception pragmatique du procès équitable», in Association Syndicale des Magistrats (éd.), *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 200-217.

⁷ Voy. notamment B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2001.

⁸ Voy. CH. PANIER et F. RINGELHEIM (dir.), *Les pouvoirs du judiciaire*, Bruxelles, Labor, 1987.

⁹ Voy. B. DEJEMEPE, «Justice et opinion: les enjeux d'une nécessaire cohabitation», *Rev. trim. D.H.*, 2004, pp. 611-620; A. GARAPON, «Temps de crise ou crise du temps des démocraties», in *La république des Juges*, Liège, Éd. Jeune barreau, 1997, pp. 99-113; CHR. MATRAY, *Le chagrin des juges. Essai sur une crise exemplaire*, Bruxelles, Complexe, 1997, not. pp. 62-63 et 94 et s.

sa mission d'une manière objective et impartiale»¹⁰. L'injustice fut ressentie des deux côtés. Les magistrats furent choqués par le lynchage de la juge d'instruction de Liège, Martine Doutrève, dépeinte par la Commission Verwilghen comme un être froid et distant; l'opinion publique ne comprit pas pourquoi Jean-Marc Connerotte fut dessaisi pour avoir fait preuve de compassion. Christine Matray propose de tirer l'enseignement suivant de cette pénible expérience: «s'ils doivent s'ouvrir davantage au dialogue et au sens du service public, les juges devront toujours garder une juste distance avec ceux auxquels des drames individuels, ou simplement les hasards de l'actualité, donnent une tribune médiatique temporaire. La légitimité du combat des uns doit trouver, devant le juge, une pondération fondée sur la légitimité de la défense des autres»¹¹.

Dans la foulée de cet électrochoc, Patrick Mandoux et Damien Vandermeersch s'interrogent: en concevant le devoir de réserve de manière négative comme un régime d'interdiction émanant de la hiérarchie, ne risque-t-on pas de rechercher, fût-ce inconsciemment, «un profil unique proche de la pensée unique? N'est-ce pas pour cette raison que les magistrats sont parfois taxés de "gens coincés", placés sur un piédestal ou enfermés dans leur tour d'ivoire (ou dans leur réserve), incapables d'appréhender la diversité des réalités quotidiennes des justiciables? À force de se draper dans sa dignité, la justice n'entretient-elle pas le fossé si souvent dénoncé existant entre elle et les justiciables? À notre sens, l'appréciation de la réserve (et non le devoir de réserve) du magistrat doit subir une révolution copernicienne: il n'appartient plus au chef de corps de définir du haut de sa conception des choses l'attitude que doivent adopter les magistrats placés sous sa responsabilité; le comportement de ceux-ci doit être évalué du point de vue des citoyens et de la légitime confiance que ceux-ci sont en droit d'attendre de la part des acteurs judiciaires. Dans une société démocratique telle que la nôtre, la majorité des citoyens se révèle fort ouverte et tolérante, notamment par rapport aux différences et aux minorités. Il ne s'agit plus d'attendre que le magistrat soit un être parfait, désincarné, exempt de toute faute, mais davantage qu'il soit un être humain qui se montre respectueux des différences, digne de la confiance qui est placée en lui et responsable, dans le sens qu'il peut à tout moment être appelé à répondre de ce qu'il a fait»¹².

À l'instar des enseignants des établissements officiels, à qui l'on propose désormais, sans craindre la contradiction langagière, de s'adonner à une

¹⁰ Cass., 14 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 175-201 et obs. M. UYTENDAELE et R. WITMEUR, «L'impossible doute». Voy. aussi F. DELPÉRÉE, «Quelques propos sur la justice et la politique», *J.T.*, 1997, p. 73; Ph. TOUSSAINT, «L'affaire Connerotte et les "créatifs"», *Journ. proc.*, 1996, n° 312, pp. 4-5.

¹¹ *Le chagrin des juges. Essai sur une crise exemplaire*, op. cit., p. 158.

¹² P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, «Le point de vue du magistrat», in *Le devoir de réserve: l'expression censurée?*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 44.

« neutralité positive »¹³, et des fonctionnaires qui ont troqué leur devoir de réserve pour une obligation de loyauté et d'intégrité¹⁴, les magistrats sont invités à concevoir une « déontologie positive », qui énoncerait « ce qu'il est recommandé de faire et non pas uniquement ce que l'on ne doit pas faire »¹⁵.

2. L'affaire Fortis, si elle ne bouleversa évidemment pas autant le citoyen que le drame des enfants disparus, pourrait néanmoins avoir de considérables répercussions sur le fonctionnement de la justice, en invitant notamment les magistrats à plus de prudence au moment de s'exprimer. Tel est l'enseignement que l'on pourra tirer du rocambolesque délibéré de la 18^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles conduisant au prononcé de l'arrêt du 12 décembre 2008¹⁶, suivi de la lettre adressée au Président de la Chambre des représentants par le Premier président de la Cour de cassation, où il est fait état de suspicion de violation de la séparation des pouvoirs par les membres de cette Cour d'appel, lettre qui finira par provoquer la démission du gouvernement¹⁷. La réflexion peut également s'inspirer des événements intervenus autour du degré d'instance dans la même affaire, et plus précisément des contacts établis entre un magistrat détaché dans un cabinet ministériel et un collègue du parquet. C'est donc à plus d'un titre que cette affaire se révèle être un prodigieux laboratoire des mécanismes de contrôle des relations entre la justice et la politique. Les contrôles externes ont été activés : mise sur pied d'une Commission parlementaire d'enquête¹⁸, enquête du Conseil supérieur de la Justice. Les contrôles internes sont toujours à l'œuvre, tous les magistrats impliqués dans les événements survenus en degré d'appel faisant l'objet d'enquêtes ou de poursuites, les uns pour violation du secret professionnel, les autres pour faux en écriture¹⁹.

¹³ Voy. X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *A.P.T.*, 2007-2008/2, pp. 119-160.

¹⁴ Voy. not. Ph. BOUVIER, « Les droits et devoirs des agents communaux », *A.P.T.*, 2000, pp. 264-265 ; F. GOSSELIN, « Les droits et devoirs des fonctionnaires », *A.P.T.*, 2005, pp. 210-211.

¹⁵ H. BOULARBAH, « La déontologie positive – Première tentative d'approche exploratoire », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 10, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 125-137, spéc. p. 127 ; dans le même ouvrage, Chr. MATRAY, « La responsabilité déontologique des magistrats – Pour une déontologie positive », pp. 85-123.

¹⁶ Bruxelles, (18^e ch.), 12 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 388-425 et obs. Ch. BRÜLS, « L'« intérêt social » de Fortis ? Une histoire à suivre ».

¹⁷ Sur tous ces faits, voy. le Rapport du Conseil supérieur de la Justice du 16 décembre 2009 sur l'enquête particulière relative au fonctionnement de l'ordre judiciaire à l'occasion de l'affaire Fortis, *www.csj.be*. Pour une synthèse de ce rapport, M.-F. RIGAUX, « Le rapport du Conseil supérieur de la Justice sur l'enquête relative au fonctionnement de l'ordre judiciaire à l'occasion de l'affaire Fortis », *J.T.*, 2010, pp. 137-139.

¹⁸ Voy. le Rapport du 18 mars 2009 de la Commission parlementaire d'enquête sur le respect de la Constitution, en particulier le principe de la séparation des pouvoirs et des lois dans le cadre des procédures judiciaires entamées à l'encontre de la s.a. Fortis, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1711/007.

¹⁹ « Fortis : quatre magistrats jugés en novembre », *Le Soir*, 9-10 octobre 2010, p. 6.

3. Dans l'écheveau des faits démêlés par la Commission parlementaire d'enquête et par le Conseil supérieur de la Justice, trois éléments permettent de tracer des pistes à partir desquelles nous explorerons le champ de la liberté d'expression du magistrat.

Les deux premiers trouvent leur point de départ dans les procédures judiciaires, en premier et en second degré. D'une part, comment un juge peut-il s'exprimer dans l'œuvre de jugement, au sein du secret du délibéré? D'autre part, comment la séparation des pouvoirs résiste-t-elle au détachement de magistrats au sein des cabinets ministériels?

Le troisième et le plus spectaculaire des éléments est la sortie du Premier président de la Cour de cassation, qui soulève cette question : comment un juge peut-il dénoncer ce qu'il estime être un dysfonctionnement du système judiciaire?

Comme le relèvent Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, l'exigence déontologique « est double : elle vise non seulement le comportement visible du juge – à l'audience comme en dehors du prétoire, dans sa vie professionnelle comme dans sa vie privée – mais également, de manière plus subtile et moins perceptible, sa manière de juger »²⁰.

Cette réflexion s'articulera dès lors autour d'une distinction fondamentale entre, d'une part, la possibilité pour le juge de s'exprimer durant l'œuvre de jugement proprement dite (I) et sa liberté d'expression en dehors de ce cadre strict, mais en lien avec sa qualité de magistrat (II).

I. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DU JUGE DANS L'INSTRUMENT JURIDICTIONNEL

4. Il arrive au juge de glisser une opinion dans l'instrument juridictionnel lui-même. Il le fera le plus souvent par une incise dans la motivation. C'est l'*obiter dictum* (A). Il recourra plus rarement au dispositif de la décision (B). Il arrivera même qu'il exprime sa contestation en refusant de participer à l'œuvre de jugement (C).

A. L'*obiter dictum*

5. Qu'est-ce qu'un *obiter dictum*? La définition est bien connue : c'est la partie de la motivation qui ne commande pas nécessairement le dispositif d'un arrêt. Selon Guy Canivet, alors Premier président de la Cour de cassation de France, il s'agit d'un des modes de création du droit par le juge, au même titre que le comblement des lacunes ou le revirement de jurispru-

²⁰ G. CANIVET et J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 65.

dence²¹. Mais parfois, il s'agit simplement d'une technique de défoulement qui permet au juge de s'exprimer en toute impunité.

6. Le 20 mars 2010, une juge du tribunal de première instance de Charleroi avait estimé « qu'il n'est peut-être pas raisonnable d'attirer l'attention sur soi en circulant en Jaguar et en vivant dans une belle maison en affichant ostensiblement sa prospérité, ou une certaine prospérité, dans une région économiquement pauvre et sinistrée comme l'est celle de Charleroi »²², et que, ce faisant, l'on ne pouvait s'étonner d'être agressé.

L'observation n'était pas totalement hors de propos puisqu'il s'agissait d'apprécier si l'on pouvait qualifier de force majeure, exonérant de l'obligation de rembourser une prime de rénovation en cas de vente de l'immeuble, le fait d'avoir subi différentes agressions. Il n'apparaît toutefois pas que l'appréciation était nécessaire pour mener au jugement²³.

7. Les *obiter dicta* peuvent également s'adresser aux autres pouvoirs ou plus généralement à la société, contenant alors un véritable message politique.

Dans un langage peu châtié, le président du tribunal de première instance de Liège avait ainsi exprimé son irritation à l'égard de recours jugés excessifs à la procédure du référé : « ni le juge des référés, ni le président du tribunal de première instance, ne peuvent être considérés comme le supermarché du judiciaire, permettant d'obtenir n'importe quoi, n'importe quand, n'importe comment, sous le prétexte que la fin justifie les moyens ; que ces magistrats ne sont pas les "bouche-trous" judiciairement compétents en toutes hypothèses, au seul motif qu'il faut en sortir coûte que coûte ! »²⁴.

Plus subtil est l'arrêt rendu récemment par la Cour d'appel de Mons à propos de cette enseignante voilée d'une école communale de Charleroi. L'on peut y lire : « S'il est exact que la cour est sans juridiction pour opérer un choix, par voie de dispositions générales, entre différentes conceptions, toutes respectables, de la neutralité qui sont au centre du débat politique et devraient faire l'objet d'un grand débat démocratique... »²⁵. Le message est clair : si le politique faisait son travail, à savoir débattre des questions de société et légiférer à ce propos, le juge ne serait pas contraint de se substituer à lui.

8. On le voit, les *obiter dicta* peuvent prendre des accents très variés. Selon les cas, ils recèlent un message à l'attention notamment d'un autre

²¹ G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La création du droit par le juge*, coll. Archives de philosophie du droit, n° 50, Paris, Dalloz, 2006, pp. 30-31.

²² « Les riches ne doivent pas s'étonner d'être agressés à Charleroi », *La Libre Belgique*, 23 mars 2010.

²³ L'avocat Hans RIEDER fait le lien entre la démarche du juge et l'attente citoyenne, à la suite de « l'arrêt-spaghetti », que le magistrat descende de sa tour d'ivoire (« De Jaguar in de jungle », *De Standaard*, 24 mars 2010, p. 24).

²⁴ Civ. Liège (prés.), 7 juin 1999, cité par J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire X – Référé », *J.L.M.B.*, 2000, p. 356.

²⁵ Mons (réf.), 10 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 553.

pouvoir – ils ne sont alors guère susceptibles de compromettre l'indépendance et l'impartialité du magistrat –, ou au contraire ils laissent apparaître un préjugé sur l'affaire.

Dans sa mercuriale de 1988, le Procureur général Ernest Krings attirait déjà l'attention sur la discipline à laquelle doit s'astreindre le magistrat dans l'exercice de l'indépendance qui lui est reconnue dans l'exercice de sa fonction : « Il ne faut cependant pas dépasser les limites. Un juge, même à l'audience, même dans ses jugements ne peut tout se permettre. Il ne pourrait dans ses jugements inciter à commettre une violation de la loi ou approuver une telle violation. Il doit s'abstenir de tout commentaire et de toute attitude qui pourraient être inutilement, voire injustement, blessants pour une partie. De même, il doit dans ses jugements s'abstenir de toute polémique, quelle qu'elle soit. Le tribunal n'est pas une tribune. Dans l'exercice de ses fonctions, le juge doit à tout moment faire preuve de pondération et de la plus totale impartialité. Il doit aussi faire preuve de diligence et avoir une conscience aigüe de ses responsabilités »²⁶.

En réponse à une question parlementaire qui lui était posée à la suite du jugement récent relatif à la Jaguar, le ministre de la Justice, Stefaan De Clerck, ne disait pas autre chose. Tout en rappelant qu'il ne lui appartenait évidemment pas de commenter le jugement d'un magistrat dans l'exercice de sa fonction, il poursuivait : « Néanmoins, ses décisions doivent être prises sans considérations d'ordre personnel ou idéologique, susceptibles de mettre en question son indépendance ou même l'apparence de son indépendance. Dans une publication récente de MM. Mandoux et Vandermeersch, on rappelle que le jugement doit refléter l'impartialité et la sérénité avec lesquelles le juge a tranché le litige. Le juge doit donc s'abstenir de toute polémique ou manque de respect à l'égard d'une des parties ». Dérogeant à la réserve qu'il venait de s'imposer, le ministre conclut : « manifestement, cela n'a pas été le cas dans ce jugement »²⁷.

De même, le Conseil consultatif des juges européens invite le juge à ne pas faire « sciemment d'observations dont on pourrait raisonnablement penser qu'elles témoignent d'un préjugé dans la solution du litige ou influenceront sur le caractère équitable de la procédure »²⁸.

9. Certains juges vont parfois beaucoup plus loin que l'*obiter dictum* et se retrouvent alors indubitablement hors-jeu. Ainsi, la juge russe Galina Pitkevich a été révoquée pour avoir non seulement prié durant ses audiences

²⁶ E. KRINGS, *Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 17.

²⁷ C.R.I., Ch. repr., sess. 2009-2010, CRIV 52 PLEN 149, séance du 25 mars 2010, question P1807, pp. 28-30. Le ministre évoque l'article de P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, « Le point de vue du magistrat », *op. cit.*, pp. 35-45.

²⁸ Avis n° 3 du 19 novembre 2002 du Conseil consultatif des juges européens (CCJE) à l'attention du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, n° 23, CCJE (2002) Op. n° 3, <https://wcd.coe.int>.

mais, plus fondamentalement, pour avoir promis une issue favorable à certaines parties si celles-ci rejoignaient son Église évangéliste. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas vu dans cette attitude la saine liberté d'expression d'un magistrat²⁹.

B. « Dispositif-manifeste »

10. Il arrive au juge de mélanger les genres et d'utiliser le dispositif même de son arrêt pour manifester son irritation à l'égard du politique.

Le 22 février 2010, Madame la Juge Hens, qui présidait une chambre correctionnelle du tribunal de Charleroi, a condamné un prévenu poursuivi pour vol avec violences à une peine de travail. Jusque-là, pas de quoi défrayer la chronique. La juge a cependant précisé que cette peine devrait être effectuée en tant qu'huissier d'audience au palais de justice, « compte tenu de la pénurie de ces assistants de justice qui perturbe gravement le bon déroulement des audiences »³⁰. La juge entendait contester à sa manière les économies décidées par le ministre de la Justice, qui passaient notamment par une réduction drastique des budgets consacrés aux huissiers d'audience.

Les réactions ne se sont pas fait attendre. Le parquet a interjeté appel. Le Président du tribunal de Charleroi, Jean-Paul Raynal, a qualifié le jugement d'absurde, déclaré envisager des sanctions et annoncé saisir le Conseil supérieur de la Justice de la question. Difficulté supplémentaire, la Juge Hens est justement membre de ce Conseil... Pierre Chomé a condamné à son tour l'attitude présidentielle, y voyant un acte politique et surtout une atteinte à l'indépendance du juge³¹.

Le plus bel exemple de « dispositif-manifeste » reste peut-être celui de ce juge de la jeunesse qui, excédé par le manque de places en milieu fermé, avait placé un jeune de 14 ans chez Laurette Onkelinx, alors ministre-présidente de la Communauté française. L'ordonnance n'avait toutefois pas pu être exécutée, les gendarmes ayant trouvé porte close au domicile de la ministre. Celle-ci a réagi de manière virulente à ce « coup de force », estimant « inadmissible qu'un juge prenne un mineur en otage pour se donner dans l'exercice de sa fonction les moyens d'exprimer des opinions personnelles. L'importance du pouvoir des juges exige qu'ils l'exercent en toute sérénité et en dehors de toute forme d'abus d'autorité »³².

²⁹ C.E.D.H., *Galina Pitkevich c. Fédération de Russie*, décision sur la recevabilité du 8 février 2001. À propos de cette jurisprudence, voy. M. MICHALAUSKAS, « Brèves réflexions sur l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux relatif au statut des magistrats », *Rev. trim. D.H.*, 2004, pp. 645-652.

³⁰ Voy. Ph. MAC KAY, « Un jugement en forme de pied de nez », *La Libre Belgique*, 16 février 2010.

³¹ Ph. MAC KAY, « C'est une atteinte à l'indépendance du juge », *La Libre Belgique*, 4 mars 2010.

³² M. VANDEMEULEBROUCKE, « Un juge de 14 ans placé chez Laurette Onkelinx », *Le Soir*, 22 février 1999.

11. Le juge anversois Walter De Smedt avait, le 28 mai 2009, acquitté un voleur récidiviste au motif que la récidive résultait du fait qu'il n'avait pas dû exécuter ses précédentes condamnations: « Dans sa recherche d'une sanction adaptée et pour répondre à ses obligations de protéger la société contre de tels récidivistes, le tribunal doit cependant constater que la non-exécution d'une peine pénale a rendu possible la commission de nouveaux faits. [...] L'impunité qui est la conséquence de la non-exécution d'une peine ne peut qu'inciter les récidivistes à poursuivre leurs activités criminelles. Dans ce sens, un jugement pénal n'a pas de sens et n'a aucune valeur. Les nouveaux faits ont été provoqués par la non-exécution de la peine »³³.

Le jugement a manifestement déplu au ministre de la Justice, Stefaan De Clerck, qui a réclamé une sanction³⁴. Le juge a donc été poursuivi pour déni de justice.

La Cour d'appel d'Anvers vient toutefois, par un arrêt du 21 octobre 2010, d'acquitter le juge: « Een vonnis waarin over de gestelde vorderingen uitspraak wordt gedaan, blijft een vonnis, ook als het foutief zou zijn en ook als het gebruikt zou worden om daarmee een politiek statement te doen »³⁵. Certes, comme le rappelait Ganshof van der Meersch, « le juge applique la loi. Et dans la confrontation de la situation de fait qui lui est déferée à la règle de droit, la logique de son raisonnement est soumise au contrôle de la Cour de cassation »³⁶. Et la motivation du jugement est une garantie indispensable de l'impartialité de la décision³⁷. Néanmoins, une décision aberrante ou à la motivation totalement fantaisiste n'expose pas le juge à d'autre sanction qu'une réformation ou une cassation de sa décision. Il ne saurait être question de le sanctionner pénalement³⁸.

C. La « grève »

12. Il arrive aussi que le juge refuse de cautionner le délibéré de la formation de jugement dont il est membre. Dans les deux exemples qui suivent,

³³ Voy. K. BEYENS, « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *Déviance et société*, 2010/3, vol. 34.

³⁴ Voy. C.R.I., Ch. repr., CRIV 52 COM 590, 16 juin 2009, pp. 9-21.

³⁵ *De Standaard*, 21 octobre 2010.

³⁶ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *J.T.*, 1973, pp. 509-510. Dans le même sens, G. CANIVET et J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, op. cit., pp. 104-107.

³⁷ Fr. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, op. cit., pp. 139-151.

³⁸ Le Sénateur SWENNEN constate que « le juge ne peut, en vertu de son indépendance, être amené à répondre du contenu de ses jugements, ce qui ne l'autorise pas pour autant à reprendre dans son prononcé des éléments qui n'ont aucun rapport avec l'affaire. Les juges qui le font abusent de leur indépendance. Ne peuvent-ils être appelés d'une autre manière à se justifier? ». Il propose dès lors d'étendre les compétences du Conseil national de discipline visé à l'article 409 du Code judiciaire (« Proposition de loi introduisant une procédure disciplinaire spéciale dans le Code judiciaire en cas de violation du principe de neutralité par des membres du siège du pouvoir judiciaire », *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-357/1).

ce refus vise moins à manifester une opinion à l'égard du politique ou sur le fonctionnement de la justice en général qu'à contester les conditions procédurales dans lesquelles la juridiction collégiale a délibéré en raison de l'existence de présupposés, à la suite d'un refus d'examiner certaines questions ou de rouvrir les débats...

13. Le premier cas d'espèce met en scène la 18^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles dans le cadre du recours porté au civil par les actionnaires du holding Fortis qui contestaient les modalités de sauvetage de celui-ci.

Le jeudi 11 décembre 2008, les avocats de la Société Fédérale de Participations et d'Investissement (SFPI) – le véhicule financier par le biais duquel le gouvernement a organisé l'opération de sauvetage de la banque et du holding Fortis – demandent la réouverture des débats afin de porter à la connaissance des magistrats la notification officielle de la Commission européenne relative aux opérations querellées. Cette réouverture est refusée par le président de chambre, M. Blondeel, qui statue seul et de manière anticipée, dans le courant de l'après-midi du 12 décembre et ce, alors que l'arrêt est attendu pour le début de la semaine suivante. Cette même journée du vendredi est caractérisée par un grand nombre d'incohérences de procédure et d'incertitudes quant aux lieux et aux heures des audiences, le tout sur fond de dissensions entre les trois magistrats du siège dans le cadre du délibéré. Par ailleurs, le même jour, l'un des conseillers, Christine Schurmans, souffrante, ne participe pas au délibéré et, partant, refuse de signer la décision rendue en son absence.

À la suite de cet arrêt et compte tenu du caractère irrégulier, selon elle, du délibéré³⁹, la conseillère déposait plainte pour faux et usage de faux contre ses collègues de la 18^e chambre d'appel, Paul Blondeel et Mireille Salmon. Par ailleurs, une procédure en suspension immédiate et une enquête disciplinaire furent décidées par le chef de corps de la conseillère à son encontre⁴⁰. La conseillère était également poursuivie pour violation du secret professionnel. À l'heure où nous écrivions ces lignes, les diverses procédures judiciaires étaient toujours en cours.

14. L'attitude de Madame Schurmans évoque immanquablement celle du juge dinantais Luc Monin qui, le 13 septembre 2005, avait lui aussi refusé – en audience publique, cette fois – de signer un jugement condamnant à huit ans de prison le directeur d'un home pour enfants pour des faits de pédophilie commis dans le cadre professionnel. Selon lui, il existait un motif d'ordre public permettant de penser que le tribunal ne présentait pas de garanties suffisantes d'impartialité et qu'il aurait dès lors dû se dessaisir. En l'espèce, le président du conseil d'administration de l'asbl gestionnaire du home, partie civile au procès, n'était autre que le président du tribunal, lié par des liens de hiérarchie et – en l'occurrence – d'amitié avec le juge d'ins-

³⁹ Voy. *infra*, n° 43.

⁴⁰ Voy. notamment « L'enquête se poursuit à Gand », *La Libre Belgique*, jeudi 17 décembre 2009, pp. 8 et 9.

truction ainsi que le siège de la juridiction. L'essentiel des raisons d'ordre public qui ont justifié le geste de Luc Monin furent consignées dans une lettre remise à sa hiérarchie⁴¹. Son refus de signer la décision valut au juge une sanction disciplinaire pour violation du secret du délibéré⁴².

Il ressort des éléments publiés de la procédure disciplinaire ou relatifs à cette procédure que le juge sanctionné entendait par ces démarches dénoncer le mode de fonctionnement de la juridiction dinantaise. L'ordonnance de suspension du juge qualifie d'ailleurs ce refus d'acte de « dissidence fonctionnelle »⁴³. Paradoxe de la procédure : l'ordonnance fut annulée précisément à cause de cette précision qui dénotait un manque d'impartialité dans le chef du magistrat.

Le juge Monin a porté sa cause devant la Cour européenne des droits de l'homme, estimant qu'il n'avait pas eu droit à un traitement impartial. Celle-ci a toutefois estimé la requête irrecevable⁴⁴.

15. Commentant l'affaire Monin, Manuella Cadelli suggérait d'ouvrir la possibilité d'exprimer une opinion dissidente. L'idée est séduisante. Cette faculté permettrait en effet au juge d'exposer son désaccord irrémédiable sans aller jusqu'à devoir commettre une faute au regard du bon fonctionnement de la justice et du secret du délibéré. Cette dernière exigence serait ainsi nécessairement modulée⁴⁵ afin de laisser une place suffisante à la liberté d'expression du magistrat sans toutefois que son principe ne soit bafoué⁴⁶. Il est néanmoins permis de se demander si l'introduction de l'opinion dissidente serait praticable au niveau des juridictions de fond⁴⁷ et si, à

⁴¹ Il s'en est également ouvert à des journalistes, qui rendent compte : « il nous confiait avoir estimé, en son âme et conscience, que les conditions de formation d'une opinion majoritaire n'étaient pas remplies ; que l'existence de présupposés et le refus d'examiner certains problèmes posés par l'affaire ne permettaient pas aux juges de faire preuve de l'impartialité et [de] l'indépendance voulue » (« Le juge Monin fait de la résistance », *La Libre Belgique*, 30 septembre 2005). Voy. égal. « La fronde du juge Monin fait du bruit », *La Libre Belgique*, 15 septembre 2005.

⁴² La procédure complexe se doubla de plaintes du magistrat à l'encontre d'une douzaine de personnes, dont deux personnalités politiques et dix magistrats, notamment de la Cour d'appel de Liège, du parquet de Namur ou du tribunal de Dinant (voy. notamment « Pas de complot contre le juge Monin », *La Libre Belgique*, 2 janvier 2007). En définitive, le juge n'eut gain de cause ni dans le cadre du recours dirigé contre lui, ni dans le cadre des procédures mises en mouvement à son initiative. Le magistrat fut sanctionné pour violation du secret professionnel, outrage et diffamation.

⁴³ Ordonnance citée dans « Je ne regrette rien », *La Dernière Heure*, 29 décembre 2005.

⁴⁴ C.E.D.H., *Monin c. Belgique*, décision du 24 mars 2009.

⁴⁵ Le secret du délibéré s'oppose en effet, notamment, « à ce que soient divulguées les opinions individuelles de ceux qui ont pris part au processus décisionnel » (J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *D.A./O.R.*, 2009, n° 91, p. 277).

⁴⁶ Voy. en ce sens, D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2007, pp. 310-312.

⁴⁷ S'agissant des juridictions supérieures, voy. not. la proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en vue d'y introduire le système des opinions séparées (déposée par M. Olivier MAINGAIN et M^{me} Marie-Christine MARGHEM), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1912/1.

ce degré d'instance, elle n'aurait pas des effets pervers en ce qui concerne la perception du fonctionnement de la justice par le citoyen⁴⁸.

II. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DU JUGE EN DEHORS DE L'INSTRUMENT JURIDICTIONNEL

16. Il n'y a pas si longtemps, dans toute la solennité de sa mercuriale de 1988, le Procureur général Krings rappelait que «le juge est et doit rester au-dessus de la mêlée. Il ne peut descendre dans l'arène. Il doit rester à distance [...]». S'il se départit de cette attitude, qui est l'expression même de son indépendance, il perd nécessairement la confiance de ceux qui doivent faire appel à lui ou qui comparaissent devant lui»⁴⁹. Dès lors, selon cet auteur, le magistrat doit avoir «une vie personnelle aussi irréprochable que possible»⁵⁰ de même qu'afin de préserver la confiance du citoyen, il doit s'astreindre à un devoir de réserve, dont un des aspects «consiste à limiter la manifestation publique d'une opinion soit sur une question qui concerne l'exercice des fonctions, soit sur tout autre sujet susceptible ou non d'attirer l'attention du public» : «si l'on devait admettre qu'un magistrat peut à sa guise exprimer n'importe quelle opinion, sur toute espèce de sujets, qu'ils soient juridiques, économiques, politiques, éthiques ou autres, ce magistrat ne serait-il pas désapprouvé par bon nombre de nos concitoyens, même si d'autres l'approuvent? Or, tous nos concitoyens, quels qu'ils soient, sont tenus (j'y insiste) de faire appel à lui pour résoudre leurs litiges ou pour entendre statuer sur les violations de la loi qui leur sont reprochées. Quelle confiance auraient-ils en lui, comme il est indispensable qu'ils en aient, si précisément ils désapprouvent les opinions que ce magistrat a publiquement, et peut-être même d'une manière intempestive, exprimées?»⁵¹.

Cette interprétation extensive du devoir de réserve est encore défendue par l'actuelle haute magistrature. Ainsi, Xavier De Riemaeker, Avocat général près la Cour de cassation et Ghislain Londers, Premier président

⁴⁸ Comme le relève Yves LÉCUYER, «reste le risque de dépendance médiatique des juges minoritaires, victimes de leurs propres passions. En effet, il est possible que les opinions séparées, exutoire offert à la conscience juridique des juges, intéressent plus les médias que la décision elle-même, complexifiant passablement les rapports déjà ambigus entre les juges et les médias» («Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence», *Rev. trim. D.H.*, 2004, p. 207). L'auteur conclut toutefois : «Les opinions séparées, qu'elles soient pratiquées dans le cadre des arrêts de juridictions supérieures, civiles, pénales, administratives ou dans le cadre des décisions de juridictions constitutionnelles, constituent indéniablement un élément de démocratisation du système juridictionnel français en ce qu'elles participent au pluralisme des opinions et des idées tout en favorisant la transparence indispensable à la démocratie» (pp. 222-223).

⁴⁹ E. KRINGS, «Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire», *J.T.*, 1988, p. 489.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ E. KRINGS, «Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire», *op. cit.*, p. 494. Et le Procureur général de se référer à une mercuriale de son illustre prédécesseur, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Réflexion sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire», *J.T.*, 1973, pp. 509-520.

de la Cour de cassation, énoncent-ils que la discrétion, exigence déontologique, requiert « que lorsque son avis lui est demandé sur un problème, le magistrat – s'il estime devoir réagir – fasse preuve de réserve dans sa réponse et prenne à cœur d'accorder le plus grand soin à la formulation qu'il utilise. Par après, sa prise de position pourra être interprétée comme un signe de partialité »⁵².

Jacques Englebert va même plus loin : « le devoir de réserve du magistrat et la distance nécessaire entre lui et le justiciable (et son conseil) me semblent être des conditions essentielles à l'accomplissement de sa mission de juger ». Il estime cependant que ce devoir de réserve « semble quasi définitivement relégué au musée des reliques judiciaires ». Se plaçant dans la peau d'un éventuel futur justiciable, il ajoute : « je ne souhaite pas que la personne qui pourrait un jour être amenée à me juger fasse publiquement connaître son opinion sur tel ou tel autre sujet de société ni qu'elle prenne publiquement part à tel ou tel autre débat. Il en va de la garantie de son indépendance et de son impartialité. À tout le moins de l'apparence d'impartialité à laquelle le juge doit, me semble-t-il, veiller en permanence ». Et de conclure : « en choisissant d'être juge (nul n'est en effet obligé d'être juge), (le magistrat) se place inévitablement à l'écart, en marge de certains droits, comme celui de la libre expression ».

Aux yeux de cette doctrine, l'élément déterminant est que le justiciable ne choisit pas son juge. Il ne peut donc sélectionner celui qui le jugera en fonction des opinions que celui-ci aura rendues publiques. Le silence du juge évitera que le justiciable accueille le jugement avec des préjugés.

17. Il est toutefois des cas où la loi permet explicitement au juge de descendre dans l'arène. Il convient donc de distinguer cette hypothèse (A) de celle où le juge ne bénéficie pas de cette latitude (B).

A. La loi autorise le juge à s'exprimer

18. Les personnes exerçant ou ayant exercé des fonctions de nature politique – au sens large du terme – peuvent être investies de fonctions juridictionnelles sans que leur « coloration » notoire ne mette en péril leur impartialité. Le législateur non seulement le permet, mais pose cette appartenance politique comme condition de leur désignation pour la moitié des juges constitutionnels⁵³. La loi spéciale sur la Cour constitutionnelle va même jusqu'à préciser que le fait pour un juge d'avoir participé à l'élaboration d'une norme législative ne constitue pas en soi une cause de récusation si la Cour est amenée à connaître de cette norme⁵⁴.

⁵² X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Déontologie et discipline », *op. cit.*, p. 311.

⁵³ Ainsi d'ailleurs que pour les juges consulaires, les juges et les conseillers sociaux.

⁵⁴ Art. 101, al. 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Voy. A. DE NAUW, « La liberté d'expression du judiciaire à l'égard du politique », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 887-896, spéc. pp. 892-893 ; La Cour de Strasbourg n'a pas vu

À l'inverse, dans quelle mesure le magistrat peut-il exercer des fonctions aux marges de la politique? Le Code judiciaire tout comme la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage et les lois coordonnées sur le Conseil d'État rendent la fonction de magistrat incompatible notamment avec toute fonction ou charge publique rémunérée. La loi⁵⁵ permet toutefois au Roi de déroger à la règle pour autoriser le magistrat, notamment, à enseigner (1). À cela s'ajoute que la loi ne s'oppose pas à détacher un magistrat dans ce que l'on appelait jadis un cabinet ministériel⁵⁶ (2).

1. Le juge-professeur

19. Pour reprendre l'expression de Françoise Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck, le juge-professeur mène une double vie⁵⁷. Ajoutons que cela peut parfois requérir une certaine schizophrénie à peine de tomber dans la confusion des genres, lorsque le professeur exprime, mais en cette qualité, les préoccupations du juge.

L'on se rappellera ainsi les échanges à fleurets pas toujours mouchetés dont le monde alors feutré des centres de droit public des différentes Facultés de droit belges a été le témoin lors des débats sur l'opportunité d'instituer un contrôle de constitutionnalité des lois. Si l'on s'en tenait à la présentation académique de la controverse, celle-ci pouvait se résumer à la question suivante: « le contrôle de constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique relève-t-il d'une fonction juridictionnelle ou politique? »⁵⁸. Suivant qu'ils optaient pour l'une des branches de l'alternative ou qu'ils entendaient les concilier, les constitutionnalistes se regroupaient en trois écoles. L'École de Gand (André Mast) voyait dans le contrôle de constitutionnalité une œuvre politique, et s'opposait donc à toute intervention juridictionnelle. L'École de Bruxelles (Walter Ganshof van der Meersch et Jacques Velu) défendait le

dans le principe de l'échevinage une violation des garanties d'impartialité du siège. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. TULKENS, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité? », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 504 et 505. Voy. égal. *infra*, n° 35.

⁵⁵ L'art. 293 du C. jud. prévoit l'incompatibilité entre les fonctions de l'Ordre judiciaire et toute fonction ou charge publique rémunérée, d'ordre politique ou administratif. L'article suivant permet au Roi, sur la proposition du ministre de la Justice, de déroger à cette règle lorsqu'il s'agit de l'exercice de fonctions de professeur, chargé de cours, assistant dans les établissements d'enseignement ou membres d'un jury d'examen. En vertu de l'art. 107 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et de l'art. 44 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, ces mêmes dispositions s'appliquent aux magistrats membres de ces deux juridictions.

⁵⁶ Les art. 111 et s. des lois coordonnées sur le Conseil d'État organisent même ce régime de détachement.

⁵⁷ S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. TULKENS, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité? », *op. cit.*, pp. 492-495.

⁵⁸ Voy. H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique: fonction juridictionnelle ou politique? », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, Bruxelles, FUSL, 1983, p. 145.

caractère juridique du contrôle de constitutionnalité qui pouvait donc être exercé, sans révision constitutionnelle, de manière diffuse selon le modèle américain, par le pouvoir judiciaire. Enfin, l'École de Louvain (Paul De Visscher et Francis Delpérée) estimait que le contrôle de constitutionnalité est de nature juridique mais comporte une importante dimension politique. En conséquence, elle préconisait un contrôle centralisé, confié à un organe spécialisé et spécifiquement composé, une cour constitutionnelle, selon un modèle européen en pleine expansion.

Le *curriculum vitae* de ces professeurs de droit constitutionnel n'est toutefois pas inintéressant pour apprécier leurs arguments. André Mast exerçait principalement la fonction de Premier président du Conseil d'État. Peut-être la haute juridiction administrative n'était-elle pas trop soucieuse de voir s'instituer une nouvelle juridiction qui viendrait la coiffer⁵⁹. Walter Ganshof van der Meersch et Jacques Velu ne se sont pas seulement succédé à la chaire de droit public de l'ULB, ils ont fait de même en tant que Procureurs généraux près la Cour de cassation. La thèse défendue par ces académiques aurait permis une extension considérable des juridictions judiciaires et aurait également évité l'irruption d'une juridiction concurrente. Enfin, Paul De Visscher et Francis Delpérée n'étaient pas membres de la magistrature. Ils avaient peut-être un regard plus détaché, sans toutefois perdre de vue qu'il faudrait nommer des juges au sein de la nouvelle Cour constitutionnelle, dont certains seraient des professeurs de droit.

20. Lorsqu'il enseigne ou mène des recherches universitaires, le juge bénéficie, comme tout professeur, de la liberté académique. Cela a encore été rappelé par la Cour constitutionnelle à l'occasion de la demande de récusation de certains juges en raison de leur appartenance à un centre de recherche universitaire, soulevée par les asbl proches du Vlaams Belang⁶⁰ dans le cadre d'une procédure en suspension de la dotation publique de ce parti: rappelant que la loi permet aux juges de cumuler leur fonction juridictionnelle avec une activité universitaire, elle souligne que «l'université est un lieu privilégié de 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»⁶¹.

Et la Cour de conclure «qu'un magistrat ne saurait être récusé pour les opinions émises dans des ouvrages qu'il a publiés comme jurisconsulte»⁶².

⁵⁹ Voy. en ce sens, M. LEROY et N. ROBA, «La section d'administration – Aperçu historique», in *Conseil d'État. Liber Memorialis*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 128-129.

⁶⁰ Il s'agit des asbl destinées à réceptionner le financement public du Vlaams Belang, en vertu de l'article 22bis de la loi du 4 juillet 1989 relative au financement des partis politiques et au contrôle des dépenses électorales.

⁶¹ C. const., arrêt n° 157/2009 du 13 octobre 2009, B.7.1.

⁶² *Ibid.*, B.7.5.

21. Cette autorisation d'exercer «une double casquette» n'exempte pas pour autant d'un examen au cas par cas afin d'apprécier si, compte tenu de ce cumul, l'exercice de la fonction scientifique ne porte pas atteinte à l'impartialité du magistrat. C'est ainsi que dans la même affaire mettant en cause le Vlaams Belang, le Conseil d'État a accueilli favorablement la demande en récusation dirigée contre deux de ses conseillers au motif que ceux-ci sont membres du Centre de droit public de l'ULB. Le Conseil d'État fut sensible aux arguments fondés sur l'absence de garanties relatives à l'impartialité objective de la juridiction. Nonobstant le fait que les travaux de recherche personnels des deux conseillers portaient sur des objets étrangers à l'extrême droite, le site internet du centre faisait mention qu'il avait pour ambition de permettre aux théoriciens et aux praticiens du droit public de se rencontrer, et qu'un projet en cours portait sur «la lutte contre l'extrême-droite», appellation qui englobe communément le Vlaams Belang. Ceci pouvait légitimement laisser penser que les deux conseillers avaient un *a priori* défavorable vis-à-vis de l'extrême droite. La différence d'appréciation entre la Cour et le Conseil s'explique peut-être aussi par le fait que, devant celui-ci, l'un des conseils des parties requérantes n'était autre que la présidente de ce même centre de recherche⁶³. Pareille proximité entre les parties requérantes et les magistrats n'avait pas d'équivalent à la Cour constitutionnelle, où ne siège aucun membre du Centre de droit public de l'ULB.

22. Quoi qu'il en soit, lorsqu'il retrouve ses attributs de juge, le professeur est à nouveau soumis à une certaine réserve. L'article 828, 9°, du Code judiciaire érige en cause de récusation le fait que le juge a «donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend» dont il est saisi⁶⁴. Certes ne sont pas visées les conceptions doctrinales développées à l'occasion d'exposés ou de publications scientifiques mais, selon Xavier De Riemaeker et Ghislain Londers, «la prudence reste de mise : un différend peut revêtir un caractère tellement spécifique qu'il sera tout de suite évident que la même problématique a été visée dans un article – fût-il scientifique»⁶⁵. Aussi le Procureur général Krings invitait-il le magistrat-professeur à s'abstenir de publier ou de participer à des travaux qui concernent précisément la question dont il était saisi, au risque de faire naître un préjugé dans le chef des parties au litige⁶⁶.

La Cour de cassation vient encore de le rappeler dans un arrêt du 15 octobre 2010 :

«Het innemen door een rechter van een bepaald standpunt over een juridisch twistpunt door middel van wetenschappelijke publicaties of in het kader

⁶³ C.E., 22 mars 2007, arrêt n° 169.314 (26).

⁶⁴ La même cause de révocation s'applique aux juges de la Cour constitutionnelle (art. 101, al. 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage) et aux conseillers d'État (art. 62 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État).

⁶⁵ G. LONDERS et X. DE RIEMAECKER, «Déontologie et discipline», *op. cit.*, p. 323. Voy. aussi Ch. VAN REEPINGEN, *Rapport*, 1964, p. 343 ; S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. TULKENS, «La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?», *op. cit.*, p. 494.

⁶⁶ E. KRINGS, «Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire», *op. cit.*, p. 31.

van de activiteiten binnen een redactie van een juridisch tijdschrift, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat de rechter daardoor ongeschikt wordt om kennis te nemen van een geschil waar dat rechtspunt aan de orde is.

Dit is evenmin het geval wanneer hierbij afkeuring of bijval doet blijken voor een bepaald standpunt, op voorwaarde dat dit gebeurt met de gematigdheid en genuanceerdheid die het optreden van een magistraat steeds dient te kenmerken »⁶⁷.

2. Le juge-collaborateur politique

23. Tant le politique que la justice ont à gagner dans le détachement de magistrats au sein de cabinets ministériels. Le premier bénéficie des compétences de juges qui non seulement s'aèrent l'esprit mais découvrent concrètement le mode de fonctionnement des autres pouvoirs et les contraintes qui pèsent sur lui. Il faut toutefois admettre que, dans ce cas, un magistrat est explicitement autorisé à poser des actes politiques.

Trois difficultés doivent alors être soulevées.

Tout d'abord, le juge affiche sa proximité avec une tendance politique. Cela pourrait compromettre son apparence d'impartialité, notamment lorsqu'il siège en juge unique. L'apparence d'impartialité du magistrat risque d'autant plus d'être affectée qu'en sa qualité de collaborateur du ministre, il aura pris ou influencé des décisions de nature politique, notamment en représentant le ministre dans des rencontres avec des acteurs de la société civile, des réunions entre cabinets ministériels, des réunions de majorité ou des débats en commission parlementaire.

Ensuite, le passage par un cabinet servira souvent de tremplin à une nomination ou à une promotion. Dans ce cas, la condamnation prononcée par Ganshof van der Meersch, dans sa Mercuriale de 1973, demeure d'une cruelle actualité: « il n'est pas sain que les services rendus par un magistrat dans un cabinet ministériel soient récompensés par une promotion exceptionnelle dans l'ordre judiciaire. Pareille situation exerce sur les magistrats qui ne se sont pas approchés du pouvoir, une répercussion débilite »⁶⁸.

Enfin, le passage par un cabinet crée des liens et des connivences entre des magistrats et des politiques, qu'il peut ensuite être tentant pour ces derniers de solliciter. L'article 293 du Code judiciaire pose l'interdiction d'exercer dans le même temps une fonction judiciaire – entendue au sens strict – et l'exercice d'une fonction ou charge publique rémunérée, de nature administrative ou politique. Cette disposition ne fait donc pas obstacle à l'exercice consécutif d'une fonction judiciaire et d'une fonction au sein d'un cabinet ministériel, suivi d'un retour au sein de la magistrature. La mise entre paren-

⁶⁷ Cass., 15 octobre 2010, R.G. n° C.10.0580.N/1. Voy. E. BREWAEYS, « Magistraten mogen schrijven, maar wel gematigd en genuanceerd », *De Juristenkrant*, n° 216 du 27 octobre 2010, p. 8.

⁶⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *op. cit.*, p. 511.

thèses de la fonction juridictionnelle permet au magistrat de se soustraire à l'emprise de l'article 293 du Code judiciaire et autorise son détachement. Il n'en demeure pas moins que les raisons qui ont justifié l'interdiction de cumuler des fonctions juridictionnelles et politiques devraient dans une large mesure inciter à la prudence lors de détachements de magistrats dans les cabinets ministériels.

24. À l'évidence, le sujet est éminemment sensible. Une société était en litige devant le Conseil d'État de France contre le ministère de l'Économie et des Finances. Le Conseil d'État donna gain de cause au ministère. Un mois plus tard, un des conseillers ayant rendu l'arrêt est nommé secrétaire général de ce même ministère. Il apparaît que les pourparlers concernant cette nomination se sont déroulés avant le délibéré⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme en conclut que cette « nomination litigieuse est de nature à faire douter de l'impartialité du Conseil d'État » puisque le conseiller « ne peut apparaître comme quelqu'un de neutre vis-à-vis de la requérante »⁷⁰. La Cour conclut à la violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention : la requérante pouvait « nourrir *a posteriori* des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la formation de jugement à laquelle appartenait l'intéressé ». Elle avait préalablement défini ainsi le défaut d'impartialité objective : « Dans le cadre de la démarche objective, il s'agit de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure »⁷¹.

25. Dans le cadre de la procédure portée devant le Conseil d'État aux fins de suspendre le financement public du Vlaams Belang, les asbl proches de ce parti demandaient la récusation des conseillers ayant antérieurement exercé des fonctions dans des cabinets ministériels ou en qualité de collaborateur parlementaire. Le Conseil d'État rejeta la demande, se fondant d'une part sur l'ancienneté des faits, et d'autre part sur l'absence de propos, d'écrits ou de comportements établis permettant de justifier une opposition personnelle d'un de ces magistrats au Vlaams Belang⁷².

C'est également en tenant compte des circonstances de l'espèce et en se référant implicitement au principe de proportionnalité que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans l'affaire *Sofianopoulos et autres c. Grèce*⁷³, que les affinités politiques de magistrats n'avaient pas mis en péril les garanties d'impartialité du Conseil d'État grec. En l'espèce, ce

⁶⁹ C.E.D.H., *Sacilor Lormines c. France*, arrêt du 9 novembre 2009, § 69.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ C.E.D.H., *Sacilor Lormines c. France*, arrêt du 9 novembre 2009, § 60. À propos de cet arrêt, voy. J.-L. AUTIN et F. SUDRE, « L'impartialité structurelle du Conseil d'État hors de cause ? », *R.F.D.A.*, 2007, pp. 342-351, spéc. pp. 345-346.

⁷² C.E., 22 mars 2007, arrêt n° 169.314 (13 à 19).

⁷³ C.E.D.H., *Sofianopoulos et autres c. Grèce*, arrêt du 12 décembre 2002.

dernier, en sa formation plénière, était appelé à se prononcer sur un recours dirigé contre la décision ministérielle de supprimer la mention de la religion sur les cartes d'identité, alors qu'un certain nombre de ses membres faisaient partie d'un syndicat de la magistrature qui, préalablement, avait pris position publiquement, par voie de presse, en faveur de cette suppression. Seul un membre du Conseil d'État, par ailleurs président du syndicat, s'était récusé. La Cour rejeta le recours fondé sur le manque d'impartialité de la juridiction, estimant que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas de conclure à la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: les membres du Conseil d'État n'avaient pas pris position individuellement, la déclaration litigieuse fut publiée durant les vacances judiciaires, sans que les magistrats concernés aient pu en prendre connaissance. La Cour ajoute un argument de pure opportunité: faire droit à la demande de récusation eût paralysé le système puisque l'affaire devait être tranchée par la formation plénière du Conseil d'État⁷⁴.

26. La Commission d'enquête parlementaire dans l'affaire Fortis n'a pu éviter le sujet du détachement de magistrats dans les cabinets. Sa recommandation traduit toute la nuance requise. Se cantonnant aux juridictions judiciaires, elle limite expressément les détachements dans les cabinets aux magistrats du parquet⁷⁵. Tout en reconnaissant que «ce détachement peut être problématique, notamment par la création de canaux de contacts informels», elle ajoute: «Toutefois, leur présence peut constituer un apport d'expertise incontestable. Dès lors, la commission ne souhaite pas exclure les détachements, mais propose de les limiter aux cabinets où ils s'avèrent indispensables à l'action politique du ministre concerné. En outre, la commission propose l'établissement d'un code particulier de déontologie applicable à ces magistrats»⁷⁶.

Le Conseil consultatif des juges européens exprime de plus nettes réticences: «La question de la participation des juges à certaines activités gouvernementales, comme celle des cabinets ministériels, pose des problèmes particuliers. Il convient de préciser qu'aucun obstacle ne s'oppose à l'exercice par un juge de fonctions dans un service administratif d'un ministère (par exemple un service de législation civile ou pénale au ministère de la Justice). La question est plus délicate en ce qui concerne l'entrée du juge dans un cabinet ministériel. Le ministre a en effet le droit de choisir librement les membres de son cabinet et, en tant que proches collaborateurs du ministre, ceux-ci participent d'une certaine manière à ses activités politiques. Il apparaît dans ces conditions souhaitable que l'entrée d'un juge en

⁷⁴ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. TULKENS, «La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?», *op. cit.*, p. 495 et la note 49.

⁷⁵ Si ce magistrat passe ensuite au siège, il conviendra d'apprécier si les conditions subjectives et objectives de l'impartialité ont bien été rencontrées dans son chef, en prenant notamment en compte le temps écoulé depuis la fin du détachement, les manifestations d'opinion du magistrat...

⁷⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1711/007, p. 71.

activité dans un cabinet ministériel politique soit subordonnée à l'avis de l'organe indépendant chargé de se prononcer sur la nomination des juges, afin que cette autorité puisse notamment définir les règles de conduite applicables dans chaque cas »⁷⁷.

Le Conseil supérieur de la Justice prône lui aussi une plus grande prudence : le détachement de membres du ministère public dans les cabinets ministériels ne devrait plus être autorisé, sauf vers celui de la Justice, et encore, de l'autorisation du collège des procureurs généraux et pour autant qu'un statut du magistrat de parquet détaché soit établi⁷⁸.

27. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'une personne ayant participé étroitement à l'élaboration d'une norme ne pouvait prendre part aux décisions judiciaires statuant sur sa mise en œuvre : « 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 qu'on s'écarter du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question »⁷⁹.

B. Le juge s'exprime en dehors d'une habilitation expresse

28. Il semble révolu le temps où Christian Panier était sanctionné disciplinairement pour avoir participé à une émission de radio sans l'assentiment de son chef de corps⁸⁰. À l'époque, la Cour de cassation avait refusé de casser cette sanction. Si elle reconnaît que la peine disciplinaire constitue une ingérence dans la liberté d'expression, consacrée notamment par l'article 10 de la Convention, elle estime que celle-ci est prévue par une norme suffisamment précise, en l'occurrence « une mesure d'application générale et ancienne s'appuyant sur les règles constitutionnelles et légales relatives au statut des membres du Pouvoir judiciaire », mesure accessible à ces derniers et qui « revêt un caractère précis »⁸¹. Dans ses conclusions, l'avocat général Velu rappelait que l'article 19 de la Constitution, qui garantit à tous les Belges la liberté d'expression, « comporte des limitations implicites » notamment à l'égard des titulaires de fonctions publiques⁸². L'on considérait que le magistrat, comme d'autres titulaires de fonctions publiques, par

⁷⁷ Avis n° 3, *op. cit.*, n° 36.

⁷⁸ Conseil supérieur de la justice, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁹ C.E.D.H., *McDonnell c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 février 2000. Dans le même sens, voy. C.E.D.H., *Pabla Ky c. Finlande*, arrêt du 22 juin 2004.

⁸⁰ Ch. MATRAY se contente d'écrire : « il y a peu de commentaires à faire de cette décision. Il suffit de l'énoncer pour ressentir l'ampleur du décalage avec la sensibilité actuelle » (« La sanction des manquements dans l'ordre judiciaire », in *Le devoir de réserve : l'expression censurée ?*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 139).

⁸¹ Cass., 14 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 528-567 et note J. VERHOEVEN, « Droit de l'homme, discipline et liberté d'expression : le droit du juge à un procès équitable ».

⁸² *Pas.*, 1987, I, p. 1092.

sa prestation de serment, avait renoncé à une partie de sa liberté d'expression. Robert Andersen, actuel Premier président du Conseil d'État, résume ainsi cette conception périmée: «embrassant la carrière administrative, le fonctionnaire subissait une sorte d'incapacité mineure d'exercice. Sans doute continuait-il à jouir des mêmes droits civils et politiques qu'avant son entrée dans la fonction publique, mais il ne pouvait plus les exercer que dans la mesure compatible avec les devoirs de sa charge et l'espace de liberté lui était chichement compté»⁸³.

La doctrine a dans son ensemble critiqué cet arrêt, au motif qu'il faisait peu de cas de la spécificité du droit constitutionnel belge, qui réserve au seul législateur la faculté d'aménager la liberté d'expression⁸⁴. L'on aurait d'ailleurs pu croire cette jurisprudence révolue. Amenée à apprécier la validité de restrictions imposées à la vie privée de militaires, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 21 avril 1998, que «dans le système juridique belge, la loi visée par l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est une loi au sens formel, qui est accessible et précise»⁸⁵. De même, la Cour constitutionnelle considère-t-elle: «bien que, en utilisant le terme "loi", l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une "loi", au sens formel du terme, le même mot "loi" utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. Cette exigence constitutionnelle s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne»⁸⁶. Certes, les deux juridictions suprêmes ont tenu ce raisonnement à propos du droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention et par l'article 22 de la Constitution. L'on n'aperçoit cependant rien qui permettrait de ne pas le transposer à la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la Convention et l'article 19 de la Constitution. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs récemment précisé que «l'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de

⁸³ R. ANDERSEN, Préface à B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2001, p. IX.

⁸⁴ Voy. Chr. MATRAY, «La sanction des manquements dans l'ordre judiciaire», *op. cit.*, pp. 140-142; P. MARTENS, «La discipline des magistrats en Belgique et les droits de l'homme», *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 175-191 et réf. citées pp. 183-184; A. DE NAUW, «La liberté d'expression du judiciaire à l'égard du politique», *op. cit.*, pp. 887-888.

⁸⁵ *Pas.*, 1998, I, p. 471. Voy. R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. II, *Les droits et libertés*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 56; S. VAN DROOGHENBROECK, «Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme», *A.P.T.*, 2001, p. 144, n° 57.

⁸⁶ C. const., arrêts n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.5.4., n° 131/2005 du 19 juillet 2005, B.5.2., et n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.6. L'article 53 de la Convention dispose: «aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante».

régir l'usage de la liberté d'opinion et d'interdire, en principe, toute mesure préventive d'une autorité publique »⁸⁷.

La Cour de cassation vient pourtant de confirmer sa jurisprudence « Panier », s'agissant d'une question de déontologie relative cette fois à un avocat. La Cour devait déterminer si l'article 456 du Code judiciaire, qui charge l'Ordre des Avocats de sanctionner disciplinairement « les atteintes à l'honneur de l'Ordre et aux principes de dignité, de probité et de délicatesse qui font la base de leur profession », est une règle suffisamment précise pour satisfaire aux exigences de l'article 10.2 de la Convention. La Cour en est alors revenue à son ancienne jurisprudence, considérant que, dans la disposition conventionnelle, « le terme loi désigne toute norme de droit interne, écrite ou non, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, pour autant que cette norme soit énoncée de façon précise et soit accessible aux personnes concernées ». Dès lors, l'article 456 du Code judiciaire, « et l'interprétation qui en a été donnée par les instances disciplinaires et judiciaires, est suffisamment précise et accessible pour permettre à tout avocat, s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences juridiques de ses actes »⁸⁸. Plus un mot sur l'article 53 de la Convention ou sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation allant même jusqu'à estimer ne pas devoir poser les questions préjudicielles suggérées par le défendeur.

Paul Martens constate que « plus aucune poursuite n'a été intentée, semble-t-il, en la matière. On ignore si c'est le résultat de l'assagissement des juges ou de la mansuétude des autorités »⁸⁹. À parcourir les médias de nos jours, si toutes les interventions de juges ont fait l'objet d'une autorisation, les capacités managériales des chefs de corps sont manifestement fortement sollicitées.

Dans leur ouvrage de référence de 2000, Xavier de Riemaeker et Ghislain Londers déduisent toujours du devoir de réserve consacré par l'article 404 du Code judiciaire, l'obligation pour le magistrat d'en référer préalablement à son autorité hiérarchique avant de s'exprimer dans les médias⁹⁰. Ils ne font toutefois pas état de l'arrêt *Panier* et encore moins des difficultés qui viennent d'être évoquées. Plus récemment encore, Ghislain Londers envisageait l'opportunité de codifier les règles déontologiques mais sans relever qu'une intervention du législateur contribuerait à garantir la validité des

⁸⁷ C. const., arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.34.

⁸⁸ Cass., 26 février 2010, R.G. n° D.08.0010.F. Voy. déjà dans le même sens, Cass., 2 juin 2006, R.G. n° C.03.0211.F.

⁸⁹ P. MARTENS, « La discipline des magistrats en Belgique et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 184.

⁹⁰ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Déontologie et discipline », *op. cit.*, p. 353.

règles déontologique au regard des libertés constitutionnelles⁹¹. Pour leur part, Patrick Mandoux et Damien Vandermeersch développent une vision plus active des relations entre les magistrats et la presse, sans évoquer l'obligation de s'en référer préalablement à la hiérarchie⁹².

29. Il n'en reste pas moins qu'une certaine réserve demeure requise afin de préserver l'impartialité du juge. Les malheurs d'Herbert Wille, Président du Tribunal administratif du Liechtenstein, sont là pour le rappeler.

Ce magistrat avait eu l'outrecuidance, lors d'une conférence universitaire, de se prononcer en faveur de la possibilité, pour la Cour constitutionnelle, de juger le prince. Celui-ci annonça, dans une lettre ouverte qu'il refuserait de renouveler le mandat du magistrat. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé la sanction disproportionnée. Elle a toutefois relevé que l'on «est en droit d'attendre des fonctionnaires de l'ordre judiciaire qu'ils usent de leur liberté d'expression avec retenue chaque fois que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont susceptibles d'être mises en cause. La Cour n'en estime pas moins que toute atteinte à la liberté d'expression d'un magistrat dans la situation du requérant appelle de sa part un examen attentif»⁹³.

30. Trois situations extrêmes nous paraissent pouvoir être évoquées. Celle du juge qui commente les affaires qu'il a traitées ou qui préjuge de ces affaires (1); qui a des activités politiques (2); ou encore qui est confronté à une suspicion de dysfonctionnement du pouvoir (3).

1. Le juge commentateur ou prévisionniste

31. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, au titre de l'impartialité subjective⁹⁴, «la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires lorsqu'elles sont appelées à juger, afin de garantir leur image de juges impartiaux. Cette discrétion doit les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations. Ainsi le veulent les impératifs supérieurs de la justice et la grandeur de la fonction judiciaire»⁹⁵. La Cour précise

⁹¹ G. LONDERS, «De tucht en de deontologie van de magistratuur», in S. LUST et P. LUYPAERS (éd.), *Tucht en deontologie. (In)effectiviteit van het tuchtrecht ter handhaving van de waardigheid van het ambt*, Bruges, die Keure, 2007, pp. 345-348. À propos des vellétés de codification, voy. aussi Chr. MATRAY, «La responsabilité déontologique des magistrats – Pour une déontologie positive», in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, n° 10, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 93-95.

⁹² P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, «Le point de vue du magistrat», *op. cit.*, pp. 42-43. C.E.D.H., *Wille c. Liechtenstein*, arrêt du 28 octobre 1999.

⁹⁴ Voy. *supra*, n° 1.

⁹⁵ C.E.D.H., *Buscemi c. Italie*, arrêt du 16 septembre 1999, § 67, et *Lavents c. Lettonie*, arrêt du 28 novembre 2002, § 118. Cette jurisprudence a encore été récemment confirmée par l'arrêt rendu en Grande chambre le 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, § 120, et plus récemment encore par un arrêt du 5 février 2009, *Olujic c. Croatie*, § 59.

qu'elle « a toujours considéré que l'impartialité personnelle d'un magistrat est présumée jusqu'à la preuve du contraire »⁹⁶.

Foulek Ringelheim s'appuie sur cette jurisprudence pour formuler ce précepte: « du côté des magistrats, il existe une règle d'or à laquelle il ne saurait être question de déroger: un juge ne commente ni les affaires qu'il traite ni les jugements qu'il a rendus. Comme un poème le bon jugement se suffit à lui-même; il n'a pas besoin pour être compris, d'une autre musique que celle qui s'exhale de ses attendus. En épuisant sa juridiction, le juge épuise son temps de parole. Toute espèce de glose ou de repentir ne pourrait qu'en affaiblir l'autorité. Pour lui, la messe est dite. En revenant sur sa décision, il introduirait la controverse et éterniserait l'œuvre de justice. Juger c'est trancher, après quoi le juge se retranche dans la voie du silence »⁹⁷.

Le traumatisme de l'affaire Dutroux a manifestement, en cette matière également, effrité le roc des certitudes de la tour d'ivoire. Lorsqu'un Président de Cour d'assises a estimé nécessaire de formuler un mot de consolation à l'adresse des victimes puis de s'exprimer dans la presse à propos de l'affaire dont il venait de diriger les débats et dont il aurait encore à connaître au titre des actions civiles, à savoir l'assassinat du vétérinaire Van Noppen, le condamné y a vu un moyen de cassation. Après avoir considéré qu'en principe, « il n'appartient pas au juge de faire des commentaires ou déclarations publiques au sujet des affaires qu'il instruit », la Cour de cassation a précisé que, « lorsque le juge agit néanmoins de la sorte, il ne s'en déduit pas nécessairement qu'il a été partial; qu'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 »⁹⁸. Ce que Franklin Kuty traduit par: « la seule expression publique d'une opinion personnelle, pour critiquable et regrettable qu'elle puisse être, n'aura pas nécessairement, indépendamment des suites disciplinaires qu'elle pourrait

⁹⁶ Arrêt *Kyprianou*, précité, § 119.

⁹⁷ F. RINGELHEIM, « Les limites du commentaire et de la polémique », in *Le devoir de réserve: l'expression censurée?*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 123. Dans le même sens, déjà, X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS écrivaient: « la discrétion interdit au magistrat d'émettre le moindre commentaire sur les affaires soumises à son appréciation, à l'exception de la motivation de sa décision. Il s'abstient de formuler des commentaires sur ses décisions, même si celles-ci sont désapprouvées par les médias ou la doctrine ou encore si elles sont réformées. S'il ne respecte pas cette obligation, il donnera rapidement l'impression de ne pas avoir jugé en toute sérénité » (*op. cit.*, p. 351).

⁹⁸ Cass., 18 février 2003, *J.T.*, 2005, pp. 267-270 et obs. Fr. KUTY, « Le devoir de réserve du magistrat dans ses relations avec la presse ». Dans l'actualité récente, l'on retiendra que, le 20 octobre dernier, après que la Cour d'assises du Limbourg eut déclaré Els Clottemans coupable d'avoir provoqué la mort de sa rivale amoureuse en sabotant son parachute, six jurés ont parlé longuement avec les enfants de la victime. Aux dires des personnes présentes, la discussion abordait le verdict et les raisons pour lesquelles les jurés avaient jugé Els Clottemans coupable. Il reviendra à la Cour de cassation de décider si, au cas où les faits devaient être établis, il y aurait lieu à l'ouverture d'un nouveau procès d'assises (J. LA, « Vers un pourvoi en cassation », *La Libre Belgique*, 23-24 octobre 2010).

emporter, une incidence sur l'impartialité du magistrat qui en est à l'origine. La solution dépend des propos tenus, du contexte et du moment auquel ils ont été exprimés »⁹⁹.

Dans l'espèce de l'affaire Van Noppen, la Cour de cassation avait déduit le défaut d'impartialité de la conjugaison de deux éléments : l'interview avait été donnée à la veille des débats sur les actions civiles et le président de la Cour d'assises était passé outre à une demande de remise, en vue d'une éventuelle requête en récusation. La Cour européenne des droits de l'homme avait pareillement vu un manque d'impartialité dans le fait que, dans sa réponse à la mise en cause par voie de presse de la façon dont son tribunal avait tranché un litige, le président du tribunal de Turin avait « des expressions sous-entendant une appréciation négative de la cause du requérant avant de présider l'organe judiciaire appelé à trancher l'affaire »¹⁰⁰. De même, la Cour de cassation estimera qu'il existe une cause de suspicion légitime et imposera de rejurer l'affaire si le magistrat du siège, dans le cadre des débats, a tenu des propos laissant présumer d'un parti pris¹⁰¹.

Plus flagrant était le cas de cette magistrate qui s'était répandue dans la presse en critiques sur l'attitude de la défense dans une affaire dont elle connaissait, et qui avait formulé des prévisions quant à l'issue de cette affaire¹⁰².

32. Une récente interview donnée par Paul Martens, président de la Cour constitutionnelle, a retenu l'attention, voire surpris. Comme le fit déjà Marc Bossuyt, l'autre président de la Cour en novembre 2007¹⁰³, il y précise la portée de l'arrêt n° 73/2003 rendu par la Cour en 2003 à propos de la carte électorale, et commente ses conséquences quant à l'avenir de la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde. Il écarte notamment une hypothèse avancée par certains francophones, à savoir l'intervention du législateur afin de justifier la situation actuelle¹⁰⁴. Selon Paul Martens, cette solution serait contraire à la Constitution : « *Le statu quo* n'est pas possible. Le maintien de l'intérêt des francophones ne peut pas se réaliser en gardant le système actuel ». Il ajoute : « Les chambres valident les élections et aucune

⁹⁹ Fr. KUTY, « Le devoir de réserve du magistrat dans ses relations avec la presse », *op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁰ Arrêt *Buscemi*, précité, § 68.

¹⁰¹ L'interpellation d'un avocat par le président de la cour d'assises lui demandant de « cesser de faire le singe » constitue une cause de récusation pour suspicion légitime (Cass, 29 octobre 2003, *J.T.*, 2003, p. 746). Voy. aussi Cass., 31 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1402; Cass., 30 avril 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1245, cités par P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, « Le point de vue du magistrat », *op. cit.*, p. 39.

¹⁰² Arrêt *Lavents*, précité, § 119.

¹⁰³ Voy. *La Libre Belgique*, 14 novembre 2007 (« Marc Bossuyt entame sa présidence en force »).

¹⁰⁴ Voy. notamment les amendements nos 5 à 28 à la proposition de loi « modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2007, n° 52-0037/3, et l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État nos 43.707 à 43.717/AG, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2007, n° 52-0037/3, pp. 7-8.

juridiction ne peut rien y faire. Mais il serait contraire à l'État de droit qu'un parlement valide une violation de la Constitution. Les plus catastrophistes imaginent qu'un jour on déplore devant un juge l'application d'une loi votée par un parlement inconstitutionnel. Il y a des juges activistes des deux côtés de la frontière... C'est de la science-fiction mais dans cette matière-là, elle n'est pas tout à fait fictive»¹⁰⁵.

33. Pour Marc Verdussen, professeur de droit constitutionnel à l'UCL, ces propos ont « choqué beaucoup de monde: un président de Cour n'a pas à interpréter les arrêts »¹⁰⁶. Marc Uyttendaele, professeur de droit constitutionnel à l'ULB, précise: « le devoir de réserve a été méconnu au niveau supérieur de la Cour constitutionnelle. En livrant publiquement leur commentaire sur les conséquences d'un arrêt qu'ils ont rendu, les présidents de cette juridiction ont provoqué une insécurité juridique et politique qu'en toute bonne foi ils entendaient sans doute prévenir. Ils ont également ouvert une brèche dans laquelle d'autres magistrats n'ont pas hésité à s'engouffrer »¹⁰⁷. Et l'auteur de dénoncer les commentaires de différents juges à propos de la validité des élections législatives en l'absence d'une dissolution de l'arrondissement de Bruxelles-Hal-Vilvorde: « Si nul ne conteste le droit des magistrats à la liberté d'expression, il ne leur appartient pas non plus, eu égard à leur devoir de réserve et bien plus encore à leur nécessaire impartialité, de participer à un débat public ô combien sensible et à livrer leur opinion en droit sur des législations qu'ils sont susceptibles de devoir appliquer dans l'exercice de leurs fonctions. Le fait que les présidents respectifs de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation se soient exprimés, en dehors de l'exercice strict de leurs fonctions, sur la validité juridique des élections est source d'insécurité juridique, et pire, d'insécurité démocratique »¹⁰⁸.

Les déclarations de Paul Martens ayant été faites à quelques encablures de sa sortie de charge, celui-ci ne risquait pas, contrairement à son co-président Bossuyt, d'être confronté à l'hypothèse d'une récusation, au cas où la législation relative aux circonscriptions électorales aurait à nouveau fait l'objet d'un contentieux soumis à la Cour constitutionnelle.

34. Il sera rétorqué que la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même, n'est pas épargnée par ce genre de péripétie.

Son actuel président, Jean-Paul Costa, alors qu'il était encore membre du Conseil d'État de France, ne se priva pas de publier un commentaire critique de l'avis que son institution venait de rendre, le 27 novembre 1989, en assemblée générale, sur la compatibilité du port de signes d'ap-

¹⁰⁵ *Le Soir*, 25 novembre 2009.

¹⁰⁶ F. VAN DE WOESTYNE, « On pourra voter sans régler BHV », *La Libre Belgique*, 18 mars 2010.

¹⁰⁷ M. UYTENDAELE, « En finir avec sept ans de malheur politique », obs. sous C.E., 18 mai 2010, arrêt n° 203.980, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1533.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1534.

partenance religieuse avec le principe de laïcité. Annonçant qu'il exercerait « un droit de libre critique » afin de « voir comment (le Conseil d'État) a raisonné et s'il a bien conclu », il exprima les « opinions divergentes par rapport aux prémisses de l'avis ou à ses conclusions, tout en indiquant les mérites qu'il faut lui reconnaître ». Après avoir émis l'opinion que le Conseil d'État « aurait pu, certes plus brutalement, interdire par principe le port à l'école publique de tout signe religieux au nom du respect de la neutralité », il concluait : « Le Conseil d'État s'est efforcé, fidèle à son histoire, de fournir au débat des éléments de sagesse et de modération, même si on peut reprocher à son avis un excès de nuances et une trop grande soumission à la lettre de nos engagements internationaux »¹⁰⁹.

Manifestant une suite certaine dans ses idées, Jean-Paul Costa émigra à Strasbourg pour exercer les fonctions de juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Devenu vice-président de la juridiction, il fut auditionné par la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, dite Commission Stasi, du nom de son président. Confronté à l'hypothèse de l'adoption d'une loi prohibant le port de signes convictionnels à l'école, il déclara, invoquant la marge nationale d'interprétation reconnue par la Cour : « si une telle loi était soumise à notre Cour, elle serait jugée conforme au modèle français de laïcité, et donc pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme »¹¹⁰.

Selon Françoise Lorcerie, cette intervention constituera un « moment-clé du développement des travaux de la Commission Stasi » en ce qu'elle permit d'écarter le spectre d'une condamnation par la Cour de Strasbourg¹¹¹. Comme le résume Jean-François Flauss, « bien que techniquement approximative et déontologiquement hasardeuse, la prise de position du vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme a fait florès »¹¹². Le 15 mars 2004 était adoptée la loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Au vu de sa déclaration péremptoire, Isabelle Rorive s'interrogea sur la possibilité pour Jean-Paul Costa d'encore présenter tous les gages d'impar-

¹⁰⁹ J.-P. COSTA, « Note sous l'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 42-45. Voy. C. DE GALEMBERT, « La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004) », in J. COMMAILLE et M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 108.

¹¹⁰ Cité par F. LORCERIE, « La "loi sur le voile" : une entreprise politique », *Droit et Société*, 68/2008, p. 60.

¹¹¹ *Ibid.* Dans le même sens, D. PELLETIER estime que J.-P. COSTA a levé l'obstacle d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme (« L'école, l'Europe, les corps, la laïcité et le voile », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 87/2005, p. 164). Voy. encore A. GARAY, « L'islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2005, pp. 142-143.

¹¹² J.-F. FLAUSS, « Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement », in G. GONZALEZ (éd.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 201.

tialité au cas où pareille loi, une fois votée, serait déférée à la Cour européenne des droits de l'homme¹¹³. Le doute ne paralysa toutefois pas le magistrat. C'est en tant que Président de la Cour qu'il participa au délibéré dans les arrêts *Dogru c. France* et *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas condamné la France. Elle s'en est remise à la marge d'appréciation de l'État, relevant « qu'en France, comme en Turquie ou en Suisse, la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école »¹¹⁴. Certes, ces arrêts portaient sur des situations antérieures à la loi mais ils énonçaient les principes qui seront appliqués par les arrêts qui, ultérieurement, valideront cette loi. Ces derniers arrêts ont été rendus par une chambre où Jean-Paul Costa ne siégeait pas¹¹⁵.

Si l'intervention de Jean-Paul Costa devant la Commission « Stasi » n'était pas un préjugé, c'était à tout le moins une excellente prédiction.

35. Il arrive néanmoins à la Cour européenne des droits de l'homme de faire montre de plus de vigilance. Ainsi, le professeur Papier avait rendu un avis sur la constitutionnalité du projet de loi portant transfert des droits à la pension des anciens citoyens de la RDA. Il est ensuite devenu membre de la Cour constitutionnelle. Lorsque cette loi fut entreprise devant la Cour, il se déporta. Il siégea cependant dans une affaire ultérieure où cette loi entrait à nouveau en ligne de compte. La Cour européenne des droits de l'homme refusa de conclure à la violation de l'article 6 de la Convention, faisant valoir que la loi avait été validée par la Cour constitutionnelle lors du premier recours, en l'absence du juge Papier¹¹⁶. Selon Françoise Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck, il est permis d'en déduire « que la conclusion de la Cour aurait sans doute été différente si le juge Papier ne s'était pas déporté » dans la première affaire¹¹⁷.

2. Le juge politicien

36. Selon Ganshof van der Meersch, « que le magistrat ne soit lié à aucun parti politique est, à l'évidence, une garantie nécessaire de son impartialité ;

¹¹³ I. RORIVE, « Religious symbols in the public space: in search of a european answer », *Cardozo Law Review*, Vol. 30:6, 2009, p. 2687, note 100, www.cardozolawreview.com/content/30-6/RORIVE.30-6.pdf. Dans le même sens, A. GARAY, « L'islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 143, note 55.

¹¹⁴ C.E.D.H. (5^e sect.), arrêt *Kervanci c. France* (req. n° 31645/04) et arrêt *Dogru c. France* (req. n° 27058/05), 4 décembre 2008, §§ 68-82. Voy. E. DECAUX, « Chronique d'une jurisprudence annoncée: laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2010, pp. 251-268.

¹¹⁵ Voy. not. C.E.D.H. (5^e sect.), req. n° 43563/08, *Aktas c. France*, arrêt du 30 juin 2009; voy. à cet égard E. DECAUX, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁶ C.E.D.H., *Rüdiger Adam et autres c. Allemagne*, arrêt du 1^{er} septembre 2005.

¹¹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. TULKENS, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité? », *op. cit.*, p. 495.

mais il a aussi l'obligation, plus générale, de s'abstenir strictement de toute action, voire de toute attitude de caractère politique »¹¹⁸.

La jurisprudence ne se montre toutefois pas aussi sévère. Dans la fameuse affaire du conseiller d'État qui avait enseigné dans des écoles relevant du parti communiste, le Procureur général Léon Cornil avait précisé « qu'il n'est point interdit à un juge ou à un conseiller d'État d'être affilié à un parti politique pourvu que, du fait de cette affiliation, il ne soit pas tenu à des obligations incompatibles avec les devoirs de sa charge », mais « qu'un juge ou un conseiller d'État manque à la dignité de ses fonctions et aux devoirs de son état lorsqu'il devient l'agent d'un parti politique ou y milite au point que son impartialité de magistrat puisse en être suspectée »¹¹⁹. Il requérait dès lors la déchéance. La Cour de cassation se contenta d'une suspension. Elle précisa que, pour préserver « la confiance que la nation doit avoir en leur impartialité et en celle de l'institution à laquelle ils appartiennent », les magistrats « doivent, notamment dans le domaine de la politique, conserver au Conseil d'État un caractère tel que le justiciable puisse, sans s'inquiéter des tendances des membres qui la composent, accorder à l'institution toute sa confiance »¹²⁰.

La Cour constitutionnelle fait montre d'une très grande tolérance. Invoquant la jurisprudence strasbourgeoise, elle considère « qu'une sympathie politique dans le chef d'un magistrat ne suffit pas en soi pour susciter des appréhensions justifiées de partialité [...]. Il doit être démontré que l'intéressé a reçu du parti politique qui est censé être le sien des instructions concernant ce litige »¹²¹. À la suite de la Cour de Strasbourg, la Cour constitutionnelle oppose le même raisonnement aux parties qui sollicitent la récusation de juges en raison de leur participation présumée à toute autre association de nature politique ou à la franc-maçonnerie¹²².

Cette jurisprudence a pu influencer la décision de ne pas sanctionner le Procureur du Roi de Liège qui, par sympathie pour son frère, ministre fédéral engagé sur les listes lors des élections régionales de juin 2009, avait rejoint la page de ses supporters sur le site de socialisation Facebook. Le ministre de la Justice, Stefaan De Clerck, avait demandé une enquête disciplinaire estimant que les magistrats n'ont pas à afficher leurs préférences politiques. L'enquête avait débouché dans un premier temps sur une sanction disciplinaire légère mais, en appel, le Procureur général de la Cour de

¹¹⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *op. cit.*, p. 511.

¹¹⁹ Réquisitoire avant Cass., 15 mars 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 481. Dans le même sens, H.-L. BOTSON, « La magistrature et les libertés constitutionnelles », *J.T.*, 1951, pp. 97-98.

¹²⁰ Cass., 15 mars 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 483. Voy. Fr. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, *op. cit.*, p. 101; P. VANDERNOOT, « Le fonctionnaire, ses droits et ses obligations », *A.P.T.*, 1990, pp. 47-48.

¹²¹ C. const., arrêt n° 157/2009 du 13 octobre 2009, B.7.2.

¹²² *Ibid.*, B.7.3. Voy. aussi C.E.D.H., *Salaman c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 juin 2000, et *Maestri c. Italie*, arrêt du 17 février 2004.

cassation avait levé la sanction¹²³. Il n'est pas sans intérêt au regard de l'impartialité de relever que le ministre avait demandé un rapport sur cet incident au Procureur général de Liège, qui n'est autre que son ancien chef de cabinet.

La conception française de la déontologie des magistrats apparaît encore plus libérale. Ainsi, dans son récent *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, le Conseil supérieur de la magistrature considère-t-il que « le magistrat peut se présenter aux élections sous les seules limites des dispositions du statut de la magistrature ; il évite, néanmoins, l'expression publique d'engagements politiques, de nature à nuire à l'exercice de ses fonctions de magistrat, dans le ressort de sa juridiction »¹²⁴.

37. La Cour européenne des droits de l'homme met toutefois en garde les magistrats contre le militantisme politique. Un journaliste ayant accusé un magistrat de militantisme politique fut condamné pour diffamation. Selon la Cour, « s'il est vrai que les magistrats doivent être protégés contre les attaques dénuées de tout fondement, compte tenu en particulier de ce que leur devoir de réserve leur interdit de réagir (arrêt *Prager et Oberschlick c. Autriche*, § 34), la presse représente néanmoins l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée. En militant dans un parti politique, quelle qu'en soit l'orientation, un magistrat met en péril l'image d'impartialité et d'indépendance que la justice se doit toujours et invariablement de donner ». Et la Cour de conclure : « Face au militantisme politique actif d'un magistrat, une protection inconditionnelle de celui-ci contre des attaques de la presse ne se justifie guère par la nécessité de protéger la confiance des citoyens dont le pouvoir judiciaire a besoin pour prospérer, alors que c'est justement pareil militantisme politique qui est susceptible de nuire à cette confiance. Par un tel comportement, un magistrat s'expose inévitablement aux critiques de la presse, pour laquelle l'indépendance et l'impartialité de la magistrature peuvent, à bon droit, constituer un souci majeur d'intérêt général »¹²⁵.

38. Commentant l'attitude de ces présidents de tribunaux néerlandophones qui, dans le cadre du débat sur la scission de l'arrondissement électoral Bruxelles-Hal-Vilvorde, proposaient d'organiser les élections législatives en dehors du cadre légal, Marc Uyttendaele rappelait qu'en vertu de l'article 237 du Code pénal, seront pénalement punis « Les membres et membres assesseurs des cours et tribunaux, les officiers de police judi-

¹²³ *Le Soir*, 27 mai 2010.

¹²⁴ Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 42, http://csm.pingroom.org/files/recueil_des_obligations_deontologiques_des_magistrats_FR.pdf.

¹²⁵ C.E.D.H., *Pena c. Italie*, arrêt du 25 juillet 2001, § 41. Voy. P. DE FONTBRESSIN, « Le militantisme politique du juge. Un danger pour les libertés ? », *Rev. trim. D.H.*, 2004, pp. 423-434.

ciaire qui¹²⁶ se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si ces lois seront exécutées »¹²⁷.

3. Le juge censeur du fonctionnement de la justice

39. Yves-Marie Morissette fait état du *modus vivendi* suivant, qui prévaut au Canada: le juge « doit s'abstenir de prendre publiquement position sur une question politiquement controversée, et la rigueur de cette obligation de réserve augmente en fonction du risque que la question donne naissance à un litige dont le juge pourrait être saisi. Il a cependant le droit de prendre publiquement position, de manière non partisane et avec mesure, sur des questions relatives à l'administration de la justice, y compris des questions juridiques d'intérêt général »¹²⁸.

L'état d'esprit est très semblable de ce côté-ci de l'Atlantique. Le Conseil consultatif des juges européens est en tout cas sur la même longueur d'onde: « il conviendrait de réfléchir sur la participation des juges à des débats publics de nature politique: pour que le public conserve sa confiance dans le système judiciaire, il est souhaitable que les juges ne s'exposent pas à des attaques politiques incompatibles avec la nécessaire neutralité de la fonction juridictionnelle [...]. Mais le juge devrait pouvoir participer à certains débats concernant la politique judiciaire de l'État. Il devrait pouvoir être consulté, et participer activement à l'élaboration des dispositions législatives concernant son statut et plus généralement, le fonctionnement de la justice »¹²⁹. L'on pourrait répondre d'une manière franchement affirmative à Alain De Nauw lorsqu'il « se demande si dans le contexte actuel d'une médiatisation galopante de l'administration de la justice, il n'est pas important d'examiner s'il n'est pas opportun que les magistrats se montrent moins réservés et discrets pour prendre publiquement position concernant les sujets politiques qui touchent directement l'activité des cours et tribunaux »¹³⁰.

Cette situation n'est pas sans évoquer celle de Madame Kudeshkina. Cette dernière est à la Russie ce qu'Antonio Di Pietro est à l'Italie. C'est-à-dire un juge qui estime que le fonctionnement de la justice de son pays est à ce point défaillant qu'il décide de se lancer en politique. À la différence de son homologue italien, cependant, Madame Kudeshkina n'a pas été élue. Ayant, au cours de sa campagne, émis des doutes sur l'impartialité de collègues – en l'occurrence de hauts magistrats –, elle fut révoquée au lendemain de sa défaite électorale à cause de ses déclarations faites aux médias. Dans

¹²⁶ Hors le cas de l'application de la jurisprudence « *Le Ski* » (c'est nous qui précisons).

¹²⁷ M. UYTENDAELE, « En finir avec sept ans de malheur politique », *op. cit.*, p. 1534.

¹²⁸ Y.-M. MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », *R.D.U.S.*, 1999/30, p. 9.

¹²⁹ Avis n° 3 du Conseil consultatif des juges européens, *op. cit.*, nos 31 et 34.

¹³⁰ A. DE NAUW, « La liberté d'expression du judiciaire à l'égard du politique », *op. cit.*, p. 890.

un arrêt du 26 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Russie, estimant que la sanction était à tout le moins disproportionnée. Elle ajouta qu'une « sanction aussi sévère est de nature à avoir un « effet inhibiteur » sur les juges souhaitant participer au débat public sur le fonctionnement des institutions judiciaires, et ce au détriment de toute la société »¹³¹.

La participation des magistrats aux débats sur le fonctionnement de la justice s'est institutionnalisée. Sont d'abord apparues les associations syndicales des magistrats, idée longtemps considérée comme « incongrue, voire scandaleuse »¹³². En 1998, la Belgique s'est enfin dotée d'un Conseil supérieur de la Justice, pour moitié composé de magistrats élus par leurs pairs, qui a notamment pour mission d'émettre des « avis et des propositions concernant le fonctionnement général et l'organisation de l'ordre judiciaire »¹³³. Des lois particulières prévoient explicitement la consultation des principaux concernés lors de l'élaboration des textes organisant les juridictions¹³⁴. De manière générale, en l'absence de texte, le ministre de la Justice consulte les chefs de corps du siège sur ses projets de réforme et les commissions de la Justice de la Chambre des représentants ou du Sénat les entendent également régulièrement¹³⁵. Par ailleurs, il est admis que d'initiative, les magistrats du siège expriment leur point de vue sur les carences législatives ou les législations en projet, entre autres pour attirer l'attention, à la lumière de leur pratique, sur les conditions d'une justice équitable¹³⁶.

40. Deux éminents magistrats le proclament solennellement : « s'il a prêté le serment de respecter la Constitution et les lois du peuple belge, le magistrat ne doit pas perdre de vue la hiérarchie existant entre les normes, au sommet

¹³¹ C.E.D.H., *Kudeshnikina c. Russie*, arrêt du 26 février 2009. Voy. J.-P. JEAN, « La liberté des juges de critiquer publiquement le fonctionnement du système judiciaire », *Rev. trim. D.H.*, 2010, pp. 179-190.

¹³² L. ISRAËL, « Quand les professionnels de justice revendiquent leur engagement », in J. COMMAILLE et M. KALUSZYNSKI, *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 127.

¹³³ Art. 151 Const.

¹³⁴ Ainsi l'arrêté royal fixant les critères d'évaluation des magistrats du Conseil d'État doit-il, conformément à l'art. 74/7 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, être pris « sur proposition motivée du premier président et de l'auditeur général [...] l'assemblée générale ayant été entendue ». L'application de cette disposition n'est toutefois pas, en pratique, exempte de difficultés lorsque la section de législation du Conseil d'État est à son tour appelée à donner un avis, en droit et non plus en opportunité cette fois, sur le texte auquel le Conseil d'État a contribué à l'élaboration.

¹³⁵ Voy. à ce sujet P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, « Le point de vue du magistrat », *op. cit.*, p. 37.

¹³⁶ À titre d'exemple, on se souvient que les magistrats de la Cour d'appel de Bruxelles, réunis mardi 12 janvier 2010 en assemblée générale, ont dénoncé la suppression des huissiers d'audience, projetée dans le cadre des mesures d'économie du ministre de la Justice Stefaan DE CLERCK. Voy. égal.t l'article du premier président de la Cour d'appel de Mons, Jean-Louis FRANEAU, dans le *Journal des tribunaux* du 17 avril 2010, dans lequel l'auteur livre sa critique du projet de réforme du paysage judiciaire. Ce magistrat et plusieurs de ses collègues ont entretenu un dialogue critique avec des parlementaires sur les projets du ministre relatifs à cette réforme (voy. *Le Soir* et *La Libre Belgique* du 21 avril 2010).

de laquelle figurent les principes démocratiques, la pérennité de l'État de droit et les libertés fondamentales. Lorsque ces principes et libertés sont en péril, la réserve n'est plus de mise: il est de l'obligation de tout citoyen et donc du magistrat de dénoncer les violations ou les menaces pesant sur ces droits. Le "devoir de réserve" se mue ici en "devoir d'intervention" »¹³⁷.

Le Premier président de la Cour de cassation, Ghislain Londers, était-il mu par ce sentiment d'urgence lorsqu'il se résolut à déroger à son devoir de réserve pour adresser au Président de la Chambre, Herman Van Rompuy, la lettre à l'origine de la chute du gouvernement, le 20 décembre 2008 ?

41. Rappelons brièvement les faits¹³⁸. À la mi-décembre 2008, la presse fait part d'interrogations relatives aux circonstances de l'arrêt rendu en référé en degré d'appel dans le cadre de l'affaire portée en justice par des actionnaires du holding Fortis opposés aux conditions de rachat de la banque homonyme par le groupe BNP Paribas. Sont également évoqués des liens éventuels entre l'un des membres de la 18^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles, chargée de rendre l'arrêt, et certains membres du CD&V, parti du ministre de la Justice, Jo Vandeuren, et du Premier ministre, Yves Leterme. Vont s'ensuivre une série de réactions consécutives les unes aux autres qui mettront à jour le « Fortisgate », c'est-à-dire à tout le moins une série de dysfonctionnements dans le déroulement de l'affaire judiciaire, voire – mais cela reste encore à démontrer à l'heure actuelle et la Commission parlementaire n'a, pour sa part, pas adopté de conclusion en ce sens – des tentatives de pression de certains responsables politiques sur des magistrats.

Espérant couper court aux rumeurs, le Premier ministre adresse un courrier à son collègue de la Justice dans lequel il se défend d'être à l'origine de pressions. Le courrier, très circonstancié, est daté du mercredi 17 décembre 2008. Dès le lendemain, le courrier est distribué aux parlementaires. Le même jour, Ghislain Londers, Premier président de la Cour de cassation, et Guy Delvoie, Premier président de la Cour d'appel de Bruxelles, convoquent une conférence de presse au cours de laquelle ils font le point sur les rumeurs et tentent de rassurer sur l'indépendance de la Justice. Les propos du Premier président de la Cour de cassation sont rassurants pour le Premier ministre: « Actuellement, aucun élément ne va dans le sens que le Premier ministre aurait pu influencer la justice. [...] Il est prématuré d'interpréter cette lettre, que le ministre [de la Justice] Vandeuren a eu l'amabilité de me communiquer, car je n'ai à l'heure actuelle aucun moyen de vérifier les informations dont le Premier ministre fait état »¹³⁹.

Le lendemain, coup de théâtre: après avoir pris connaissance de la teneur du courrier du Premier ministre, Ghislain Londers adresse au président de la Chambre des représentants, Herman Van Rompuy, une lettre faisant état de suspicions relatives à la violation de la séparation des pouvoirs en degré

¹³⁷ P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, « Le point de vue du magistrat », *op. cit.*, pp. 37-38.

¹³⁸ Voy les rapports précités de la Commission parlementaire et du Conseil supérieur de la Justice.

¹³⁹ Dépêche de l'Agence Belga du 17 décembre 2008.

d'appel dans le cadre de l'affaire Fortis: « Lorsque [...] on met en parallèle cette information [le contenu du courrier du Premier ministre] et certaines initiatives prises dans l'affaire Fortis, on observe inmanquablement un certain nombre d'indications claires donnant à penser que tout a été mis en œuvre pour que l'arrêt de la 18^e chambre de la Cour d'appel ne puisse pas être prononcé comme prévu et que des tentatives ont été faites de faire traiter le dossier par un siège composé différemment, dans l'espoir sans doute que le résultat serait différent du "tour dramatique" annoncé, à savoir une révision du jugement du président du tribunal du commerce de Bruxelles siégeant en référé. Ce constat me paraît important au point que j'estime devoir vous en informer sur-le-champ ». Le vendredi 19 décembre, Ghislain Londers fait suivre sa lettre d'une note plus circonstanciée au président de la Chambre des représentants, relative aux pressions politiques intervenues, selon lui, à l'encontre du pouvoir judiciaire au cours de la procédure d'appel en référé.

42. Ces différents envois suscitent un malaise sérieux au sein même de la majorité. On s'étonne de la sortie du Premier président autant que de l'initiative personnelle du Premier ministre. On s'interroge aussi sur les intentions et le rôle du président de la Chambre des représentants, lorsqu'il rend publique la lettre du Premier président et ne permet pas la tenue d'un débat avec les députés. Le monde politique est pris de court et s'interroge: que se trame-t-il exactement, qui est à la manœuvre, qui est visé? Les événements se succèdent ensuite très vite puisque le même jour, le ministre de la Justice, tout d'abord, et le Premier ministre, ensuite, annoncent leur démission, tout en se défendant d'avoir exercé quelque pression que ce fût sur des magistrats.

43. Aujourd'hui, ces questions demeurent, et ce, d'autant plus qu'à côté des soupçons de Ghislain Londers, longtemps présentés par la presse comme l'unique lecture crédible des faits, est apparue une seconde lecture totalement différente. En effet, fin 2009, la presse, néerlandophone d'abord et francophone ensuite, annonce des « rebondissements en vue »¹⁴⁰ et rend compte d'un scénario tout différent à celui suggéré par le courrier de Ghislain Londers. Ce scénario éclaire les mêmes faits d'un jour nouveau. Il y aurait bien eu des entorses à la procédure aux fins de modifier le cours du délibéré, mais de la part de Paul Blondeel et de Mireille Salmon, les autres membres du siège, et non de Christine Schurmans. Il y aurait également bien eu des contacts avec le monde politique, mais impliquant Paul Blondeel et un député fédéral flamand de l'opposition. L'issue du procès pénal devrait permettre d'apporter la vérité judiciaire sur cet épisode.

44. Indépendamment de cette issue, l'initiative du Premier président de la Cour de cassation soulève des questions de deux ordres. D'une part, n'a-t-il

¹⁴⁰ Voy. notamment « Voici le nouveau scénario du "Fortisgate" » et « Exclusif. Fortisgate, la contre-enquête », *La Libre Belgique*, 15 octobre 2009, pp. 4 à 6; « Fortisgate: De Clerck prend les choses en main », *La Libre Belgique*, 18 novembre 2009, pp. 6 et 7.

pas porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs? D'autre part, n'a-t-il pas méconnu le droit à la présomption d'innocence?

45. Les opinions divergent sur le point de savoir à quel titre ou dans quel cadre procédural le Premier président de la Cour de cassation s'est adressé au Président de la Chambre.

Le Procureur général près la Cour de cassation, Jean-François Leclercq, a, devant la Commission parlementaire, critiqué la démarche du Premier président: «la faculté pour les membres du pouvoir judiciaire de se référer à leurs autorités à propos de faits dont ils prendraient connaissance ne permettrait pas de relater la faute d'un ministre au Parlement»¹⁴¹. Devant cette même commission, Ghislain Londers se défend, se fondant sur une «définition plus moderne» de la surveillance des juridictions d'appel qui, en vertu de l'article 398 du Code judiciaire, relève des attributions de la Cour de cassation: «ce n'est pas un contrôle réactif mais proactif»¹⁴².

À l'opposé, le Conseil supérieur de la Justice, situant comme Ghislain Londers l'intervention de celui-ci dans le cadre de la surveillance des juridictions inférieures exercée par la Cour de cassation et précisant au passage que ce pouvoir «est traditionnellement exercé par le chef de corps»¹⁴³, considère que «rien n'interdit à quiconque, et notamment pas au Premier président de la Cour de cassation, de s'adresser au Parlement afin de l'interpeller, quel que soit le sujet, et certainement s'il s'agit d'attirer son attention sur un dysfonctionnement du pouvoir exécutif, dont il est l'organe de contrôle constitutionnel»¹⁴⁴. Il ajoute même: «en présence d'indices d'une possible violation de la séparation des pouvoirs, le Premier président de la Cour de cassation ne pouvait rester inactif et il lui appartenait de réagir»¹⁴⁵. Le Conseil rejoint ainsi l'opinion précédemment défendue par Marc Joassart: «Il s'agit précisément de l'idée de Montesquieu selon laquelle seul le pouvoir arrête le pouvoir. On oublie trop souvent que le pouvoir législatif est chargé du contrôle politique de l'Exécutif. La responsabilité politique n'est pas la responsabilité civile ou pénale. Elle ne nécessite pas de preuves

¹⁴¹ Cité par J.-C. M. et V.R., «M. Leclercq "défend" M. Vandeuren», *La Libre Belgique*, 3 mars 2009.

¹⁴² Cité par P.G. et V.R., «Londers assume pleinement», *La Libre Belgique*, 3 mars 2009.

¹⁴³ Nous ne développerons pas ici les tenants et les aboutissants de cette polémique. Nous laisserons ce soin aux spécialistes du droit judiciaire. La question n'est pas sans intérêt ni sans importance pratique et ce, d'autant moins qu'elle appelle vraisemblablement un éclaircissement de la part du législateur. Dans ses recommandations, la commission parlementaire d'enquête a pris position en estimant pour sa part que «1.1. Le ministère public doit être confirmé dans son rôle de surveillance de la régularité du service des cours et des tribunaux. 1.2. Les contradictions entre les compétences de surveillance du ministère public (articles 140 et 399 du Code judiciaire), de la juridiction supérieure en général ou du chef de corps de la juridiction supérieure (art. 398 Code judiciaire) doivent être supprimées. Cette clarification nécessite une modification de la loi» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1711/007, p. 70).

¹⁴⁴ Rapport du Conseil supérieur de la Justice, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 34.

juridiques, des indices importants suffisent et un ministre est politiquement responsable des agissements des membres de son cabinet »¹⁴⁶.

46. Le Conseil supérieur de la Justice souligne que l'initiative de Ghislain Londers « se voulait, et était, un cri d'alarme face à ce que le président de la plus haute juridiction du pays estimait être le signe d'une volonté d'immixtion du pouvoir exécutif dans les missions du pouvoir judiciaire »¹⁴⁷.

47. Reste que, comme le relève encore le Conseil supérieur de la Justice, l'initiative du Premier président a eu de très graves conséquences politiques: « les suites en furent très importantes sous l'angle politique notamment, puisqu'elle entraîna la démission de deux ministres, et qu'elle fut à l'origine d'une mise en question particulièrement vive du fonctionnement de la justice, en particulier de celui de la Cour d'appel de Bruxelles »¹⁴⁸.

Il faut toutefois relever que le Conseil supérieur ne formule à cet égard aucune recommandation. Il mentionne pourtant la suggestion faite par le Premier président lui-même de mettre en place un organe représentatif de la magistrature assise. Sans contester l'intérêt de pareille initiative, le Conseil relève qu'un tel organe n'aurait pas pu intervenir « dans une affaire en cours, surtout en période de délibéré »¹⁴⁹.

Plutôt que d'envisager un organe représentatif en tant que tel, il n'est pas absurde d'imaginer, qu'à l'instar du Comité de concertation¹⁵⁰ qui réunit les représentants des gouvernements fédéral et fédérés afin de prévenir les conflits d'intérêts et de développer des synergies entre les ordres de gouvernements, les représentants de la magistrature assise rencontrent régulièrement le collège des procureurs généraux, les principaux ministres du gouvernement fédéral et les présidents des deux chambres fédérales – voire demain les ministres fédérés et les présidents des assemblées fédérées, si la Justice était défédéralisée – au sein d'un forum de discussion informelle afin d'évoquer les difficultés fonctionnelles et de « mettre de l'huile dans les rouages » entre les pouvoirs. Dans l'hypothèse d'une menace d'interférence ou d'intrusion dans le champ d'attribution du pouvoir judiciaire, ses représentants pourraient saisir cet organe de concertation. De la sorte, leurs préoccupations ou leurs appréhensions pourraient être entendues et même discutées, comme ils semblent légitimement le souhaiter, mais sans pour autant fragiliser les représentants d'un autre pouvoir, ni ouvrir les hostilités publiquement avec eux. Ce type d'enceinte de concertation est habituel dans l'ordre juridique belge; que l'on pense au Comité de coopération¹⁵¹, à

¹⁴⁶ M. JOASSART, « La séparation des pouvoirs n'est pas un mythe », *Le Soir*, 26 décembre 2008. Cette carte blanche répondait à celle de J. PIERET, « De la séparation des pouvoirs et des mythes qui nous gouvernent », *Le Soir*, 22 décembre 2008.

¹⁴⁷ Rapport du Conseil supérieur de la Justice, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵⁰ Art. 31 de la loi ordinaire du 9 août 1980.

¹⁵¹ Art. 43 de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises.

la commission de concertation¹⁵² ou aux organes paritaires de concertation sociale.

Il est bien évidemment aussi confortable que vain de refaire l'histoire. L'on ne peut cependant s'empêcher de se demander ce qu'il serait advenu si le Premier président de la Cour de cassation s'était abstenu de son initiative épistolaire. En l'espèce, la Chambre des représentants aurait pu, sur la base des informations fournies par le Premier ministre, interroger les ministres concernés, qui n'auraient pas été démissionnaires. Plutôt que de favoriser le contrôle parlementaire, la sortie du magistrat l'a escamoté.

48. Il conviendra également, lorsque les procédures lancées contre les différents protagonistes de l'affaire par le parquet général de Gand, saisi de l'affaire, auront été menées à leur terme, de vérifier si le recours aux procédures existantes n'aurait pas suffi à garantir l'indépendance de la justice.

D'un côté, le pouvoir judiciaire pouvait, comme il l'a d'ailleurs fait¹⁵³, entreprendre des actions disciplinaires afin de mettre au jour d'éventuelles pressions, faux en écriture ou violations du secret du délibéré. L'on pourrait certes objecter que ces actions auraient pu être court-circuitées au cas où la collusion aurait eu lieu entre la tête du parquet et le pouvoir exécutif, le premier étant fonctionnellement dépendant du second, conformément à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution. Ceci étant dit, le constituant n'a pas estimé que ce lien fonctionnel constituait un obstacle à l'exercice par le parquet de l'action pénale à l'encontre des membres des Exécutifs eux-mêmes. Dès lors, dans la logique institutionnelle, une réaction du siège n'eût-elle pas été plus indiquée dans l'hypothèse de l'inaction du parquet? En qualité d'autorité constituée, le Premier président n'avait-il d'ailleurs pas obligation, en vertu de l'article 29 du Code d'instruction criminelle, de dénoncer au parquet ses soupçons de violation de l'article 458 du Code pénal?

D'un autre côté, au terme de cette procédure, le Parlement aurait pu alors exercer son contrôle politique sur l'action du gouvernement.

En mettant en œuvre les procédures telles qu'elles existent, le pouvoir judiciaire n'aurait pas fragilisé les mandataires politiques¹⁵⁴ et aurait donné

¹⁵² Art. 82 Const.

¹⁵³ F. DENIS, « Schurmans, Blondeel, Verougstraete et Salmon renvoyés devant la Cour d'appel de Gand par le procureur général. Fortis: quatre magistrats jugés en novembre », *Le Soir*, 9-10 octobre 2010, p. 6.

¹⁵⁴ Toutes choses étant égales par ailleurs, on ne peut manquer d'établir un parallélisme avec « l'affaire Olivier Trusgnach », cette cabale dirigée en 1996 contre le ministre fédéral en charge de l'Économie et des Télécommunications, Elio Di Rupo. La plainte, bien que totalement infondée, déstabilisa politiquement le ministre et fit tanguer le gouvernement dans son ensemble. À cette occasion, le rôle du parquet fut controversé. Sous l'empire de l'ancienne mouture de l'article 103 de la Constitution, nulle poursuite ne pouvait être intentée contre un ministre sans l'autorisation de la Chambre des représentants. Il était toutefois admis que le procureur général près la cour d'appel en charge des poursuites pouvait procéder à une information et aux actes élémentaires d'enquête permettant d'établir la vraisemblance de la plainte. Telle ne fut pas la voie suivie par le procureur général, qui estima devoir requérir l'autorisation de la Chambre avant tout devoir d'enquête. La super-

des éléments pertinents aux parlementaires, chargés de leur fonction de contrôle, pour comprendre les circonstances qui ont présidé au prononcé de l'arrêt du 12 décembre 2008.

49. Quoi qu'il en soit, en admettant que le Premier président était, ou croyait légitimement être, confronté à une telle menace sur l'indépendance de la justice que la saisine du Président de la Chambre s'imposait, cette initiative devait encore se faire dans le respect des principes qui fondent justement l'indépendance et l'impartialité de la justice. Notamment, il ne se concevrait pas que l'intervention du Premier président de la Cour de cassation ait pour effet paradoxal de violer le secret du délibéré ou la présomption d'innocence.

Or, justement, Christine Schurmans, membre du siège de la Cour d'appel de Bruxelles poursuivie pour avoir violé le secret du délibéré¹⁵⁵, a porté plainte contre Ghislain Londers, estimant que son initiative avait ruiné son droit à un procès équitable et méconnu sa présomption d'innocence¹⁵⁶. En conséquence de quoi Henri Heimans, le juge d'instruction gantois chargé

cherie des plaignants apparut rapidement au grand jour. Il apparut également qu'après un examen sommaire des dossiers, le procureur général aurait également pu s'en apercevoir. Les passages devant la Chambre des représentants auraient donc pu être évités, ainsi que l'agitation politique et médiatique qui s'ensuivit. Ces péripéties politico-judiciaires influencèrent directement la réflexion relative à la modification des articles 59 et 103 de la Constitution. En 1997, les régimes de l'immunité parlementaire et de la responsabilité pénale des membres de gouvernement furent revus aux fins de renforcer la protection fonctionnelle des parlementaires, des ministres et des secrétaires d'État. Depuis lors, le passage devant l'assemblée a lieu non plus à l'entame de l'instruction mais à son terme, pour autoriser le ministère public à requérir devant la juridiction d'instruction en vue du règlement de la procédure ou à citer directement le mandataire devant la juridiction de jugement. Ce nouveau régime organise une protection accrue du mandataire. Les plaintes fantaisistes – nombreuses, semble-t-il – sont désormais classées sans suite : elles ne perturbent plus l'action du mandataire, ni ne nuisent à sa réputation. Par ailleurs, le contrôle des parlementaires sur la procédure se fonde sur un dossier de procédure plus abouti.

¹⁵⁵ Voy. *supra*, n° 14.

¹⁵⁶ M^{me} SCHURMANS écrit notamment : « J'ai cherché, en vain quelque précédent ou fondement en droit qui pourrait permettre, dans notre ordre juridique, que les droits et libertés les plus fondamentaux d'un citoyen – et *a fortiori*, d'un magistrat et donc collègue –, tels que le respect des droits de la défense, le respect du principe du contradictoire et de la présomption d'innocence, soient mis à l'écart, comme en l'espèce, par le biais d'une communication écrite, à la fois hâtive et « médiagénique ». Et de poursuivre : « condamnée, sous l'autorité de Votre Cour, sans avoir pu faire valoir mes moyens de défense. Dans la note, il a été tenu pour avéré que j'ai divulgué des informations confidentielles échangées lors des délibérations [...], que j'ai, ainsi, commis un fait pénalement répréhensible et que mon comportement était dû au fait que je ne voulais pas m'incliner devant le résultat du délibéré ». [...] « La plus haute instance judiciaire du pays, sous la signature de son Premier président et sur papier à en-tête de Votre Cour, m'a donc jugée, en diffusant des faits tenus pour vrais, en donnant à ceux-ci une qualification juridique au sens pénal du terme et en avançant les motifs qui justifieraient mon prétendu comportement ». Constatant qu'à son estime, la Cour de cassation s'est déjà prononcée en l'ayant déjà condamnée, la conseillère estime qu'aucune « intervention ultérieure de Votre Cour n'est plus concevable dans le respect de l'exigence d'apparence d'indépendance et d'impartialité », et regrette en conséquence de ne disposer d'aucun recours effectif (*La Libre Belgique*, 27 janvier 2009).

de l'affaire, a ouvert une information judiciaire à l'encontre du Premier président de la Cour de cassation pour violation du secret professionnel¹⁵⁷.

La présomption d'innocence – et, partant, le devoir de réserve – que doit respecter le juge pénal saisi d'un dossier ou en charge d'une instruction, s'impose également, avec une intensité variable, à tous les acteurs de la chaîne pénale, voire à toute autorité. Elle s'imposait donc au Premier président de la Cour de cassation, même si celui-ci ne siège pas personnellement dans les affaires relatives aux poursuites disciplinaires.

L'arrêt de la Cour de Strasbourg *Allenet de Ribemont c. France* du 10 février 1995 en offre un exemple éclairant¹⁵⁸. Les faits sont les suivants. Le 24 décembre 1976, Jean de Broglie, député et ancien ministre français, est assassiné. Cinq jours plus tard, à l'occasion d'une conférence de presse consacrée au programme pluriannuel d'équipement de la police nationale, le ministre de l'Intérieur, le directeur de la police judiciaire de la préfecture de police de Paris et le chef de la brigade criminelle évoquent l'enquête en cours. Ils annoncent que l'enquête est bouclée et présentent à la presse Patrick Allenet de Ribemont comme l'un des personnages-clés de l'affaire. Pourtant, en 1980, celui-ci bénéficie d'un non-lieu. Saisie par M. Allenet de Ribemont, la juridiction strasbourgeoise fait droit à sa demande de voir l'État français condamné pour non-respect de son droit à la présomption d'innocence: «La liberté d'expression, garantie par l'article 10 de la Convention, comprend celle de recevoir ou de communiquer des informations. L'article 6, § 2, ne saurait donc empêcher les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, mais il requiert qu'elles le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence» (§ 38). Et la Cour de conclure: «en l'espèce, certains des plus hauts responsables de la police française désignèrent M. Allenet de Ribemont, sans nuance ni réserve, comme l'un des instigateurs, et donc le complice, d'un assassinat. Il s'agit là à l'évidence d'une déclaration de culpabilité qui, d'une part, incitait le public à croire en celle-ci et, de l'autre, préjugait de l'appréciation des faits par les juges compétents. Partant, il y a eu violation de l'article 6, § 2» (§ 41).

III. CONCLUSIONS

50. Comme le constate Yves-Marie Morissette, «il n'y a pas si longtemps, la personne du juge s'effaçait entièrement ou presque derrière son rôle: en accédant à la magistrature, le juge quittait en quelque sorte le champ de bataille des droits pour monter sur les hauteurs [...]». L'accession à la magis-

¹⁵⁷ F. DELPIERRE, «Londers et Delvoie: la justice vise très haut», *Le Soir*, 3 juin 2010, pp. 2-3.

¹⁵⁸ Voy. notamment H. VUYE, «Het vermoeden van onschuld (art. 6.2 EVRM en art. 14.2 B.U.P.O.) dient door alle overheidsorganen gerespecteerd en niet alleen door de rechters», *C.D.P.K.*, 2009, pp. 110-116.

trature, et au redoutable pouvoir de juger ses semblables, ne se concevait pas sans un renoncement aux choses du monde »¹⁵⁹.

La situation présentait alors une apparence de clarté susceptible de séduire l'esprit en quête de cartésianisme : le juge, bouche de la loi et de rien d'autre, ne pouvait s'exprimer que dans son jugement. La réalité était toutefois bien différente, le système n'étant pas exempt de paradoxe. La loi tolérait ainsi déjà la double vie de certains magistrats, les uns autorisés à enseigner, les autres à mettre leur carrière entre parenthèses pour plonger dans la vie administrative ou politique. Il fallait donc distinguer deux catégories de juges, à l'instar des moines, ceux qui vivaient cloîtrés hors de la société et ceux qui pouvaient avoir des contacts avec le monde. Il faut même qualifier d'hypocrite le mode de nomination de ces magistrats, qui requerrait sinon une affiliation, du moins une accointance politique. Si l'institution du Conseil supérieur de la Justice, encore une conséquence de l'affaire Dutroux, a permis d'amoindrir la politisation des nominations, la situation est toutefois demeurée inchangée au sein des juridictions administratives¹⁶⁰.

Deux phénomènes ont érodé le vœu de silence du juge. D'un côté, le citoyen a exigé davantage d'humanité de la part du juge, notamment à l'égard des victimes. D'un autre côté, le juge lui-même s'est découvert homme et en a revendiqué les droits.

51. L'humanisation de la justice suppose que le juge descende de son piédestal. Il en va dans cette hypothèse davantage d'une attente de la société que d'une revendication du magistrat. Celui-ci ne peut toutefois pas effacer toute distance sous peine de perdre sa légitimité et sa capacité de juger. C'est ce que Christine Matray appelle « la juste distance » : « s'ils doivent s'ouvrir davantage au dialogue et au sens du service public, les juges devront toujours garder une juste distance avec ceux auxquels des drames individuels, ou simplement les hasards de l'actualité, donnent une tribune médiatique temporaire. La légitimité du combat des uns doit trouver, devant le juge, une pondération fondée sur la légitimité de la défense des autres »¹⁶¹.

¹⁵⁹ Y.-M. MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁶⁰ S'agissant de la Cour constitutionnelle, il ne saurait être question d'hypocrisie puisque la politisation de ses juges, si elle n'est pas affichée dans la loi et si elle est contestée par d'autres (voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 51-206/001), est pleinement assumée. La Cour constitutionnelle relève ainsi que « le législateur spécial a voulu que la Cour soit composée de manière équilibrée. Les équilibres qu'il a voulus sur les plans linguistique, politique et professionnel sont pleinement réalisés en l'occurrence dans un siège de douze juges. De tels équilibres constituent une garantie d'impartialité » (arrêt n° 157/2009 du 13 octobre 2009, B.6.). S'agissant du Conseil d'État, il convient néanmoins de rappeler que, dès l'origine, les auditeurs sont nommés dans le respect de l'ordre des résultats d'un concours qui garantit l'objectivité de leur recrutement. Voy. l'article 71 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Selon M. LEROY, les auditeurs sont « recrutés par un concours fort sélectif, organisé par le Conseil d'État, et à l'abri de toute influence politique » (*Contentieux administratif*, 4^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 149).

¹⁶¹ Chr. MATRAY, *Le chagrin des juges. Essai sur une crise exemplaire*, *op. cit.*, p. 158.

52. Reste la question qui était l'objet de cet article : quelle liberté d'expression pour le juge ? Ayant feuilleté les pages qui précèdent, le lecteur sera certainement resté sur sa faim. Le florilège de jurisprudence proposé dans une tentative de typologie ne permet en effet pas de tracer les contours exacts du champ de liberté reconnu au juge et encore moins de ce qu'il serait souhaitable de lui accorder afin d'optimiser le fonctionnement de la justice. Quant à la déontologie, sa mue en une déclinaison positive est encore dans les limbes.

Le Conseil consultatif des juges européens donne l'avis suivant, sous l'intitulé « Impartialité et comportement extra-judiciaire du juge » :

« Il ne paraît pas souhaitable d'isoler le juge du contexte social dans lequel il évolue : le bon fonctionnement de la justice implique que les juges soient en phase avec la réalité. De plus, en tant que citoyen, le juge bénéficie de droits et libertés fondamentaux que lui reconnaît, notamment, la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'opinion, liberté religieuse...). Il devrait donc, en règle générale, rester libre d'exercer les activités extra-professionnelles de son choix.

Néanmoins, ces activités présentent des risques pour son impartialité et même, parfois, pour son indépendance. Il est donc nécessaire de trouver un équilibre raisonnable entre le degré de l'engagement du juge dans la société et la préservation de son indépendance et de son impartialité ainsi que des apparences de cette indépendance et de cette impartialité dans l'exercice de ses fonctions. Dans cet ordre d'idée, la question qui devrait être toujours posée est celle de savoir si le juge, dans un contexte social précis et aux yeux d'un observateur informé et raisonnable, participe à une activité qui pourrait compromettre objectivement son indépendance ou son impartialité »¹⁶².

On l'a vu, ce Conseil se montre très réticent à l'égard de la participation des magistrats à des activités politiques¹⁶³. La distinction proposée entre les activités ou les engagements partisans, d'une part, et l'implication du juge dans la réflexion sur la politique judiciaire ou l'évolution législative, d'autre part, nous semble pertinente. Il nous paraît en effet que l'apparence d'impartialité est durablement compromise lorsqu'un magistrat affiche ses convictions politiques ou se met au service d'une tendance politique. Il serait donc urgent de repenser fondamentalement non seulement le détachement de magistrats au sein de cabinets ministériels mais aussi de progresser encore dans la dépolitisation des nominations.

Reste la question d'autres activités sociales qui impliquent que le juge s'exprime. Comment rassurer Jacques Englebert s'il devait un jour comparaître devant un juge qu'il n'aurait évidemment pas choisi et qui aurait exhibé certaines de ses opinions¹⁶⁴ ?

¹⁶² CCJE, avis n° 3, *op. cit.*, n° 27-28.

¹⁶³ Voy. *supra*, n° 26.

¹⁶⁴ Voy. *supra*, n° 16.

Ne faudrait-il pas s'interroger sur ce qui conduit certains citoyens à refuser de connaître les opinions de leur juge? Cette approche ne se fonde-t-elle pas sur une conception peut-être lucide mais certainement pessimiste de l'aptitude de la personne du juge à admettre la contradiction? Il est impossible de traiter de la liberté d'expression du juge sans citer « la tyrannie de l'apparence » de Paul Martens :

« Évidemment, objectera-t-on, il y a l'orgueil du juge : même qualifiée de provisoire, l'opinion qu'il a émise est la sienne et il en devient l'inflexible champion même s'il n'est pas judiciairement contraint de s'y tenir. Le législateur de l'ancien Code de procédure civile s'est montré fin psychologue lorsqu'il a considéré que, parmi les trois ordres d'idées auxquelles on peut ramener les causes de récusation, on trouve, outre les affections, les haines et l'intérêt personnel du juge : son amour propre.

Mais le juge qui, en 1996, croit encore qu'il écorcherait sa fierté s'il abandonnait les opinions qu'il a émises ou s'il revenait sur les solutions qu'il a envisagées, ce juge-là s'est trompé, sinon de métier, à tout le moins d'époque »¹⁶⁵.

Gageons qu'en quinze ans, les temps ont évolué positivement. Car en effet, si le juge entend s'exprimer et participer au débat, il doit en assumer les conséquences. À l'instar de l'impartialité, l'aptitude à la contradiction devrait avoir deux faces. L'une, interne, suppose que le juge soit capable de reconsidérer une position qu'il a adoptée. Qu'il puisse s'exprimer et débattre sans préjuger. L'autre, externe, requiert qu'il affiche suffisamment d'humilité pour admettre qu'il a changé d'avis. Mais s'il y parvient, le justiciable n'y gagnerait-il pas? Il pourrait en effet, connaissant l'opinion de son juge, l'amener à en changer. Ce serait alors, comme dans tout palais gothique, l'autre pilier sur lequel repose la justice, le débat contradictoire, qui viendrait conforter le premier, l'impartialité du juge¹⁶⁶.

¹⁶⁵ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », observations sous C.E.D.H., arrêt *Bulut c. Autriche*, 22 février 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 651. Dans le même sens, notamment à propos de l'éthique de la discussion chère à HABERMAS, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, spéc. pp. 426-431 ; S. MALENGREAU, « Montée en puissance et légitimité du juge dans une société fragmentée en quête de lien social », in *Le droit public existe-t-il?*, site collaboratif de recherche interdisciplinaire sur le droit public, <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/>.

¹⁶⁶ En ce sens, P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *op. cit.*, p. 653.