

JUGES, PROCUREURS, ORDRE JUDICIAIRE, QUO VADIMUS ?

(De la séparation des pouvoirs, des sphères juridictionnelles, du juge
« politique/manager » et de l'autonomie de gestion)

INTRODUCTION – DU CHOIX DU SUJET..... 4

**CHAPITRE 1^{ER}. – LE POUVOIR JUDICIAIRE ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS EN DROIT
CONSTITUTIONNEL BELGE – L'ART D'UN ÉQUILIBRE (FRAGILE) – THÉORIE
ET ÉVOLUTIONS..... 10**

**Prolégomènes.- A propos des théories classiques structurant le concept « État » à la base de la
Constitution de 1831 et du Pouvoir judiciaire dans celle-ci..... 10**

**Section 1^{ère}. – Relation entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État –
Indépendance du pouvoir judiciaire en tant que pouvoir de l'État..... 15**

Paragraphe 1^{er}.- Le principe de légalité 15

Paragraphe 2.- Interdiction de commissions et de tribunaux extraordinaires 17

Paragraphe 3.- La création, par la Constitution même, des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire..... 17

Section 2 – La fonction juridictionnelle – De l'unicité à la dispersion 19

Paragraphe 1^{er}. – Mil huit cent trente et un – Naissance de l'organisation constitutionnelle de la Belgique
..... 20

A) Des origines politiques de l'organisation constitutionnelle de la Belgique 20

B) La Constitution du 7 février 1831 22

1) Le contrôle juridictionnel exercé sur le Pouvoir exécutif..... 22

a) Point de départ – Fondements - L'héritage 22

b) Errements des fondements du contrôle judiciaire et son affaiblissement..... 24

2) Le contrôle juridictionnel exercé sur le Pouvoir législatif 30

a) Point de départ – Fondement - Héritage 30

b) Autocensure jurisprudentielle et divergences doctrinales 32

Paragraphe 2.- Mil neuf cent quarante-huit – Le Conseil d'État..... 34

A) Fondements lacunaires du contrôle judiciaire et ses limites 35

B) Juridictions administratives..... 38

1) Conseil d'État 38

2) Les Commissions juridictionnelles 40

Paragraphe 3.- Mil neuf cent quatre-vingt-trois – La Cour d'Arbitrage 45

A) Prémices..... 45

1) La primauté du droit conventionnel – L'invasion de normes de sources supranationales à effets
directs en droit interne – L'arrêt « Le Ski » du 27 mai 1971 et le contrôle de constitutionnalité 45

2) La fédéralisation de l'État unitaire belge - Règlement des conflits de compétence - Le Conseil
d'État et la Cour d'arbitrage..... 49

a) Le Conseil d'État 49

b) La Cour d'arbitrage 51

B) Juridiction constitutionnelle..... 53

1) La Cour d'arbitrage – Compétence élargie au respect des règles constitutionnelles garantissant
l'égalité devant la loi et la liberté d'enseignement, et interdisant les discriminations 53

2) La Cour constitutionnelle 55

Section 3. – Concentration du pouvoir juridictionnel 57

Paragraphe 1^{er}.- Concentration vis-à-vis du juge administratif 57

A) Le contentieux des droits subjectifs..... 58

1) La judiciarisation – Le contentieux social et le contentieux fiscal.....	58
a) Le contentieux social – le tribunal du travail	58
b) Le contentieux fiscal	60
2) Conflits d’attribution entre juridiction judiciaire et juridiction administrative	64
B) Le contentieux dit « objectif ».....	68
1) La théorie de « l’objet véritable du recours ».....	69
2) Le contrôle de pleine juridiction	69
3) Les exigences du procès équitables	71
Paragraphe 2.- Concentration vis-à-vis du juge constitutionnel.....	75

CHAPITRE II.- MYTHE ET RÉALITÉ DE L’ACTIVITE DE L’ORGANE JURIDICTIONNEL JUDICIAIRE AU XXI^{ÈME} SIÈCLE 79

Introduction 79

Section 1^{ère}. - De la protection constitutionnelle et légale du juge par un statut spécifique ... 79

Paragraphe 1 ^{er} .- Principes fondamentaux concernant l’indépendance du juge.....	79
A) Sources du droit	79
B) Lien entre indépendance fonctionnelle et impartialité	80
C) Distinction entre indépendance fonctionnelle et institutionnelle	82
Paragraphe 2.- L’indépendance fonctionnelle.....	82
A) Indépendance fonctionnelle externe	83
1) À l’égard du pouvoir exécutif.....	83
2) À l’égard du pouvoir législatif	83
a) Éventuelles violations de l’indépendance fonctionnelle par le pouvoir législatif	83
b) Interdiction de principe des lois rétroactives	84
c) Restriction de la liberté d’appréciation du juge par le législateur	85
B) Indépendance fonctionnelle interne.....	85
1) Vis-à-vis des cours et tribunaux supérieurs	85
2) Vis-à-vis du chef de corps.....	86
Paragraphe 3. – Quelques aspects concrets relatifs au statut du juge (individuellement)	87
A) Nomination et désignation de magistrats par des tiers	87
1) Nomination	87
2) Désignations.....	88
B) Nomination “à vie”	88
C) “Irrévocabilité”	89
D) Inamovibilité	89
E) Rémunération.....	92
F) Cumul de fonctions.....	92

Section 2.- De l’exercice hardi du pouvoir juridictionnel par le juge judiciaire..... 94

Paragraphe 1 ^{er} .- Conception classique de la tâche du juge en tant que « bouche de la loi »	94
Paragraphe 2.- Modification des conceptions de la tâche du juge.....	95
Paragraphe 3.- Modification du rôle de la Cour de cassation.....	97
Paragraphe 4.- Limites de la politique judiciaire.....	98

Section 3 - De l’exercice hardi de la parole par le(s) juge(s) – l’opinion autorisée ? 104

Paragraphe 1 ^{er} . - Associations de magistrats et organes consultatifs	104
A) Importance des associations de magistrats et leurs incidences	104
B) Les associations de magistrats en tant que laboratoire d’idées	105
C) Les associations de magistrats en tant qu’organisations syndicales.....	106
D) Conseil supérieur de la Justice et Conseil consultatif de la magistrature	108
E) Qui représente qui ?.....	109
Paragraphe 2. – Le juge individuel (magistrat)	110

Paragraphe 3.- Conséquence	113
Section 4.- Du juge « activiste » au juge « politique »	114
Paragraphe 1 ^{er} .- En interprétant la loi, le juge agit politiquement (Politeia).....	115
Paragraphe 2.- Les fonctions juridictionnelles (judiciaires) sont des fonctions politiques dans la Cité (Politeia).....	122
Paragraphe 3.- Façonnement de la fonction juridictionnelle par la logique de marché : Ordolibéralisme et Rechtstaatlichkeit	124
CHAPITRE III.- DU JUGE « POLITIQUE » AU JUGE « GESTIONNAIRE » - JUDICIAL SELF-GOVERNMENT DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE.....	129
Introduction - Judicial self-government dans l'ordre juridique belge	129
Section 1^{ère}.- Domaines traditionnels de coopération - Nominations judiciaires et discipline - Déplacement du centre de gravité opérationnel	130
Paragraphe 1 ^{er} .- Nomination judiciaire – Rôle du CSJ.....	130
Paragraphe 2.- Création des tribunaux disciplinaires	133
Section 2.- Gestion autonome et autonomie financière	136
Paragraphe 1 ^{er} .- La loi du 28 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire.....	136
A) Genèse sociologique et politique.....	136
B) Le projet de loi – Résistance et solutions.....	140
C) Une loi cadre	142
D) La tentative non aboutie d'une dotation pour la Cour de cassation	143
Paragraphe 2.- Structures de gestion	145
Paragraphe 3.- Modèle de gestion.....	146
Paragraphe 4.- Contrôle de l'utilisation des moyens alloués.....	148
Paragraphe 5.- Et maintenant ?	149
CONSIDÉRATIONS FINALES.....	152

INTRODUCTION – DU CHOIX DU SUJET

1. J'ai choisi de vous parler aujourd'hui d'un archipel, c'est-à-dire d'un ensemble d'îles relativement proches, certes connu mais néanmoins mystérieux : le « Pouvoir judiciaire belge », et de ses habitants. Encore que de ces derniers, l'excursion retiendra surtout une catégorie, les « juges », laissant de côté les « procureurs », les « avocats » et l'armée des autres métiers, souvent indispensables, le peuplant. Ce n'est point que ceux-ci soient de moindre importance mais c'est qu'ils font beaucoup moins parler d'eux, alors que les premiers cités sont sujet d'une littérature abondante et très variée. A dire vrai, dans l'imaginaire populaire ils symbolisent cet archipel¹.

Est à l'origine de ce choix, la relecture d'un discours prononcé par feu le procureur général Jean-Marie PIRET à l'audience solennelle de rentrée de la Cour le 1er septembre 1999, intitulé « Un siècle de réflexions sur la Justice », et rappelle les réflexions présentées depuis l'an 1900 par vingt-trois procureurs généraux près de la Cour à l'occasion de la rentrée judiciaire. Monsieur PIRET parcourra ainsi « *un itinéraire visant, avec quelque témérité, à être la "route des crêtes" des mercuriales des cent dernières années. Une route qui laissera nécessairement dans l'ombre la plus grande partie des paysages traversés, mais qui voudra mettre en lumière l'essentiel de ce qui, aujourd'hui encore, peut vous aider à éclairer l'avenir* »².

L'éminent orateur regroupe les propos examinés en douze thématiques, dont « La Cour de cassation » (section 3), les « Propositions de réformes » défendues par les procureurs généraux (section 6), « Les devoirs du juge » (section 7), « Le ministère public » (section 8), et « Les relations entre les pouvoirs » (section 12).

Dans cette démarche, le procureur général Piret a été précédé par le procureur général vicomte TERLINDEN, qui à la rentrée de la Cour le 2 octobre 1922 examinera « Cinquante années de discours de rentrée à la Cour de cassation de Belgique (1869 à 1922) »³. Ce sera l'occasion de mettre en évidence les travaux d'un de ses doctes aînés, le procureur général Charles FAIDER, qui de 1871 à 1885 consacra chaque année son discours de rentrée à un aspect de la Constitution.

Impressionné, TERLINDEN s'exclame : « C'est de la Constitution que, pendant quatorze ans, il [FAIDER] vous parlera, sans se lasser et sans vous lasser jamais. Il la connaît. Il l'aime. Il l'étudie sans cesse. Ah ! Messieurs, cette génération avait le culte de la Constitution. Elle savait ce qu'il avait fallu souffrir pour la conquérir. C'était le fruit d'innombrables efforts, de longs siècles de larmes et de sang. Elle la chérissait comme une mère aime l'enfant mis au monde dans la douleur. Elle sentait encore peser sur ses épaules meurtries le poids du joug de l'étranger. Ah! elle lui eût tout sacrifié ».

¹ Que Messieurs les référendaires Denis PATART et Floris PARREIN veuillent bien trouver ici ma sincère gratitude pour leurs apports substantiels à la présente mercuriale. Mes remerciements vont aussi à Madame le juge A. BOSSUYT, et, bien entendu, au Service de la concordance des textes, chargé de la traduction dans des conditions peu confortables ainsi qu'au secrétariat du Parquet.

² J.-M. PIRET, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour le 1^{er} septembre 1999.

³ G. TERLINDEN, « Cinquante années de discours de rentrée à la Cour de cassation de Belgique (1869 à 1922) », Discours de rentrée, 2 octobre 1922.

Et, en effet, la lecture de FAIDER est riche d'enseignements : ainsi il cite un sieur Blargnies, qui au cours de discussions relatives à l'institution du Sénat déclare : « Je veux que, dans notre Constitution, tous les pouvoirs, toutes les institutions quelconques, même le roi, soient des garanties populaires ; je ne vois que la nation et son plus grand bien, et je n'aperçois dans la chambre haute, dans la chambre des communes, dans l'hérédité du chef de l'État, dans les corps judiciaires, communaux et provinciaux, que des moyens de salut public, que des hypothèses de la liberté des peuples »

2. S'agissant pour moi de la dernière fois que j'aurai le privilège de pouvoir m'adresser à vous *es qualité*, je ne me déroberai pas à ce qui paraît bien être un devoir d'observateur averti inhérent à la fonction. L'incandescence des bouffées réformatrices qui secouent les structures du Pouvoir judiciaire, balayant le passé et donnant de l'avenir des tableaux impressionnistes, m'y invitent.

3. Revenons encore un instant à l'aperçu présenté par PIRET relatif à la relation entre les trois pouvoirs, qui a fait l'objet d'une dizaine de mercuriales, parmi lesquelles nous pointons plus spécialement les suivantes :

- En 1955, le procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, débuta son examen détaillé des conditions et des effets de l'immunité parlementaire par une l'affirmation qu'une des exigences essentielles d'un système démocratique est que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire puissent exercer leurs attributions librement et pleinement⁴ ;

- le procureur général DUMON se penchera en 1981 sur « Le pouvoir judiciaire, cet inconnu et ce méconnu. », pour insister notamment sur ce que chacun des pouvoirs constitués est doté par le pouvoir constituant d'attributions propres que les autres ne peuvent exercer⁵ ;

- le procureur général J. VELU, dans sa thèse sur la « Représentation et pouvoir judiciaire. » précisera en 1996 que, dès lors qu'aucun des trois pouvoirs ne peut déterminer lui-même les limites de ses compétences, aucun n'est donc per se souverain⁶ ;

- le procureur général Eliane LIEKENDAEL examinant en 1997 « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire »⁷ tient à souligner que si la séparation des pouvoirs, essentielle dans une démocratie, interdit toute immixtion de l'un dans les attributions d'un autre, elle n'interdit nullement leur coopération ;

- Ainsi par exemple, le juge doit appliquer la loi en tenant compte de l'objectif que ses auteurs ont voulu atteindre. Léon CORNIL avait en 1936 souligné par ailleurs le devoir des avocats et des magistrats de contribuer à l'amélioration de la législation, comme ils l'avaient fait en préparation de la loi du 15 mai 1912 relative à la protection de l'enfance⁸ ;

⁴ R. HAYOIT DE TERMICOURT, « L'immunité parlementaire », Discours de rentrée, 1^{er} septembre 1955.

⁵ F. DUMON, « Le pouvoir judiciaire, cet inconnu et ce méconnu », Discours de rentrée, 1^{er} septembre 1981.

⁶ J. VELU, « Représentation et pouvoir judiciaire », Discours de rentrée, 1^{er} septembre 1996.

⁷ E. LIEKENDAEL, « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire », Discours de rentrée, 1^{er} septembre 1997.

⁸ L. CORNIL, « La mission des magistrats et des avocats dans le domaine du droit pénal », Discours de rentrée, 1^{er} septembre 1936.

- De son côté, Ernest KRINGS, dans ses « Considérations sur l'État de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire »⁹ écrit en 1989 que le législateur doit veiller à ce que la loi soit applicable, et doter le pouvoir judiciaire des moyens nécessaires pour faire face à une législation de plus en plus touffue, complexe et envahissante ;
- Jaque VELU, dans sa mercuriale précitée de 1996 sur la « Représentation et pouvoir judiciaire » insistera sur la circonstance que bien que les magistrats ne soient pas élus, mais nommés par le Roi, le pouvoir judiciaire représente la Nation, lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions. Chaque juridiction est représentée par son chef de corps, et l'ensemble des chefs de corps des cours et de leurs parquets représente le pouvoir judiciaire.

Voilà donc rapidement et bien sommairement reprise, en guise de préambule à d'introduction, l'opinion de mes très estimés prédécesseurs. Vous constaterez de la sorte que depuis la création de la Cour de cassation, les magistrats qui ont eu l'insigne honneur et la non moins délicate voire difficile tâche de diriger un office tout entièrement dédié au service du Droit, de la loi qui n'en est que la mise en œuvre, et de la Cour, se sont de tout temps penchés sur la place que le Constituant nous a assignée parmi les corps constitués, sur nos missions spécifiques au sein de l'État belge et donc sur le statut accordé pour y satisfaire.

4. Ces dernières années des représentants du pouvoir judiciaire, du service public fédéral justice et de la cellule stratégique du ministre de la Justice sont les acteurs d'une refonte fondamentale dans les relations entre le Pouvoir judiciaire d'une part et les deux autres Pouvoirs constitués d'autre part. Le ministre de la justice va contractualiser avec des membres de l'ordre judiciaire les ressources dont ce dernier a besoin pour remplir ses missions, et son administration quitte pour une large part son rôle séculaire d'autorité de tutelle administrative. Cette réforme est contestée¹⁰. Nous y consacrerons le troisième et dernier chapitre.

La loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire¹¹, qui est au centre de ce qui prend parfois des aspects de lutte de pouvoir, est une loi-cadre, car si elle crée déjà un certain nombre de structures essentielles et mentionne quelques principes jugés importants par les réformateurs, elle fait néanmoins appel à une intervention nécessaire du législateur et du Roi pour insuffler vie à divers instruments centraux de gestion, tels les contrats de gestion, la détermination des budgets, etc.

⁹ E. KRINGS, « Considérations sur l'État de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire », Discours de rentrée, 1^{er} septembre 1989.

¹⁰ (ASM), courriel du 9 mai 2023 adressé aux chefs de corps e.a., et note y annexée où trois points sont abordés : d'abord la critique de la situation existante telle que déduite de la loi du 18 février 2014 ; ensuite la critique du projet proposé par le ministre ; enfin la proposition d'une révision de la loi, basée sur le *Plan pour une gestion autonome des cours et tribunaux et du ministère public* conçu par le précédent Collège des cours et tribunaux et qui a été rendu public le 26 juillet 2017.

¹¹ Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014, Moniteur belge du 4 mars 2014, 2^{ème} éd., p. 18.200.

Cette loi trouve son origine la plus récente dans l'accord du gouvernement Di Rupo du 1^{er} décembre 2011¹² et la note de politique générale « Justice » du 19 décembre 2011¹³. Le gouvernement y affirmait sa volonté de réaliser une Justice accessible, rapide et moderne, notamment en réaménageant le paysage judiciaire par une diminution importante du nombre d'arrondissements judiciaires (de 27 à 12), un renforcement de la mobilité des magistrats et du personnel, l'informatisation accélérée de la Justice et l'introduction d'un système de gestion autonome.

Deux lois importantes en résultèrent : la loi du 1^{er} décembre 2013 portant réforme des arrondissements judiciaires et modifiant le Code judiciaire en vue de renforcer la mobilité des membres de l'ordre judiciaire et la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire¹⁴.

5. A l'initiative de l'actuel Ministre de la Justice¹⁵, la loi du 18 février 2014 précitée a à nouveau été remise sur le chantier¹⁶. Le but reste invariablement le même : parvenir enfin à mettre cette loi-cadre effectivement et efficacement en œuvre. En est maintenant résulté un mécanisme, somme toute assez complexe, auquel l'on prête les potentialités sinon les vertus d'une large autonomie de gestion au profit de l'ordre judiciaire.

Le procédé de discussion mis en place à l'initiative du Ministre de la Justice et de son cabinet, avec le soutien des fonctionnaires du Service public fédéral Justice et porté par des délégués de l'ordre judiciaire issus des structures de coopération intra judiciaire opérationnelles déjà créées par la loi précitée, est original et chronophage. Les participants, dont pour d'aucuns la représentativité soulève question, ont fournis des efforts considérables ; le procédé est à bien des égards un changement de paradigme, dont le moindre n'est pas la façon de légiférer.

Dans cette trajectoire de réforme, les négociateurs répartis dans des groupes de travail ou réunis en assemblée plénière sous la direction de la cheffe de la cellule stratégique du ministre, se sont accordés sur des mises au point dans les nouvelles procédures de responsabilisation gestionnaires déjà prévues dans les structures judiciaires existantes, des mécanismes de contrôles, des rapportages etc. In fine, les délégués ont décidé la prise en

¹² Accord de gouvernement du 1^{er} décembre 2011, <http://premier.fgov.be>. À vrai dire, il y avait déjà eu des entreprises antérieures ; v. ci-après, Ch. III.

¹³ *Doc. parl.*, Ch., 2011-2012, n° 53-1964/002.

¹⁴ Moniteur belge du 4 mars 2014, 2^{ème} éd., p. 18.200.

¹⁵ Vice-Premier ministre et ministre de la Justice et de la Mer du Nord V. Van Quickenborne, Déclaration de politique 2.0 Justice plus rapide -plus humaine- plus ferme, [Microsoft Word - plan-pour-la-justice.docx \(usercontent.one\)](#), point 1.1.3.

¹⁶ K. GEENS, professeur de droit économique et avocat, prédécesseur de M. VAN QUICKENBORNE, s'y était également essayé (v. K. GEENS, « *Plan Justice Une plus grande efficacité pour une meilleure justice* », <https://www.koengeens.be/fr/politique/plan-justice>, avril 2015 ; du même, « *Court of the future : plus accessible et plus prompt et ainsi plus équitable* », <https://www.koengeens.be/fr/policy/court-of-the-future>, novembre 2017). L'organisation d'intenses négociations mirent en exergue, au fil des mois et des années, pour autant que de besoin, l'extrême ambition du projet et les énormes fossés, ne serait-ce qu'en termes de culture d'entreprise, séparant les divers acteurs réunis autour de la table mais unis dans une méfiance réciproque ; K. GEENS, « La justice en transition - État des lieux après quatre ans et demi de politique de réformes » publié le 25 avril 2019 par le Ministre, clôture la question comme suit : « *les étapes importantes qui ont été franchies dans le cadre de la gestion autonome devront être coulées dans la législation par le prochain ministre de la justice* » (p. 40).

main, par la magistrature, d'une série d'aspects du fonctionnement pratique des juridictions et parquets moyennant le transfert une série importante de compétences managériales.

6. Sous le dehors de questions apparemment essentiellement techniques se sont toutefois posées des questions fondamentales touchant au statut du pouvoir judiciaire et de ses membres. Elles avaient déjà, lors des travaux préparatoires à la loi cadre de 2014, retenu l'attention de certains magistrats, syndiqués ou non, et fait l'objet de critiques de principes. Ni le Conseil d'État ni la Cour constitutionnelle, saisies de recours, et a fortiori pas davantage le Parlement, furent impressionnés par ces critiques¹⁷ et mises en garde et la loi-cadre fut votée. S'entamèrent ensuite de longues négociations entre l'Exécutif et les équipes changeantes de la magistrature, ayant plutôt tant pour les uns que pour les autres les ingrédients d'un long calvaire au lieu des arômes de la félicité.

Ainsi, depuis 2014, toutes les juridictions et parquets à tous les niveaux sont devenus, pour les besoins de gestion, des « entités judiciaires ». Un « collège des cours et tribunaux » a en charge la détermination et la gestion des besoins desdites juridictions. Un « collège du ministère public » a la même mission à l'égard des parquets, auditorats, parquets généraux et auditorats généraux. La *Cour de cassation et son parquet* constituent ensemble une entité judiciaire gérée, comme toutes les autres entités judiciaires, par un comité de direction mais, à la différence des autres entités judiciaires, placé sous l'autorité et la direction commune des deux chefs de corps – premier président et procureur général.

La contractualisation des moyens accordés aux « entités judiciaires », prévue dans loi et dont la mécanique est maintenant en cours de finition, obligeant le président du *Collège des cours et tribunaux*, celui du *Collège du ministère public* ainsi que les deux chefs de corps de l'*Entité Cassation* à signer avec le ministre de la justice un contrat de gestion, fixant notamment des objectifs à atteindre en échange desquels des moyens sont alloués à leurs organisations respectives, est parmi les points clés de la réforme. Cette nouvelle culture d'entreprise va nécessairement de pair avec une mesure de la charge de travail et des organes centralisateurs collecteurs des besoins et distributeurs des moyens. Il peut être présumé que cette logique de marché ne saurait, si pas *de jure* du moins certainement *de facto*, rester sans incidence sur l'équilibre institutionnel voulu par le Constituant de 1831.

Observons encore que j'exerce à l'instar du premier président de la Cour un « mandat » limité à cinq ans. J'ai, à la différence du premier président, été évalué en cours de mandat. La désignation à ce mandat de cinq ans, non renouvelable, a été conditionnée par la rédaction d'un plan de gestion, sur la base duquel le Conseil supérieur de la Justice a proposé au Roi ladite désignation.

Tous les chefs de corps du Royaume connaissent un régime similaire : plans de gestion, mandats renouvelables (une fois), évaluations (à l'exception des présidents et premiers présidents de juridictions). Pour ce faire la Constitution a dû être adaptée.

¹⁷ V. *infra*, chap. III.

7. Une question parmi bien d'autres nous a donc spécialement interpellée: la loi de 2014, dans sa nouvelle mouture en voie de finalisation, modifie-t-elle encore plus radicalement les rapports aux deux autres Pouvoirs tels qu'ils sont esquissés dans la charte fondamentale originaire de 1831, constitutive de l'armature institutionnelle de notre pays ? Renforcement ou affaiblissement du Pouvoir judiciaire, avec une répercussion similaire sur la protection du justiciable et de notre ordre démocratique ? De même, quelles places occupent encore le Pouvoir judiciaire et particulièrement ses plus hauts représentants dans la perception qu'en ont les dirigeants dans les deux autres Pouvoirs ? Le procureur général près la Cour de cassation, qui rédige annuellement un rapport législatif¹⁸, ou le premier président, qui, avec le procureur général, assure et défend annuellement la rédaction d'un rapport d'activité de la Cour, très riche en de multiples renseignements sur la Cour et son parquet¹⁹, sont-ils encore, en raison de leurs positions organique, fonctionnelle et protocolaire de *primus inter pares*, les interlocuteurs privilégiés de l'Exécutif voire du Parlement, alors que tant d'organes, conseils et associations professionnelles ambitionnent d'être le porte-parole des magistrats voire du Pouvoir judiciaire ? De quel poids pèse encore l'Institution judiciaire dans le concert des deux autres Pouvoirs constitués ?

8. Enfin, et ceci n'est pas anodin dans le contexte de notre interrogation, rappelons qu'à côté de ce glissement dans les interdépendances entre l'Exécutif et le Judiciaire opéré récemment dans la législation organique de l'organisation matérielle de notre pouvoir judiciaire, s'observent dans le chef des magistrats, en tant que porteur d'une responsabilité sociétale et détenteur d'un pouvoir important d'influer sur la vie des gens et sur le cours des choses, des évolutions marquantes voire singulières.

La complicité décomplexée dans la judiciarisation prétorienne de problématiques telles que les crises migratoires engendrées par des dérèglements étatiques et des guerres civiles, la dégradation climatique et ses conséquences sur les écosystèmes, appelant une nouvelle infraction – « l'écocide », l'« écoterrorisme », comme vecteur de l'impuissance citoyenne, la gestion normative et judiciaire de la pandémie sars-covid 19, qui a pris des allures de débat de société sur arrière-fond de pratiques étatiques considérées liberticides²⁰, les sous-effectifs dans les juridictions et prisons, etc., à cause desquelles l'État doit se défendre devant les juridictions ordinaires, sont autant de thématiques, qui, a priori, ne relèvent pas des compétences matérielles légales traditionnelles du juge.

¹⁸ Consultable sur le site web de la Cour, www.cass.be.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Cons. l'ouvrage collectif : La pandémie de covid-19 face au droit, S. PARSA et M. UYTENDALE (dir.), Anthemis, 2020, notamment F. OST, « *Nécessité fait loi ? La santé n'a pas de prix ? Ce que le Covid fait au droit* », pp 17 et s. ; J. SOHIER, « *Réflexions sur le fonctionnement des juridictions : Conseil d'État et Cour constitutionnelle* », pp. 219 et s. ; L. KENNES et M. PREUMONT, « *La responsabilité pénale et la pandémie* », pp. 229 et s. Pour une approche très critique de l'attitude des juges, qui « loin de se comporter comme les gardiens des libertés individuelles dans un État de droit (...) ont, du moins pour l'instant, largement cautionné les atteintes qui leur sont portées », v. J.-P. CHAZAL, « L'État de droit : la fin d'une illusion ? », Editorial, Rec. Dalloz, 26 novembre 2020, n° 41.

En y ajoutant l'estompement des contours du devoir de réserve fait traditionnellement au magistrat ou encore l'appel au juge lanceur d'alerte voire activiste « politique », l'on mesure aisément l'ampleur des glissements²¹.

9. En conséquence de ce qui précède, nous allons tenter une esquisse de réponse, dans les limites autorisées par le présent discours, à la question de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, ces évolutions modifient discrètement mais sûrement, le dessin constitutionnel de la séparation des pouvoirs à la Belge ?

Pour y répondre, le propos se divisera en trois chapitres.

Dans le premier nous revisiterons la séparation des pouvoirs en droit (constitutionnel) belge, la place qu'y occupe le Pouvoir judiciaire et comment la fonction juridictionnelle, qui justifie son existence, a évolué ; sa dispersion a conduit à une concentration de pouvoir dans le chef du judiciaire.

Le deuxième chapitre se penche, d'abord, sur le « juge » dans notre régime constitutionnel, ensuite, sur l'impact que la dispersion des fonctions juridictionnelles, analysées dans le premier chapitre, a eu sur ses compétences et puis, de manière générale, j'y examine la mutation de son rôle dans une démocratie continentale européenne contemporaine.

Un troisième chapitre présentera succinctement le loi précitée de 2014, son contenu, pourquoi une partie des magistrats paraissent la porter activement et traitera de la nouvelle mutation tant du Pouvoir judiciaire que de ses organes.

Enfin, une brève conclusion avec quelques constats et les conséquences que je crois pouvoir en tirer arrondissent l'essai.

CHAPITRE 1^{ER}. – LE POUVOIR JUDICIAIRE ET LA SÉPARATION DES POUVOIRS EN DROIT CONSTITUTIONNEL BELGE – L'ART D'UN ÉQUILIBRE (FRAGILE) – THÉORIE ET ÉVOLUTIONS

Prolégomènes. - A propos des théories classiques structurant le concept « État » à la base de la Constitution de 1831 et du Pouvoir judiciaire dans celle-ci

10. Depuis l'Antiquité, Justice et Politique sont les deux faces d'une même médaille. Le pouvoir judiciaire – au sens contemporain – est personnifié par le Souverain et ses délégués, qui rendent justice en arbitrant.

²¹ F. THONET, « *Le rôle du juge dans la cité, un rôle exorbitant* », in Justine, Bulletin de L'Association Syndicale des Magistrats, décembre 2020, p. 3 et s. ; ce discours d'installation prononcé le 5 mars 2019 par Madame le président de chambre à la cour d'appel de Mons Françoise Thonet, qui admet le pouvoir « exorbitant » du juge, énonce notamment : « Si les juges ne sont pas toujours aimés, puisqu'ils exercent une sanction et une contrainte, rien n'est pire que de n'avoir pas de juge. Avoir un juge indépendant et impartial est une aspiration profonde que l'on constate aujourd'hui dans les pays où l'État de droit est délabré par la guerre et la corruption : comme le disait un collègue : 'la justice coûte cher ? Essayez l'injustice !' » (p. 6).

Le Pouvoir judiciaire contemporain est lui le fruit d'une longue évolution. Il va de pair avec, d'une part, la lente création du concept de « Justice » par le Droit et, d'autre part, la formalisation de droits multiples.

Le mérite revient sans doute, dans nos contrées, à la civilisation romaine, qui, après avoir développé le droit, en fait un système juridique assez développé. Ce ne sera pas la seule. Ailleurs, la Chine et le Japon, notamment, de même que les religions chrétiennes et musulmanes vont conceptualiser à leur manière d'autres régimes juridiques.

Du droit romain nous retiendrons les principales catégories juridiques que sont le *ius civile*, le *ius gentium* et le *ius naturale*. Et, aussi, que la vie de la Cité est organisée par le droit et par les premières constitutions romaine. Le droit canon, inspiré du droit romain, prend son essor au Moyen Âge, et constitue le premier régime juridique uniformisé. Il est, surtout, le premier à avoir des institutions organisées et stables, au sein desquelles des normes précises régissent la résolution des conflits dans les matières religieuses leur réservées. Le droit processuel moderne, tant pénal que civil, lui doit beaucoup. Bref, le modèle judiciaire, avec certes d'importantes variantes, adopté par la plupart des États à travers le monde ayant une certaine importance géographique, démographique et économique, est donc assez récent. Les Constitutions modernes en furent un des moteurs les plus puissants.

L'on retirera de ce bref excursus historique notamment que le monopole juridictionnel dans le chef d'un corps professionnel unifié constitué organiquement de cours et tribunaux est de facture récente et nullement une évidence historique immuable.

11. La Constitution belge est, sans conteste, un modèle d'une architecture étatique progressiste. Elle est une remarquable mise en œuvre originale du concept d'un État-Nation agissant au travers trois Pouvoirs majeurs, séparés de par leur fonctionnalité première : légiférer, exécuter et contrôler ou réparer le non-respect des actes posés par les deux précités²².

Petit rappel : Th. HOBBS²³ va identifier, au sein d'une structure « Étatique », deux « Pouvoirs » – les ministres de l'Administration générale et les ministre de l'Administration spéciale. Il est suivi de J. LOCKE²⁴ qui distingue trois Pouvoirs séparés: le législatif, l'exécutif et le fédératif. Ce dernier n'est pas le judiciaire.

²² Sa vertu, du moins apparente, exerce chez nombre de juristes attachés à une rationalité contrôlée dans l'exercice des pouvoirs une telle fascination que la déception de la voir quelque peu vidée d'une partie de son sens et de son essence n'en est que plus grande et peut conduire à des jugements sévères : « Conserver des règles de droit qui ne correspondent plus à la réalité mais qui la dissimulent derrière un joli paravent, c'est une manière de remplacer l'État de droit par l'État menteur » !, J. de CODT, « Notre Constitution, n'est-elle pas de plus en plus en porte-à-faux avec la réalité », *La Libre*, 14 septembre 2022, pp. 40-41. Au demeurant, l'on ne peut que souscrire à l'idée qu' « il est vital que les étudiants des facultés de droit et des instituts d'étude politiques soient et restent pesamment nourris de droit constitutionnel [de la Vème République] » (D. de BECHILLON, « Lire la Constitution » - *Autour de la 16^{ème} édition du Carcassonne & Guillaume* », in *La Semaine du droit*, LexisNexis, 2023, 1146. Cela ne vaut pas moins pour le citoyen et le politique.

²³ Th. HOBBS (1588-1679), *Léviathan*, chap. 23.

²⁴ J. LOCKE (1632-1704), *Deux traités du Gouvernement*, 1690.

Les philosophes des Lumières ont donné au monde la séparation des pouvoirs. Parmi ceux qui ont contribué à l'exprimer l'on retient généralement les écrits de Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, dit « Montesquieu », et plus particulièrement cet extrait de *l'Esprit des lois* :

« Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »²⁵.

Ainsi, à côté d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif, il thématise un pouvoir judiciaire autonome. Certes, dans l'ouvrage de Montesquieu, qui prend pour prétexte l'Angleterre mais qui vise en réalité aussi et peut-être surtout la France de Louis XV, monarque absolutiste, les choses ne sont pas aussi claires que ce que les auteurs-interprètes ultérieurs en ont fait. Mais l'idée centrale, fondatrice de nos États modernes, y est.

12. Notre Constitution va bénéficier de deux textes clés la précédant.

Il y a d'abord la Constitution française du 3-14 septembre 1791.

Assez curieusement, les Révolutionnaires de 1789 n'ont pas repris le subtil « check and balance » de Montesquieu, mais lui ont préféré une vision absolutiste de la « séparation des pouvoirs », inscrite dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Les pouvoirs sont alors conçus comme des éléments de souveraineté indivisibles. Dans le cadre des compétences attribuées par la Constitution, ils sont complètement autonomes et souverains ; toute influence d'un pouvoir sur un autre est exclue.

Pour ce qui est du judiciaire, les principales caractéristiques de cette vision absolutiste dans l'agencement des pouvoirs de l'État sont les suivantes :

(i) une séparation absolue des pouvoirs - une sorte de « monarchie républicaine » -, où le système parlementaire est rejeté et où les ministres n'ont aucune responsabilité politique devant l'Assemblée ;

²⁵ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI.- Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution, Chap. VI.- De la Constitution d'Angleterre.

- (ii) l'interdiction pour le juge de prendre connaissance des actes administratifs du gouvernement, ce qui a conduit à un système d'administration-juge, selon lequel le gouvernement administratif pouvait lui-même juger de la légalité de ses actes ;
- (iii) l'interdiction pour le juge d'exercer un contrôle sur la loi ;
- (iv) le référé législatif, qui prévoyait que le juge – lequel doit se limiter à l'application automatique et servile de la loi - se tournera vers le législateur en cas de doute sur le sens d'une disposition légale.

C'est, du reste, à la lumière de ces idées qu'il faut comprendre la création du Tribunal de cassation en 1790. Cette nouvelle institution a pour mission de « maintenir l'unité de la législation et d'empêcher la diversité de la jurisprudence ». En assurant le respect de la loi par les juges, le Tribunal de cassation doit sauvegarder le nouvel ordre juridique. Il est le bras armé du législateur, au nom duquel il contrôle le Pouvoir judiciaire.

13. Suit alors la Constitution du Royaume des Pays-Bas de 1815.

La Constitution belge doit, pour une bonne part, aussi se lire comme une réaction idéologique d'un *establishment* catholique et francophone au despotisme (éclairé) de Guillaume I^{er}, Roi des Pays-Bas.

Pour ce qui est du mode de règlement des conflits, la Constitution de 1815 ne reprend pas le système français « d'administration-juge ». Le juge civil s'estime compétent pour statuer sur les litiges de droit administratif. Il est, en principe, adhérent à une interprétation large de la compétence exclusive du pouvoir judiciaire pour statuer sur certains droits et demandes, indépendamment de la nature des parties et du fondement de leur relation juridique sous-jacente.

Toutefois, le décret sur les conflits du 5 octobre 1822 va indirectement restaurer l'« Administration-juge ». Lorsque l'Administration estime que le juge judiciaire est incompetent, elle soulève un conflit qui sera jugé par le Roi après audition du Conseil d'État. Résultat : dans plus de trois quarts des cas, le juge ordinaire a été déclaré incompetent dès qu'un acte administratif du gouvernement était en jeu.

Le décret n'a été appliqué qu'à quelques reprises et a été abrogé en 1844. En conséquence, la compétence des tribunaux civils pour traiter les affaires de droit administratif est rétablie.

La conception absolutiste des Révolutionnaires de 1789 quant à la tâche du juge vis-à-vis de l'œuvre législative va également déteindre sur les Pays-Bas royaux : la loi du 15 mai 1829 « houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving » interdit au juge de juger la valeur intrinsèque ou l'équité de la loi, de sorte qu'un contrôle du contenu de la loi est refusé au juge.

14. Et nous voilà arrivé à la Constitution belge de 1831 : *Trias politica* comme mécanisme de contrôle et d'équilibre.

La Constitution belge est à la fois thématique et ... pragmatique.

La Constitution ne contient certes pas de disposition explicite sur la séparation des pouvoirs²⁶, mais il s'avère néanmoins que la séparation des pouvoirs est ancrée dans la Constitution²⁷. La séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel non écrit qui découle notamment du Titre III de la Constitution²⁸.

Pour rappel, à l'origine, ce Titre III comprend :

- un premier chapitre dédié au Pouvoir législatif (act. art. 36 - Le pouvoir législatif [fédéral] s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat),
- un deuxième consacré au Pouvoir exécutif (act. art. 37 - Au Roi appartient le pouvoir exécutif [fédéral], tel qu'il est réglé par la Constitution) et
- un troisième, qui vise le Pouvoir judiciaire (act. art. 40 - Le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et tribunaux. Les arrêts et jugements sont exécutés au nom du Roi).

L'article 40 précité illustre aussi un autre principe : la séparation des pouvoirs n'est pas considérée comme absolue dans la Constitution belge : les fonctions des organes étatiques ne se bornent pas à leur fonction principale, de sorte que la séparation des pouvoirs (au sens des organes étatiques) est également la base de leur coopération, ce qui vise à protéger le citoyen en intégrant toutes sortes de freins et contrepoids²⁹.

Le but fondamental de cette organisation, dans une Constitution d'inspiration libérale, est de protéger le citoyen en mettant en place toutes sortes de freins et de contre-poids. Participe de ce but, l'établissement d'un Pouvoir judiciaire en tant que troisième pouvoir étatique distinct, autonome et indépendant.

²⁶ Selon la Cour de cassation, la séparation des pouvoirs est un principe général du droit (Voir e.a. Cass. 26 juin 1980, *Pas.* 1980, I, 1341, concl. VELU ; Cass. 21 mars 1985, *Pas.* 1985, I, 908, concl. VELU ; Cass. 19 décembre 1991, *Pas.* 1992, I, 316, concl. VELU ; Cass. 1^{er} juni 2006, *R.W.* 2006-07, 213, concl. DE SWAEF).

²⁷ A. ALEN, « De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen », dans *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Bruges, la Charte, 2010, p. 3, n° 2.

²⁸ Dans un avis du 3 octobre 1989, la section de législation du Conseil d'État a précisé que c'est au législateur qu'il appartient, en premier lieu, avec la représentativité dans laquelle il puise sa légitimité finale, de déterminer la portée précise en droit positif du principe de la séparation des pouvoirs, compte tenu des nécessités du présent et des conceptions prédominantes (*Doc. Parl. Chambre 1988-89*, n° 675/2, 5-6). Quatre procureurs généraux honoraires de la Cour de cassation y ont réagi en déclarant que la séparation des pouvoirs est un principe *constitutionnel*, de sorte que son sens et sa portée ne peuvent être déduits que de la Constitution elle-même et non de nouvelles décisions du pouvoir législatif, qui n'a aucune suprématie sur le pouvoir judiciaire qui lui permettrait de le contrôler (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, R. DELANGE, F. DUMON et R. CHARLES, « De grondwettelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht », *R.W.* 1990-91, 18). Voir à cet égard A. ALEN, « De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen », dans *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Bruges, la Charte, 2010, p. 6, n° 6.1-7.

²⁹ A. ALEN, « De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen », dans *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Deel 2*, Bruges, la Charte, 2010, p. 4, n° 3 ; J. GOOSSENS, « De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter », *T.B.P.* 2014, p. 276, n° 4.

Nous allons, dans les lignes qui suivent, examiner successivement ce que l'on peut dire, à l'aune des conceptions contemporaines, du concept de « l'indépendance du pouvoir judiciaire » par rapport aux deux autres pouvoirs constitués (1^{ère} section) et de l'évolution de la fonction juridictionnelle, qui justifie son existence (section 2).

Section 1^{ère}. – Relation entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État – Indépendance du pouvoir judiciaire en tant que pouvoir de l'État

15. Pour protéger l'indépendance « structurelle » du pouvoir judiciaire en tant que pouvoir étatique, la Constitution propose un certain nombre de garanties : (A) le principe de légalité qui protège l'indépendance des juridictions par rapport au pouvoir exécutif ; (B) l'interdiction de créer des commissions et des tribunaux extraordinaires et (C) la consécration, dans la Constitution elle-même, de l'existence de la plupart des juridictions du pouvoir judiciaire³⁰.

Paragraphe 1^{er}.- Le principe de légalité

16. Conformément à l'article 146 de la Constitution, nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi. Il peut être déduit de cette disposition que le Roi ne peut, de sa propre initiative, créer ou organiser une institution pouvant être qualifiée de « tribunal » au sens constitutionnel du terme, et qui pourrait exercer des compétences conférées au « tribunaux » par la Constitution³¹.

Les termes employés à l'article 146 de la Constitution indiquent que la disposition concerne toutes les juridictions du territoire du Royaume, c'est-à-dire aussi bien les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire que les juridictions disciplinaires et administratives. En ce qui concerne les juridictions administratives, la règle figurant à l'article 146 de la Constitution est répétée à l'article 161 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, développée à l'article 160³².

17. La Cour constitutionnelle et la section législative du Conseil d'État interprètent le principe de légalité de manière relativement stricte.

Selon la Cour constitutionnelle, seul le législateur peut régler les 'principes essentiels' des juridictions, et la Constitution exige une action législative pour la création de tribunaux, pour leur organisation au niveau juridictionnel (nombre de tribunaux, répartition en juridictions, compétences des tribunaux, composition du siège, etc) et pour le statut des juges. Une délégation au Roi n'est pas compatible avec le principe de légalité, hormis si la délégation est

³⁰ Voir e.a. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les garanties constitutionnelles de l'indépendance de l'autorité judiciaire », dans *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 543 e.s.

³¹ Cass. 21 décembre 1956, *Pas.* 1957, I, 430, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « De onafhankelijkheid van de rechtscolleges », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 25.

³² S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « De onafhankelijkheid van de rechtscolleges », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 25.

définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été déterminés au préalable par le législateur compétent³³.

18. Dans le même ordre d'idées, la section législation du Conseil d'État précise que les règles essentielles relatives à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure, en ce qu'elles participent de l'« établissement » d'une juridiction au sens de l'article 146 de la Constitution, doivent être fixées par la loi³⁴.

Des principes similaires s'appliquent naturellement à l'organisation des juridictions administratives par le législateur flamand. Dans son avis n° 53941/AV/3 du 17 octobre 2013, la section législative précise :

« Gelet op het intrinsieke belang van de regels inzake de samenstelling en de werkwijze van en de rechtspleging van de betrokken rechtscolleges, moeten ook deze regels ten minste in hoofdzaak bij decreet worden vastgesteld. Bijkomstige en meer gedetailleerde regels kunnen dan ook op een lager niveau worden bepaald, maar daarbij moet dan rekening worden gehouden met de vereiste onafhankelijkheid van de betrokken rechtscolleges ten aanzien van de uitvoerende macht. Uit dit laatste beginsel vloeit weliswaar niet voort dat geen enkel aspect van de inrichting en de werking van en de rechtspleging voor de betrokken rechtscolleges door de decreetgever aan de Vlaamse Regering kan worden gedelegeerd, maar op zijn minst zal telkens moeten worden nagegaan of de aan de Vlaamse Regering gedelegeerde regelingsbevoegdheid wel spoort met de vereiste onafhankelijkheid van het betrokken rechtscollege ten aanzien van de Vlaamse Regering.

Daarnaast is het ook mogelijk om de regeling van bepaalde aspecten van de inrichting en de werking van de rechtscolleges op te nemen in een huishoudelijk reglement of een reglement van orde dat wordt opgesteld door het betrokken rechtscollege (of door de algemene vergadering van de Vlaamse bestuursrechtscolleges). In dat geval kunnen evenwel enkel louter interne aspecten worden geregeld en geen aspecten die verplichtingen inhouden voor derden, zoals de procespartijen en hun raadslieden³⁵ ».

Ces principes ont conduit la section de législation du Conseil d'État à critiquer l'avant-projet de loi, dans son avis du 2 mars 2018 concernant la *Brussels International Business Court*, car elle n'a pas formalisé les exigences de maîtrise de la langue anglaise imposées aux membres de cette juridiction et a conféré au Roi, sans encadrement suffisant, le pouvoir de régler lui-même un certain nombre de questions importantes, comme le nombre de juges-experts non professionnels qui devraient siéger dans ce nouveau tribunal, ainsi que le fonctionnement et la composition de la commission chargée de la sélection de ces juges³⁶.

³³ Voir p.ex. C. const. 30 juin 2014, n° 98/2014, B.14.2 ; C. const. 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.40.1 ; C. const. 31 mai 2018, n° 62/2018, B.15.2.

³⁴ Avis C.E. n° 25.663/2, 12 mars 1997, *Doc. parl.* Sénat 1997-98, n° 939/1, 22.

³⁵ Voir p.ex. Avis C.E. n° 53941/AV/3, 17 octobre 2013, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, n° 2383/1, 173.

³⁶ Avis C.E. n° 62.411/2/AG, 2 mars 2018, sur un projet de loi instaurant la *Brussels International Business Court*, *Doc. parl.* Chambre n° 54-3072/1, p. 121 et 132-133. Voy. notre discours de rentrée traitant « *De la fiscalité transfrontalière et de l'apport de la Cour, de la Brussels International Business Court et des bitcoins* », *Mercuriale* 2018, Pasicrisie, T.II, 3 septembre 2018; Site-Web de la Cour de cassation ; *R.W.* 2018-19, n°16.

19. Le principe de légalité est également consacré à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui, en vue de garantir un procès équitable, requiert que le tribunal indépendant et impartial soit établi par la loi³⁷. Même la Cour européenne des droits de l'Homme estime qu'une délégation est possible, mais elle fixe des conditions relativement strictes. Ainsi, le rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme, en la cause *Zand c. Autriche* indique que l'article 6 de la Convention « *does not request the legislature to regulate each and every detail in this field by formal act of Parliament, if the legislature established at least the organisational framework for the judicial organisation* » (propre soulignement)³⁸. VAN DROOGENBROECK en VELAERS relèvent à juste titre que cette jurisprudence est remarquable, parce qu'elle rompt avec l'indifférence de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard de la source formelle des normes qui limitent ces droits fondamentaux³⁹.

Paragraphe 2.- Interdiction de commissions et de tribunaux extraordinaires

20. Outre le principe de légalité, l'article 146 de la Constitution dispose qu'il ne peut être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit.

Dans son avis 62.411/2/AG du 2 mars 2018, la section de législation du Conseil d'État insiste que cet article interdit au législateur de créer des instances occasionnelles ou des instances revêtant un caractère politique qui statueraient sur des cas définis individuellement et qu'il empêche l'instauration de juridictions ad hoc pour des individus ou des situations particulières. L'interdiction d'instituer des tribunaux extraordinaires doit également être lue en combinaison avec l'article 144 de la Constitution, en ce sens qu'il interdit l'instauration d'un tribunal autre que les cours et tribunaux mentionnés par la Constitution, pour l'exercice des compétences que l'article 144 réserve exclusivement aux cours et tribunaux⁴⁰.

L'interdiction prévue à l'article 146 de la Constitution doit se lire en combinaison avec l'article 13 de la Constitution (Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne) et, plus largement, avec le principe d'égalité⁴¹.

Paragraphe 3.- La création, par la Constitution même, des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire

³⁷ Cour eur. D.H. 22 juin 2000, *Coëme et crts. c. Belgique*, r.o. 98 ; Cour eur. D.H. 27 octobre 2009, *Pandjigidze et crts c. Georgie*, r.o. 103-105.

³⁸ Cour eur. D.H., requête n° 7360/76, *Zand c. Autriche*, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports, 15, p. 70, 97.

³⁹ S. VAN DROOGENBROECK en J. VELAERS, « De onafhankelijkheid van de rechtscolleges », in X. DE RIEMAECKER en R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Brugge, die Keure, 2020, 29.

⁴⁰ Avis C.E. n° 62.411/2/AG, 2 mars 2018, sur un projet de loi instaurant la *Brussels International Business Court*, *Doc. parl.* Chambre n° 54-3072/1, p. 101.

⁴¹ S. VAN DROOGENBROECK en J. VELAERS, « De onafhankelijkheid van de rechtscolleges », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 31.

21. Le pouvoir conféré au législateur par l'article 146 de la Constitution de créer des tribunaux est considérablement limité par la Constitution elle-même qui, au chapitre 6 du Titre III, crée les cours et tribunaux constituant le pouvoir judiciaire en vertu de l'article 40 de la Constitution⁴².

Il va sans dire que le législateur ne peut supprimer un tribunal créé par la Constitution elle-même ; cela nécessite une révision constitutionnelle préalable⁴³. Toutefois, dans le cadre du changement de nom des tribunaux de commerce, le Conseil d'État a mis en garde contre un formalisme excessif⁴⁴.

22. Le chapitre 6 du Titre III de la Constitution ne fait pas allusion à la création par le législateur d'une juridiction totalement nouvelle. La section de législation du Conseil d'État défend l'existence d'un *numerus clausus*, qui implique qu'aucun tribunal autre que ceux visés au chapitre 6 du Titre III de la Constitution ne puisse être établi pour connaître des contestations dont la Constitution accorde le monopole au pouvoir judiciaire, notamment les contestations sur les droits civils subjectifs (Const., art. 144)⁴⁵.

L'ancien procureur général LECLERQ a également défendu l'existence d'un *numerus clausus*⁴⁶, qui prive le législateur de tout pouvoir réel d'établir *ex novo* un nouveau type de juridiction et a ainsi le mérite de protéger de la manière la plus efficace le pouvoir judiciaire et son monopole sur les contestations sur les droits civils subjectifs⁴⁷. Certaines réformes peuvent être évaluées de manière critique sur la base du principe du *numerus clausus*. VAN DROOGENBROECK et VELAERS font à juste titre référence dans ce contexte à la création par le législateur du tribunal d'arrondissement⁴⁸ et des tribunaux disciplinaires, qui ont été instaurés par la loi du 15 juillet 2013 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline⁴⁹.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Voir p.ex. la révision du 17 décembre 2002, *M.B.* 31 janvier 2003 (suppression des juridictions militaires permanentes).

⁴⁴ Avis C.E. n° 61995/1/2/3, 9 octobre 2017, sur un projet de loi portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.* Chambre n° 54-2828/1, 169 : « *il convient de relever que cette disposition constitutionnelle [Const., article 157, al. 2] ne s'oppose pas à ce que la dénomination des tribunaux de commerce soit modifiée, mais uniquement à ce que ces tribunaux soient supprimés ou à ce qu'ils soient privés de l'essentiel de leurs compétences. En effet, les mots "tribunaux de commerce" ont une signification générique dans cette disposition constitutionnelle, tout comme les mots "juridictions militaires" et "juridictions du travail" qui y figurent* ».

⁴⁵ Voir Avis C.E. n° 62411/AG, 2 mars 2018, *o.c.*, p. 100-101.

⁴⁶ Note sous Cass. 27 septembre 1928, *Pas.* 1928, I, 231, citée par J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, II, Bruges, la Chartre, 2019, 104.

⁴⁷ S. VAN DROOGENBROECK et J. VELAERS, *o.c.*, 33.

⁴⁸ Le tribunal d'arrondissement, juridiction créée par le législateur sans existence constitutionnelle, a été créé contre l'avis du Conseil d'État (Avis C.E. du 18 juin 1963 sur un projet de loi instituant le Code judiciaire, *Doc. Parl.* Sénat 1963-64, n° 60, 780-783). L'ampleur du coup final que cette institution a porté au *numerus clausus* est limitée par le fait que les compétences du tribunal d'arrondissement se limitent au règlement des conflits en matière de compétence et ne concernent pas les jugements sur les contestations prévues à l'article 144. de la Constitution (S. VAN DROOGENBROECK et J. VELAERS, *o.c.* 34).

⁴⁹ L'article 157 de la Constitution n'a pas été modifié afin d'ancrer dans la Constitution l'existence des tribunaux disciplinaires, instaurés par la loi du 15 juillet 2013 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline. Il s'agit bel et bien de considérer ces juridictions comme faisant partie de l'ordre judiciaire, car, dans le cas contraire, l'article 152 de la Constitution, en vertu duquel aucun juge ne peut être privé de sa place ni

Section 2 – La fonction juridictionnelle – De l’unicité à la dispersion

23. La science politique et le droit constitutionnel modernes enseignent que la séparation des Pouvoirs implique, non point l’autonomie de chacun d’eux vis-à-vis des autres, mais une *interdépendance organique réciproque* et, surtout, un *partage fonctionnel*⁵⁰.

suspendu que par un jugement, serait gravement violé (S. VAN DROOGHENBROECK en J. VELAERS, o.c.). La section de législation du Conseil d’État était particulièrement critique quant à l’absence de consécration de ces nouvelles juridictions dans la Constitution : « *Le Conseil d’État, section de législation, se doit à présent de constater que la création des tribunaux disciplinaires ne s’est pas accompagnée d’une révision des articles 152 et 157 de la Constitution ; au cours des travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 2013, il a été estimé qu’une telle révision n’était pas nécessaire pour pouvoir adopter le nouveau dispositif en matière de tribunaux disciplinaires. Les dispositions contenues au chapitre 4 de la proposition de loi visant à apporter des modifications techniques à la loi du 15 juillet 2013 et le législateur ayant pris position concernant la constitutionnalité du nouveau régime disciplinaire, le Conseil d’État s’abstient de se prononcer sur cette question. Il n’est donc notamment pas examiné si le texte actuel de la Constitution permet ou non la création d’un nouveau type de juridiction au sein du pouvoir judiciaire, si les tribunaux disciplinaires peuvent également se composer de membres du ministère public ou de juges non professionnels et si le mandat des membres des tribunaux disciplinaires peut être limité dans le temps. La Cour constitutionnelle devra, le cas échéant, se prononcer sur ces questions dans les limites de sa compétence.* » (Avis C.E. n° 55.394/3 sur une proposition de loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de Justice, *Doc. parl. Chambre*, n° 53-3356/4, 14).

⁵⁰. Voy. par exemple A. ALEN, « ‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten? », dans *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en schone kunsten van België*, Bruxelles, 1990, p. 7.

La Cour elle-même, à tout le moins son parquet, a souligné l’inexactitude de la conception réductrice de la séparation des pouvoirs. Dans ses conclusions précédant l’arrêt de la Cour du 21 décembre 1956, le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH exposait ainsi :

« Le principe de la séparation des pouvoirs, qui a longtemps guidé le droit public belge et français et qui est, à juste titre, considéré aujourd’hui encore comme une sauvegarde fondamentale pour l’exercice des libertés individuelles, nous a habitués à admettre que l’acte de juridiction correspond à l’une des trois fonctions de l’État, qu’accomplissent respectivement les institutions distinctes mentionnées dans la Constitution et qui se réalisent par des actes d’une nature propre. Mais, quand on étudie la compétence des organes étatiques qui, aux termes des articles 26, 29 et 30 de la Constitution, exercent respectivement le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, on est nécessairement amené à admettre que cette séparation des pouvoirs est, en droit belge, loin d’être absolue. Ce n’est qu’une autonomie relative qui permet, comme l’écrit Orban, d’éviter toute domination d’un pouvoir sur l’autre. Il y a de multiples chevauchements de compétence et une interpénétration fréquente de l’action des organes qui exercent ces pouvoirs dans le domaine soi-disant réservé aux autres.

Ainsi, le Roi, à qui appartient, sous le couvert de la responsabilité ministérielle, le pouvoir exécutif, a le droit d’initiative, le droit d’amendement et le droit de sanction, qui sont des actes de législation. Il a le pouvoir réglementaire qui, du point de vue matériel, relève de l’action législative. Par l’effet de la grâce, il peut annihiler certains effets des décisions des cours et tribunaux en matière répressive.

Les Chambres, qui exercent collectivement avec le Roi le pouvoir législatif, consacrent une importante part de leur activité au contrôle de l’action gouvernementale, qui n’est pas une action de législation. Lorsqu’elles votent le budget et la loi des comptes, elles font, en forme de loi, des actes de nature administrative. Elles accomplissent aussi des actes de haute tutelle, ainsi que des actes de juridiction. Elles peuvent, par l’amnistie, supprimer les traces et les effets des condamnations répressives prononcées par le juge.

Les cours et tribunaux, eux-mêmes, dont le constituant a pourtant fait – par égard pour leur qualité de protecteur des droits individuels – le pouvoir le plus indépendant des autres et qui, par ailleurs, exercent, dans un certain isolement institutionnellement organisé, des fonctions qui conservent un grand caractère d’unité, font autre chose que des actes de juridiction, lorsqu’ils accomplissent leur mission légale de “juridiction gracieuse”.

Quant à l’acte de juridiction, il est accompli exceptionnellement par les assemblées parlementaires ; chaque Chambre vérifie, en effet, les pouvoirs de ses membres et juge les contestations qui s’élèvent à ce sujet ; la Chambre des représentants juge, sans recours ultérieur, les comptes lorsqu’un arrêt de la cour des comptes a été cassé par la cour de cassation. Plus exceptionnellement encore, l’acte de juridiction est accompli par les

L'interdépendance organique est documentée par les constitutionnalistes. C'est un subtil mélange d'autonomie et de collaboration, dosées à des degrés divers selon les Pouvoirs en cause. De ce point de vue, le Pouvoir judiciaire est assurément le plus interdépendant des trois ; il n'est que de penser au fait que ses membres sont nommés par le Roi ou encore à celui que, à la manière des cultes, son temporel est en grande partie aux mains de l'exécutif.

Le *partage fonctionnel* se manifeste quant à lui par l'absence de correspondance stricte entre les Pouvoirs et les fonctions qu'on leur assigne traditionnellement. Certaines fonctions requièrent une collaboration entre les organes de divers pouvoirs. L'exemple classique est naturellement celui du concours du Roi à l'exercice de la fonction législative et, par son pouvoir de gracier, à celle de juger. Parfois aussi, une même fonction est exercée concurremment par des organes relevant de divers Pouvoirs. C'est assurément le cas de la fonction juridictionnelle qui, de quasi-monopole du Pouvoir judiciaire, se retrouve aujourd'hui atomisée entre plusieurs ordres distincts de juridictions.

On se propose, dans les lignes qui suivent, d'examiner plus en détail comment, pour le Pouvoir judiciaire, ces deux aspects de la séparation des pouvoirs se manifestent. Pour la commodité du propos, on aborde, dans un premier temps, la question du partage de la fonction juridictionnelle. L'interdépendance organique suit dans un second temps.

24. Le Congrès national avait réservé pour l'essentiel la fonction de juger au Pouvoir judiciaire. Depuis 1831, il s'est toutefois produit une dispersion de cette fonction, qui voit d'autres institutions relevant d'autres Pouvoirs se livrer à des activités juridictionnelles (§ 1^{er}).

On eût pu craindre que la fonction juridictionnelle perdît en efficacité à force d'éparpillement. Il n'en fut rien. Au contraire, il s'est trouvé, par une manière de paradoxe, renforcé, concentrant l'essence de cette fonction (§ 2). En effet, à mesure qu'ont été créées des juridictions administratives et constitutionnelles, le Pouvoir judiciaire est apparu seul dépositaire de la plénitude du contrôle juridictionnel.

Paragraphe 1^{er}. – Mil huit cent trente et un – Naissance de l'organisation constitutionnelle de la Belgique

25. Le récit du devenir de la fonction juridictionnelle tient en trois dates : Mil huit cent trente et un (A), mil neuf cent quarante-six (B) et mil neuf cent quatre-vingt-trois (C).

A) Des origines politiques de l'organisation constitutionnelle de la Belgique

26. La Belgique moderne est fille de la Révolution française, non point que ses populations s'y fussent ralliées d'enthousiasme, mais par le fait qu'elle détermina indirectement son indépendance. Le processus fut long ; il fut violent. Nombreux sont les villages, aujourd'hui

assemblées politiques que sont les conseils provinciaux ; ceux-ci statuent, en effet, sur la validité des élections provinciales, vérifient les pouvoirs de leurs membres et jugent les contestations qui s'élèvent à ce sujet » (*Pas.*, 1957, I, p. 433-434).

paisibles, qui furent témoins de batailles sanglantes. Jemappes ; Fleurus, qui donna la future Belgique à la France ; Waterloo, évidemment, qui scella le sort de l'Empire.

L'absorption par la République, consommée par le décret du 9 vendémiaire an IV, avait produit ses effets pendant presque vingt ans lorsque, le 6 avril 1814, Napoléon abdiqua, entraînant la reddition des places fortes qui tenaient encore. « Le 5 mai 1814, l'évacuation de la Belgique était complète »⁵¹ ; son territoire, occupé par les puissances coalisées, devenait l'enjeu d'intenses tractations que ne troublèrent que brièvement les Cent-Jours⁵².

Acteur de second plan d'un jeu diplomatique dont les premiers rôles étaient tenus par l'Angleterre et la Prusse, Guillaume I^{er} fut placé à la tête d'un royaume englobant les territoires de la future Belgique. Amalgame de populations hétérogènes, sa vertu première était de servir de tampon militaire entre les vainqueurs et le vaincu de Waterloo.

Enjeu des intrigues des grandes puissances, Guillaume I^{er} dirigeait également les siennes propres. Il sut, entre autres, jouer des divisions entre catholiques et libéraux pour asseoir son pouvoir⁵³.

Divide ut regnes. L'application du principe machiavelien permit de conforter la domination hollandaise sur les territoires de la future Belgique. Du moins jusqu'à ce que catholiques et libéraux, scellant un improbable pacte, dirigeassent leur animosité contre Guillaume I^{er}. Cette conjonction momentanée d'intérêts entraîna non seulement la révolution de 1830 mais aussi, perdurant jusqu'à l'issue des travaux du congrès national, elle rendit possible l'adoption d'une

⁵¹ H. PIRENNE, *Histoire de Belgique*, t. VI, Bruxelles, 1926, p. 216.

⁵² Les Cent Jours correspondent à la période pendant laquelle Napoléon 1^{er} tente de restaurer l'Empire. Après son abdication le 6 avril 1814, Napoléon est exilé sur l'île d'Elbe, à proximité de sa Corse natale, qu'il peut administrer en souverain. Il s'enfuit le 26 février 1815 et débarque, avec quelque 1 100 hommes, le 1^{er} mars, à Golfe-Juan près de Fréjus (Provence). Les puissances coalisées réunies à Vienne décident de le mettre hors-la-loi et lui déclarent la guerre. Il est vaincu à Waterloo le 18 juin 1815 et doit abdiquer une seconde fois. Le roi Louis XVIII regagne Paris le 8 juillet. L'empereur est exilé comme prisonnier dans l'île de Sainte-Hélène (dans l'océan Atlantique sud), où il décède le 5 mai 1821.

⁵³ J.-J. THONISSEN, Préface à la deuxième édition de *La Constitution belge annotée*, Bruxelles, 1876. Il écrit : « Dans les premières années du royaume des Pays-Bas, les catholiques s'étaient montrés peu favorables aux libertés publiques. Leurs chefs avaient repoussé, comme attentatoire aux droits de l'Eglise, la Charte constitutionnelle que, sous le nom de Loi fondamentale des Pays-Bas, Guillaume I^{er} avait imposée aux Belges. Les évêques avaient solennellement réclamé le monopole de la liberté religieuse, l'exclusion des dissidents des emplois publics en rapport direct ou indirect avec le culte, la proscription de la liberté de la presse, l'entrée du clergé dans les assemblées nationales et provinciales à titre d'Ordre reconnu dans l'Etat, une dotation fixe pour l'Eglise et la direction souveraine de l'instruction publique. Dans le domaine des intérêts religieux, c'était à peu près le retour pur et simple à l'ancien régime. On devine sans peine l'effet que ces revendications inattendues exercèrent sur l'esprit et sur l'attitude des libéraux. En voyant les évêques belges réclamer des privilèges qu'on croyait à jamais anéantis par la révolution française, ils se placèrent résolument du côté du monarque hollandais et calviniste. Partisans convaincus des libertés modernes, ils acceptèrent avec empressement la Loi fondamentale repoussée par leurs adversaires. Egarés par la crainte de voir ressusciter les lois oppressives de l'Ancien Régime, ils prêtèrent, dans la sphère des intérêts religieux et moraux, un appui peu éclairé aux envahissements du pouvoir ministériel. Les mesures les plus arbitraires, les actes les plus despotiques obtenaient leur assentiment aussitôt que, de près ou de loin, ils tendaient à restreindre l'influence ou l'autorité de la hiérarchie catholique. »

Constitution dont on s'accorda, par la suite, à souligner le caractère profondément moderne et novateur.

Henri PIRENNE, qu'il convient de citer ici longuement, écrit à propos de la Constitution: « Un concours de circonstances aussi extraordinaire que fugitif a entouré sa naissance. A vrai dire, elle est une réussite. Sans l'accord momentané du catholicisme libéral et du libéralisme politique, elle eût été impossible. Elle se trouve pour ainsi dire au point de croisement de deux courants d'idées qui avaient divergé dans le passé comme ils devaient diverger dans l'avenir, et elle a bénéficié de leur rencontre momentanée. L'union des catholiques et des libéraux conclue en 1828 n'eût plus été concevable après la publication, en 1832, de l'encyclique lancée par Grégoire XVI contre les libertés modernes, si bien que la constitution belge s'explique en réalité par sa date. Elle est le fruit de l'alliance imprévue qui unit en un même enthousiasme pour la liberté les fidèles et les adversaires de l'Église. Lamennais fut l'instrument de la brève entente des catholiques belges avec les libéraux ou, plutôt, il les transforma pour un instant en libéraux. Il importe peu que les uns aient revendiqué la liberté en faveur de la société religieuse, les autres, en faveur de la société civile. L'essentiel est qu'ils la revendiquèrent en commun. Leurs buts lointains différaient, leur but immédiat était le même, et de cette collaboration, dans laquelle chaque parti avec une bonne foi entière céda aux désirs de l'autre, sortit l'œuvre commune qui, ayant confondu en un seul deux programmes, ayant donné à chacun ce qu'il demandait, ayant prodigué les libertés à l'Église comme elle les prodiguait aux citoyens, n'ayant ni marchandé, ni restreint, ni chicané, trouva finalement sa sauvegarde dans les satisfactions qu'elle donnait à tout le monde »⁵⁴.

B) La Constitution du 7 février 1831

1) Le contrôle juridictionnel exercé sur le Pouvoir exécutif

a) Point de départ – Fondements - L'héritage

27. La contestation, qui bruissait depuis plusieurs années, se mua en révolution à l'automne 1830. Le 10 octobre 1830, six jours à peine après avoir déclaré l'indépendance, le gouvernement provisoire qui « s'était constitué à Bruxelles durant les combats qui fin septembre 1830, opposaient les Bruxellois à l'armée »⁵⁵, avait convoqué 46.099 électeurs – sur une population de quelques 3.875.000 habitants. Une trentaine de milliers votèrent effectivement le 3 novembre suivant, élisant un congrès national. Composé de deux cents notables. Il commença ses travaux le dix du même mois.

La principale mission du Congrès national était de donner une Constitution au pays. Il ne partait pas de rien. En effet, au moment même où il déclarait l'indépendance, le gouvernement provisoire avait créé une commission qu'il avait chargée de rédiger le projet de constitution. Le Congrès put ainsi s'appuyer sur les travaux de cette dernière.

⁵⁴ H. PIRENNE, *op. cit.*, p. 442-443. Comp. X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1986, p. 95.

⁵⁵ J. GILISSEN, « La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence », *Res Publica*, 1968, p. 112.

La commission comportait « quatorze membres ; sept seulement y siégèrent d'une manière permanente ; quatre autres n'assistèrent qu'à une ou quelques séances, les trois derniers n'y vinrent pas. Tous étaient des juristes, à l'exception de Charles de Brouckère, qui avait toutefois une longue pratique des questions parlementaires, étant depuis longtemps membre des États Généraux »⁵⁶.

Comme le note GILISSEN, « la commission a travaillé du 12 au 16 octobre, soit en tout cinq jours. L'avant-projet rédigé par Devaux et Nothomb, fut approuvé – sans modifications substantielles, semble-t-il, par la Commission, puis remis comme projet, le 27 octobre, au Gouvernement provisoire. Il restait à faire approuver le projet par le Congrès National. [...] La discussion du projet de Constitution ne commença que le 4 décembre 1830 ; elle se termina le 7 février 1831 par le vote de l'ensemble du texte. Les discussions durèrent donc deux mois, décembre 1830 et janvier 1831 »⁵⁷.

L'auteur poursuit : « En réalité, le Congrès National ne s'occupa activement que d'un nombre très limité de problèmes. Surtout la question du Sénat fit l'objet de longues discussions, du 4 au 18 décembre, puis celle des « droits des Belges ». Les autres matières furent traitées très rapidement ; le plus souvent le Congrès national se contenta d'entériner le projet de la Commission de Constitution »⁵⁸.

28. La Constitution de 1831, conçue dans les conditions que l'on vient de rappeler, empruntait largement, on l'a déjà dit, aux textes constitutionnels antérieurs : la Loi fondamentale hollandaise de 1815, la Charte constitutionnelle française de 1830, la Constitution française de 1791 ou encore au droit anglais. Il a été affirmé que seul dix pour cent de son texte était original⁵⁹.

Les dispositions qui régissent la fonction juridictionnelle figuraient sous le Chapitre III, « Du Pouvoir judiciaire », du titre III, « Des Pouvoirs », aux articles 92 et 93. Ces textes sont le pendant des actuels articles 144 et 145. Ils prévoyaient, le premier, que « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux », le second, que « les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ».

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 132 : « Mais, dans les limites de la recherche des sources formelles du texte constitutionnel, nous pouvons constater, grâce aux procès-verbaux de la Commission de Constitution, que : a) environ 40 % des dispositions sont plus ou moins textuellement empruntées à la loi fondamentale des Pays-Bas, de 1815 ; b) environ 35 % sont repris à la Charte constitutionnelle française de 1830 qui, à quelques articles près, n'est que la "Charte octroyée" de 1814 ; c) environ 10 % viennent directement de la Constitution française de 1791 ; ils concernent surtout la limitation du pouvoir royal, la responsabilité ministérielle et quelques libertés fondamentales ; d) environ 5 % pourraient venir du droit constitutionnel anglais ; e) il reste 10 % de dispositions originales, dont quelques-unes sans intérêt. En fait, une dizaine d'articles seulement sont vraiment nouveaux : ils concernent surtout le mode de désignation des sénateurs, la liberté d'enseignement, les rapports de l'Église et de l'État, la liberté d'association ».

En adoptant ces textes ainsi libellés, le Congrès national s'écartait partiellement des suggestions que la commission lui avait soumises. Celle-ci, ainsi qu'il ressort de l'analyse des documents historiques, s'était principalement inspirée de la Loi fondamentale des Pays-Bas⁶⁰. En son article 165, cette dernière avait confié aux tribunaux « les contestations qui ont pour objet la propriété ou les droits qui en dérivent, des créances ou des droits civils ». Elle prévoyait également, en son article 187, que « la loi règle la manière de juger les contestations et les contraventions en matière d'impositions ».

La commission avait amalgamé ces deux dispositions en un ensemble unique, prévoyant que « toutes les contestations qui ont pour objet les droits politiques et civils sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi »⁶¹.

Ainsi libellé, le texte réservait en toute matière, y compris pour le jugement des contestations relatives à des droits civils, une possibilité de faire exception à la compétence des tribunaux. Le Congrès national s'en émut ; il décida de rétablir un régime différencié. La juridiction judiciaire redevint obligatoire pour les contestations relatives aux droits civils ; elle demeura facultative pour les contestations relatives aux droits politiques⁶².

b) Errements des fondements du contrôle judiciaire et son affaiblissement

29. La distinction processuelle entre droits civils et droits politiques parut sans doute évidente aux membres du Congrès national. Elle fut cependant à l'origine de longs débats dans la doctrine du dix-neuvième siècle. Comment distinguer le droit politique du droit civil ? En quoi consiste le régime exceptionnel auquel il peut être soumis par la loi ?

⁶⁰ GILISSEN, analysant les documents historiques de la commission, écrit, p. 121 : « Dans l'élaboration de ce titre, faite dans la matinée du 16 octobre 1830, la Commission de Constitution a suivi une méthode de travail similaire à celle qu'elle avait adoptée pour l'étude des pouvoirs du Roi. Elle commence par copier l'article 165 de la Loi fondamentale, réservant aux tribunaux le jugement des contestations qui ont pour objet des droits civils ; elle y ajoute les contestations ayant pour objet des droits politiques, mais prévoit que la loi peut établir des exceptions. Elle examine ensuite l'article 166 de la même Loi fondamentale, dont elle adopte le principe : nul tribunal ne peut être établi qu'en vertu d'une loi. Mais elle le complète par un renvoi exprès à l'article 54 de la Charte française de 1830 qu'elle copie mot à mot : interdiction de créer des commissions ou tribunaux extraordinaires. Elle passe ensuite à l'article 167 de la Loi fondamentale, qu'elle cite et copie textuellement : personne ne peut être distrait, contre son gré, des juges que la loi lui assigne ; disposition qu'elle trouve d'ailleurs aussi dans l'article 53 de la Charte française, qu'elle ne cite toutefois pas. Puis, elle renvoie expressément à l'article 168 de la Loi fondamentale, qu'elle déclare maintenir : nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance du juge, etc... La Commission passe alors à la Charte française, dont elle cite l'article 55 pour en reprendre le principe de la publicité des débats en matière criminelle. Cette règle n'était pas inscrite dans la Loi fondamentale ; au contraire, en vertu d'un arrêté du 6 novembre 1814, aucune audience criminelle ou correctionnelle n'était publique avant le commencement des plaidoyers. Revenant au texte de la Loi fondamentale, la Commission en reprend les dispositions des articles 174 (tout jugement est prononcé en audience publique), 173 (tout jugement est motivé), 170 (inviolabilité du domicile), 171 (interdiction de la confiscation des biens), 172 (nulle peine établie ni appliquée qu'en vertu d'une loi). Ayant ainsi épuisé la section « Dispositions générales » du titre « De la Justice » de la Loi fondamentale, la Commission de Constitution y ajoute deux principes : l'inviolabilité du secret des lettres et la suppression de la loterie. Ce dernier principe avait été proclamé quelques jours auparavant – le 13 octobre – par le gouvernement provisoire, réagissant contre la pratique de la loterie nationale suivie au cours des années précédentes et vivement critiquée par l'opposition belge ».

⁶¹ E. HUYTENS, *Discussions du congrès national de Belgique*, t. IV, Bruxelles, 1844, p. 95.

⁶² *Ibidem*.

Se penchant sur ces questions, les premiers constitutionnalistes raisonnèrent au départ du constat, qui leur sembla évident, que les litiges entre particuliers ne pouvaient constituer que des contestations qui ont trait aux droits civils, ceux « qui appartiennent à tous les membres de la société et qui ont pour objet leurs rapports ou leurs intérêts privés »⁶³. A rebours, s'appropriant le concept de la dualité de l'État, ils considérèrent que les contestations entre les citoyens et les pouvoirs publics portent sur des droits politiques ou sur des droits civils, selon que l'autorité publique agit comme puissance publique ou dans ses intérêts privés⁶⁴.

Dans le raisonnement de ces auteurs, la notion de « droit politique » constituait une catégorie englobant évidemment les droits politiques classiques – *ius suffragii*, *ius honorum*, *ius tributi*, *ius militiae* – mais aussi, de manière résiduelle, tous les autres contentieux entre la puissance publique et les citoyens. Il n'existait donc pas de contestations qui pût échapper à la *summa divisio* entre contentieux des droits civils et contentieux des droits politiques.

Quant au régime dérogatoire dont le Constituant avait prévu qu'il pût, à l'initiative de la loi, régir les contestations relatives aux droits politiques, il n'appela pas de longues discussions : il sembla évident qu'il ne pouvait consister qu'à réserver exceptionnellement à l'administration elle-même de juger des différends qui l'opposaient aux citoyens.

L'adoption du principe de l'administration-juge alla de soi ; non point tant, comme on l'écrit parfois, que les juristes belges eussent pour la doctrine d'Henri de Pansey une affinité particulière⁶⁵.

Plus simplement, les révolutionnaires belges, pas plus que les coalisés de 1814, n'avaient modifié l'organisation administrative et judiciaire dont les Français avaient doté le pays ; or, cette organisation réservait à certains corps administratifs le jugement de certaines contestations. Ainsi, par exemple, en matière électorale et fiscale, les députations provinciales avaient hérité des attributions juridictionnelles⁶⁶ des directoires de département et connaissaient des contestations relatives au calcul de l'impôt, ce dernier étant lui-même, dans le système censitaire, la condition de la participation à la vie de la Cité. Pour les premiers

⁶³ CH. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. VI, Bruxelles, 1843, p. 430.

⁶⁴ Cette thèse fut celle de TIELEMANS, cité à la note précédente, auteur avec Ch. de Brouckère d'un *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, œuvre incomplète dont seuls les huit premiers volumes furent publiés. Elle fut également défendue dans des écrits de jeunesse par Jules Lejeune, futur ministre de la Justice (J. LEJEUNE, *Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs*, Bruxelles, 1857, 157 pages) et par Alfred Giron, futur président de la Cour de cassation (A. GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Bruxelles, 1857, 144 pages).

⁶⁵ L'on prête à Pierre Paul Nicolas Henri de Pansey, (1742-1829), juriste, homme politique et magistrat français (not. juge au tribunal de cassation, président de la chambre des requêtes à la Cour de cassation et membre du Conseil d'État, enfin premier président de la Cour de cassation), l'adage que « Juger l'administration, c'est encore administrer », pensée à laquelle une partie de la doctrine administrative française impute l'existence en France d'un dualisme juridictionnel : ordre judiciaire et ordre administratif. Le Conseil d'État, juge suprême de l'administration, juge spécialisé indépendant du judiciaire, créé à l'initiative de Napoléon pour juger dans une matière dérogatoire au droit commun – le droit administratif -, en est le fruit institutionnel le plus marquant.

⁶⁶ Sur la nature juridictionnelle des attributions des députations permanentes, Cass. 18 juin 1881, *Pas.*, 1881, I, p. 399.

constitutionnalistes, c'était, d'évidence, ce type de situations que le Congrès national avait eu à l'esprit lorsqu'il avait adopté l'article 93 de la Constitution.

30. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1840 pèsera lourd dans les tâtonnements ultérieurs. Elaborant une distinction subtile entre contestations relatives à des droits individuels et celles qui ont trait à des règles qui tendent uniquement à assurer la réalisation de ce que commande l'intérêt général⁶⁷, la Cour affirma que ces dernières, n'étant pas visées aux articles 92 et 93 de la Constitution, ne relevaient pas des attributions du Pouvoir judiciaire⁶⁸.

L'arrêt du 25 juin 1840 consacra l'existence d'une catégorie de litiges ne relevant ni des contestations relatives aux droits civils, ni de celles relatives aux droits politiques. Il créa ainsi une brèche dans le système constitutionnel. Le problème n'était pas tant qu'il plaçât certains actes en dehors du contrôle des tribunaux, mais qu'il le fit sans qu'il eût été prévu que d'autres se chargeassent de cette tâche. On institua ainsi, en faveur de l'autorité administrative, non point un privilège de juridiction, mais une véritable immunité.

31. Cette nouvelle orientation se trouva accentuée par un second phénomène : au fil du temps, on réduisit le domaine de la contestation relative à des droits civils ou politiques pour en exclure toute contestation opposant le citoyen aux pouvoirs publics, si ce n'est en matière fiscale et électorale ou lorsque le litige avait trait aux intérêts privés des pouvoirs publics. Le nombre de litiges échappant aux tribunaux s'en trouva mécaniquement augmenté.

⁶⁷ Cass. 25 juin 1840, *Pas.* 1839-1840, I, p. 409. Sur cet arrêt, voy. P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État », dans *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, 1999, p. 44 ; S. LUST, *Rechtsherstel*, Bruges, 2000, pp. 69-70.

⁶⁸ La Cour avait été saisie d'un pourvoi contre un arrêt par lequel la cour d'appel de Liège se prononçait dans un litige relatif à la gestion de la fabrique d'église de Juprelle. Celle-ci, aux termes de péripéties qu'on ne retrace pas, s'était trouvée dotée de deux conseils de fabrique distincts. Chacun d'eux prétendit être le seul organe régulier et ils se disputèrent la remise des archives de la fabrique. Le litige finit en justice et, devant la cour d'appel de Liège, on contesta le pouvoir des cours et tribunaux de départager les conseils concurrents.

La cour d'appel répondit à cette question par la négative : « Attendu que (les parties) prétendent former exclusivement le conseil de fabrique de l'église de Juprelle ; que les uns et les autres invoquent, à l'appui de leurs prétentions respectives, des actes d'administration sur matière administrative et d'ordre intérieur, dont l'appréciation, par une conséquence nécessaire de la séparation et de l'indépendance des pouvoirs, échappe aux attributions de l'autorité judiciaire ; qu'il importe cependant dans une affaire qui intéresse la fabrique de s'assurer de quel côté sont les véritables mandataires ». En conséquence, les juges d'appel renvoyèrent les parties devant l'autorité administrative pour que celle-ci tranche la question de la représentation de la fabrique. L'un des conseils de fabrique se pourvut et fit valoir un moyen pris de la violation des articles 92 et 93 de la Constitution. Il soutint, en substance, que le juge d'appel avait l'obligation de désigner lui-même celui des deux conseils qui représentait valablement la fabrique, même si ceci impliquait de se prononcer sur la validité des actes désignant les conseils concurrents. Selon le demandeur, cette question ne pouvait constituer qu'une contestation relative à des droits civils, soit une contestation relative à des droits politiques. Dans les deux cas, la cour pouvait en connaître, soit directement sur la base de l'article 92 de la Constitution, soit en raison de l'absence de dérogation légale à la compétence de principe prévue par l'article 93 de la Constitution.

La Cour rejeta le pourvoi. Elle considéra qu'« en tant qu'ils administrent, les préfets, les évêques et les membres du conseil, en tant qu'ils concourent soit à la formation du conseil, soit à son renouvellement, ne sont (...) que des agents du gouvernement, et leurs actes des actes d'administration, et comme tels soumis à la surveillance et au contrôle du gouvernement ; que la qualité de marguilliers qui, en réalité, n'est qu'une mission purement administrative conférée par des actes administratifs, n'attribue donc aucun droit civil ou politique dont la connaissance ait été réservée au pouvoir judiciaire (*Ibidem*, p. 417).

Ce phénomène constitua une des manifestations de ce que l'on a pu qualifier de « culte de la puissance publique ». Le procureur général Mathieu LECLERCQ ne fut pas de ceux qui le prêchèrent le moins ardemment, tant la communication qu'il fit à l'académie royale le 11 octobre 1852, qu'il intitula « Un chapitre du droit constitutionnel des Belges », paraît rétrospectivement en constituer le cathéchisme^{69 70}.

Mathieu LECLERCQ expliquait également que son système n'est « pas en contradiction avec les lois qui supposent la possibilité de procès entre des particuliers et l'État, ainsi qu'avec les garanties que la constitution a entendu assurer aux particuliers contre toute oppression privée ou publique »⁷¹. Selon lui, aucune contradiction n'existe « si l'on ne confond des choses distinctes ou si l'on ne perd de vue la véritable nature des garanties assurées par la Constitution contre l'abus de l'un ou l'autre des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ». Il concédait que « des procès sont possibles, il est vrai, entre l'État et des particuliers ; mais dans ce cas, l'État n'est point la nation, corps souverain dont l'autorité s'étend à ce titre sur les personnes et les choses ; il est lui-même une personne ayant des droits civils et des actions à exercer pour s'en assurer la conservation, comme toutes autres personnes, réglée comme elles dans ces droits et ces actions par la loi civile, assujettie comme elles à l'autorité publique non moins qu'à la loi civile ». Il concluait que « ce n'est qu'en confondant deux choses aussi distinctes, la nation et la personne de l'État, qu'on peut voir une contradiction dans la définition de la contestation ; il suffit, en conséquence, de signaler cette confusion pour en détruire l'effet »⁷².

32. Le culte de la puissance publique essaima de-ci de-là ; il finit par trouver dans la responsabilité des pouvoirs publics son domaine d'élection. Privant les tribunaux de compétence pour connaître des demandes en réparation du dommage, il y impliquait que l'indemnisation de la victime fût laissée à leur bon vouloir. De là à ce qu'ils fussent purement et simplement exonérés des conséquences de leurs fautes, il n'y avait qu'un pas qui fut franchi à la fin du dix-neuvième siècle.

⁶⁹ M. LECLERCQ, « Un chapitre du droit constitutionnel des Belges », *B.J.*, 1889, col. 1265 ; S'attachant à dégager le sens du terme « contestation » qui figure aux articles 92 et 93 de la Constitution, il y écrivait : « la contestation suppose, quant à l'objet dont il s'agit ici, un intérêt de personne engagé de part et d'autre. S'il en est autrement, il n'y a plus de prétentions, il y a ou une discussion purement théorique, dans laquelle l'autorité publique n'a que faire, ou, d'une part, des prétentions et, d'autre part, une manifestation de la volonté nationale faite par les délégués de la nation investis du pouvoir législatif ou exécutif, et dans laquelle ces délégués sont personnellement désintéressés au point de vue des droits civils ou politiques ; il y a du chef de l'un ou l'autre pouvoir un acte de souveraineté ; à ce titre, obéissance lui est due par ceux auxquels ces deux pouvoirs commandent ; aucun débat direct n'est donc possible entre eux ; le pouvoir judiciaire d'ailleurs, qui n'émane de la nation que comme le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif eux-mêmes en émanent, c'est-à-dire ni plus ni moins qu'eux, ne pouvait par cela même, sans y porter atteinte et commettre une usurpation, permettre qu'on attraie devant lui ceux qui en sont investis, aux fins directes de débattre de leurs actes avec eux et d'en obtenir l'annulation » (p. 1276).

⁷⁰ Comp. ses conclusions précédant Cass. 10 janvier 1867, *Pas.* 1867, I, p. 128.

⁷¹ *Ibidem*, col. 1276. Le culte de la puissance publique ne fut pas aussi général qu'on le pense parfois. Certes, Mathieu LECLERCQ le professa sans désespérer. Certes, il commanda l'irrecevabilité de demandes dont les tribunaux eussent dû se saisir. Cependant, il n'empêcha pas les tribunaux de connaître de litiges opposant les pouvoirs publics aux particuliers. Pour preuve de l'application inégale de la règle, en matière fiscale, il ne paraît pas que l'imperium du taxateur fût jamais invoqué pour faire obstacle à la compétence des tribunaux.

⁷² *Ibidem*.

Dans l'affaire *Tastenoë contre Commune de Jemappes*, le pourvoi de Tastenoë reprochait à l'arrêt attaqué d'appliquer « faussement le principe de la séparation des pouvoirs, les lois sur la compétence respective de l'administration et des tribunaux, les principes sur la responsabilité des choses dont on a la garde et des fautes »⁷³.

Il fut rejeté par la Cour ; pour ce faire, elle considéra que « que l'action se fonde sur une omission dommageable de l'autorité locale chargée comme pouvoir de veiller à la sûreté du passage dans une voie publique », « que pareille omission n'a pu engendrer aucune obligation de droit privé au profit des demandeurs et que les tribunaux ne sont point juges des réparations que les conséquences de semblable omission peuvent exiger », qu'en « tant qu'imputable à l'autorité chargée de l'exécution des lois de police, elle ne pourrait, du reste, engager la responsabilité civile de la commune »⁷⁴.

A l'occasion d'un arrêt postérieur, du 13 février 1902, le ministère public n'hésita pas à affirmer, à propos de la réparation des dommages causés à des cultures par des manœuvres militaires, alors que la loi ne prévoyait d'indemnité qu'à raison de l'occupation militaire de terrains non cultivés, que « le gouvernement doit une indemnité quand il se conforme à la loi et n'en doit pas pour des faits plus graves, lorsqu'il agit en dehors de toute légalité »⁷⁵.

33. Un réagencement jurisprudentiel des principes constitutionnel, à ce point prononcé, n'allait pas pouvoir durer. La Cour l'abandonna progressivement, lui donnant le coup de grâce par l'arrêt *Ville de Bruges contre Flandria* du 5 novembre 1920⁷⁶.

Doit-on rappeler ici la teneur de cette décision ? Un arbre avait chu sur les plantations de la société Flandria, y causant de graves dégâts. Cette dernière recherchait la responsabilité de la ville de Bruges, propriétaire du terrain sur lequel l'arbre se dressait. Le tribunal avait fait droit à cette demande, non sans avoir considéré, au préalable, qu'il était en son pouvoir de connaître de la demande puisque que l'arbre paraissait avoir été planté sur le domaine privé de la ville. Dans son pourvoi, la ville contestait cette qualification pour faire ensuite son profit de la jurisprudence *Tastenoë*.

⁷³ Cass. 13 avril 1899, *Pas.* 1899, I, p. 173. L'épouse Tastenoë avait « été grièvement blessée par la chute d'un arbre en état de vétusté, alors qu'elle suivait un enterrement sur la route communale, dont cet arbre était une dépendance ». Les victimes « intentèrent à la commune propriétaire de cet arbre, avec charge d'y veiller, une action en responsabilité ». A cette action, la commune opposa « un déclinatoire de compétence, prétendant que les faits qui lui étaient imputés rentraient dans l'ordre de ses devoirs administratifs et souverains dont les tribunaux ne peuvent connaître ».

Le premier juge avait « rejeté ce déclinatoire, par le motif que l'entretien des arbres dépendant des routes communales, de même que leur plantation et leur abatage, rentre dans les actes de la vie civile des communes, intéressées à faire valoir leurs biens et à en tirer tous les profits possibles ».

Sur appel de l'autorité publique, la cour d'appel « déclara que les faits rentraient dans la gestion du domaine public de la commune, chargée comme pouvoir public d'assurer la sécurité des routes et en conséquence, elle reforma le jugement et déclara le pouvoir judiciaire incompétent ».

⁷⁴ *Ibidem*, p. 177.

⁷⁵ Cass. 13 février 1902, *Pas.* 1902, I, p. 152.

⁷⁶ Cass. 5 novembre 1920, *Pas.*, I, 1920, p. 193.

Ce pourvoi offrait à la Cour l'occasion idéale de revenir clairement sur ses interprétations antérieures. Elle affirma l'unité de régime de la responsabilité des pouvoirs publics, qui ne diffère pas selon qu'ils agissent en qualité de puissance publique ou dans la gestion de leur domaine privé. De ce fait, le moyen perdait son intérêt puisque, à supposer que l'arbre fût partie du domaine public, la décision du juge restait justifiée⁷⁷.

L'arrêt Flandria n'était pas véritablement un revirement de jurisprudence ; des décisions antérieures avaient déjà annoncé le recul de la jurisprudence éclectique de la fin du dix-neuvième siècle. En réalité, il s'est plutôt agi pour la Cour de réaffirmer avec force et publicité la compétence des tribunaux, pour couper court aux discussions alors en cours en vue de la création d'un Conseil d'État⁷⁸.

Pour faire un sort à l'immunité de juridiction de la puissance publique, et, selon l'expression consacrée ultérieurement faire rentrer « l'État sous l'empire du droit », *l'arrêt Flandria* choisit de qualifier de « droit civil » le droit à indemnisation de la victime de la faute des pouvoirs publics.

La chose ressort clairement de l'arrêt : ayant rappelé que la Constitution a déferé aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils, la Cour indique que la Constitution a ainsi mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire « tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent ». Tel est précisément le cas du droit à réparation du préjudice subi : selon la Cour, « dès lors qu'une personne qui se dit titulaire d'un droit civil allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation et il est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu de la

⁷⁷ L'arrêt conclut son raisonnement en affirmant : « De tout quoi il suit qu'au cas où l'arbre eût appartenu au domaine public de la ville de Bruges, cette circonstance ne serait pas éliminatoire de la responsabilité civile de celle-ci et que le moyen est donc sans intérêt ».

⁷⁸ Comme l'écrit S. LUST (Rechtsherstel, Bruges, 2000, p. 95) : « De hoven en rechtbanken verklaarden zich enkel bevoegd voor geschillen tussen burgers onderling of tussen burgers en overheid, handelend als privaatrechtelijk rechtspersoon. Maar voor geschillen naar aanleiding van het optreden van een overheid als publiekrechtelijk persoon bekleed met het ius imperii, verklaarden zij zich stelselmatig onbevoegd, met als gevolg dat de burger vaak zonder enige rechtsbescherming was tegen de overheid, en heel wat rechten geen enkele juridictionele bescherming genoten, wat precies het omgekeerde was van hetgeen de Volksraad in 1831 voor ogen had gestaan. Dit leidde tot een voorstel van de regering om naar aanleiding van de Grondwetsherziening na de Eerste Wereldoorlog, de toenmalige artikelen 25, 105 en 106 van de Grondwet te herzien om een Raad van State en een Tribunal de conflicts op te richten. Ook dit voorstel kreeg uiteindelijk geen verder gevolg. Het voorstel had blijkbaar wel enige onrust opgewekt bij de hoven en rechtbanken. Zij leken de bedreiging te voelen dat ze een belangrijk deel van hun bevoegdheid zouden verliezen ten voordele van nieuw op te richten rechterlijke instanties. Wellicht heeft dit bijgedragen tot de belangrijke kentering in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat bij het reeds geciteerde arrest-Flandria van 5 november 1920 het onderscheid tussen de overheid handelend als particulier en de overheid handelend als overheid, definitief naar de prullenmand heeft verwezen, en het beginsel van de aansprakelijkheid van de overheid en het rechterlijk toezicht op elk overheidshandelen heeft erkend. Meteen werd ook de nood aan een Raad van State minder dringend, en verdween het probleem weer op de achtergrond. »

lésion serait l'État, une commune ou quelque autre personne de droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique »⁷⁹.

34. Ce choix semble avoir été commandé par la nécessité dans laquelle la Cour se trouvait d'arrimer au Pouvoir judiciaire le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics ; or, dans le système des articles 92 et 93 de la Constitution, l'attache n'est certaine que lorsque la contestation est relative à des droits civils.

Il fut aussi sans doute la conséquence de l'incertitude persistante entourant le régime des contestations qui ne sont pas relatives à des droits civils. La Cour et son procureur général ne semblent pas avoir envisagé qu'une contestation qui ne concerne pas des droits civils puisse relever de la juridiction des tribunaux comme relative à des droits politiques.

Peut-être aussi le concept de droit politique comportait-il un risque trop élevé de voir émerger un acteur juridictionnel concurrent à la faveur de la réserve portée par l'article 93 de la Constitution.

C'est en tout cas ce que semble avoir pensé A. MAST, qui écrivait en 1956 : « Il est des juristes qui, comme le procureur général P. Leclercq, voient ou, ce qui est pis, veulent voir des droits civils partout. L'article 93 étant ce qu'il est, le monopole juridictionnel du pouvoir judiciaire est un mythe, c'est même un mythe dangereux car il pousse ceux qui en subissent l'emprise à infléchir le sens de dispositions légales claires en soi. Le Procureur général Paul Leclercq était à ce point imbu de la prééminence du pouvoir judiciaire qu'il mettait assez curieusement au rang du pouvoir législatif et, bien au-dessus du pouvoir exécutif - que l'idée même d'une juridiction administrative semblait lui être intolérable. Il a lutté avec plus d'acharnement que de clairvoyance contre ce qu'il appelait 'l'envahissement progressif d'une partie de l'édifice judiciaire par l'Administration, envahissement que la mystique du Conseil d'État réclame'. 'Le Conseil d'État, disait-il somptueusement, est un cadavre qu'on a beau tuer, il renaît des poussières administratives comme le Phénix de ses cendres' »⁸⁰.

2) Le contrôle juridictionnel exercé sur le Pouvoir législatif

a) Point de départ – Fondement - Héritage

35. Contrairement à ce que l'on pourrait croire en ayant à l'esprit les développements ultérieurs de la question, le Constituant de 1831 n'avait pas interdit le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Pouvoir judiciaire. Au contraire, la Constitution de 1831, à partir du moment où, dans ses dispositions transitoires, elle prévoyait l'abrogation de plein droit des lois antérieures qui lui étaient contraire, admettait implicitement que les tribunaux pussent contrôler la conformité au texte constitutionnel des dispositions légales, du moins celles adoptées antérieurement.

⁷⁹ Cass. 5 novembre 1920, *Pas.*, I, 1920, p. 239.

⁸⁰ A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *R.J.D.A.*, 1956, pp. 82-83.

Le procureur général Baron VELU écrit à ce propos : « Aucune disposition de la Constitution de 1831 ne prévoit ni n'interdit de manière expresse le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois postérieures à la date où elle est devenue exécutoire. Pour ce qui est des lois antérieures, l'article 138 de la Constitution dispose : "A compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires, sont abrogés". Les travaux préparatoires de la Constitution de 1831 ne contiennent pas d'éléments traitant explicitement du problème »⁸¹.

La Cour fit application de l'article 138 de la Constitution dans plusieurs arrêts. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 9 décembre 1833, elle décida notamment que l'article 92 de la Constitution de 1831 a fait cesser la disposition de l'article 4 de la loi du 25 pluviôse an VIII, qui attribuait, par exception, à l'autorité administrative des pouvoirs essentiellement judiciaires, en matière de conventions de travaux publics⁸². On peut également citer un arrêt du 29 mars 1833 qui décide que l'article 138 de la Constitution a abrogé les dispositions des lois et décrets des 29 floréal an X, 25 juin 1806 et 16 décembre 1811, attribuant aux autorités administratives la connaissance et la répression des contraventions de certains délits en matière de grande voirie⁸³.

36. On trouve chez les premiers commentateurs du droit public belge des partisans de ce qu'on appela « la garantie du pouvoir judiciaire contre le pouvoir législatif ». TIELEMANS et DE BROUCKÈRE écrivent, dans le tome V de leur Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique :

« La Constitution de 1831 a été plus sage, en donnant au pouvoir judiciaire tous les moyens d'indépendance que réclame la nature de sa mission. Voici les garanties qu'il possède aujourd'hui :

§ 1^{er}. Contre le pouvoir législatif :

1° Le droit d'appliquer les principes de la Constitution aux litiges, qui sont de la compétence judiciaire et, par conséquent, le droit de ne pas appliquer les lois qui seraient en opposition avec ces principes. Ce moyen est sujet à de grandes contestations. Les uns prétendent que jamais les tribunaux ne peuvent connaître de la constitutionnalité des lois, parce qu'en leur attribuant cette faculté, on élèverait le pouvoir judiciaire au-dessus du pouvoir législatif. Les autres, au contraire, disent que si les tribunaux doivent aveuglément appliquer les lois qui violent la Constitution, il n'y a plus de garanties pour les libertés publiques. Nous croyons, nous, que la solution de cette difficulté dépend des circonstances. Toutes les fois que dans un procès engagé devant elle, l'autorité judiciaire aura des doutes sur la constitutionnalité d'une disposition législative, elle doit l'interpréter suivant la Constitution, et elle le peut sans porter atteinte à l'indépendance de la législature ; car, d'un côté, il y a toujours présomption que le législateur n'a rien voulu d'inconstitutionnel, et, de

⁸¹ J. VELU, *Droit public*, t. I^{er}, Bruxelles, 1986, p. 230-231, n° 157.

⁸² Cass. 9 décembre 1833, Bull. 1834, p. 97.

⁸³ Cass. 29 mars 1833, *Pas.* 1833, I, p. 75.

l'autre, il n'y a point d'atteinte portée à l'existence de la loi, quand on se borne à l'interpréter dans le sens constitutionnel plutôt que dans un sens contraire.

S'il y a entre la Constitution et la loi une opposition si directe qu'il est impossible de les concilier par une interprétation raisonnable, c'est encore à la Constitution que le juge doit donner la préférence, et il peut la lui donner sans méconnaître l'indépendance de la législature, puisque ne statuant jamais que sur des cas particuliers, il laisse subsister la loi en thèse générale; il ne la déclare ni bonne ni mauvaise, ni valable ni nulle, mais, ayant à choisir entre sa disposition et celle de la Constitution qui lui est contraire, il juge le procès en appliquant la plus sacrée, la plus souveraine des deux.

Enfin, si l'acte que l'on invoque comme une loi est contesté pour vices de forme, il appartient aux tribunaux d'en apprécier le caractère légal, parce qu'il n'a mission d'appliquer que les lois véritables, c'est-à-dire les actes qui réunissent toutes les conditions requises pour constituer des lois. Néanmoins il ne peut, en se livrant à cette appréciation, s'immiscer dans l'examen des questions spéciales dont la connaissance est réservée à l'une ou l'autre des branches de la législature; par exemple, dans la vérification du mandat des sénateurs ou des représentants. (Art. 34 de la Const.) »⁸⁴.

b) Autocensure jurisprudentielle et divergences doctrinales

37. Si le texte adopté par le Congrès national n'excluait pas le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, si la doctrine y était favorable, la Cour, par un arrêt du 23 juillet 1849, fit néanmoins interdiction aux tribunaux de confronter les lois à la Constitution.

L'affaire était factuellement plutôt originale : un avocat, accessoirement brigadier de la compagnie d'artillerie de la garde civique, faisait l'objet de poursuites devant un conseil de discipline pour avoir manqué à l'exercice plusieurs dimanches d'affilée. Il se pourvut contre la décision le condamnant et, dans un de ses dix-sept moyens, fit valoir l'irrégularité de la composition du siège, dès lors que le « capitaine-rapporteur n'avait pas été élu par les gardes mais nommé par le Roi en vertu d'une disposition inconstitutionnelle de la loi du 8 mai (1848) ».

Le demandeur se fondait ainsi sur la contrariété de la loi du 8 mai 1848 à l'article 122 de la Constitution de 1831, qui disposait : « Il y a une garde civique ; l'organisation en est réglée par la loi. *Les titulaires de tous les grades, jusqu'à celui de capitaine au moins, sont nommés par les gardes, sauf les exceptions jugées nécessaires pour les comptables* ».

Pour rejeter ce grief, la Cour, après avoir rappelé « que l'article 59 de la loi du 8 mai attribue formellement au Roi la nomination des rapporteurs », considéra simplement « qu'il n'appartient pas au Pouvoir judiciaire de rechercher si cette disposition est ou non en harmonie avec l'article 122 de la Constitution »⁸⁵.

⁸⁴ CH. de BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. V, Bruxelles, 1838, p. 194.

⁸⁵ Cass. 23 juillet 1849, *Pas.* 1849, I, p. 443.

38. En doctrine, l'interdiction du contrôle de constitutionnalité fut vivement débattue. Plusieurs arguments furent convoqués pour justifier la position adoptée par la Cour en 1849. Aucun d'eux n'emportait réellement la conviction.

On invoquait, en premier lieu, le silence de la Constitution ; si ses auteurs avaient voulu que le Pouvoir judiciaire pût connaître des critiques de constitutionnalité des lois, ils l'eussent précisé. A juste titre, on relevait la faiblesse de cette justification, en rappelant qu'« un silence n'est pas une preuve et peut s'interpréter de diverses façons »⁸⁶.

On se prévalait aussi d'une série de dispositions constitutionnelles qu'on interprétait *a contrario* pour en déduire que le Constituant avait entendu ne pas accorder au Pouvoir judiciaire le droit de contrôler la constitutionnalité des lois. On invoquait ainsi l'article 28, qui fait du pouvoir législatif l'interprète authentique de la loi, l'article 107, qui ne prévoit *que* le refus d'application par les cours et tribunaux, des règlements et arrêtés non conformes aux lois, ou encore l'article 138, précité, qui n'organise – d'ailleurs implicitement – un contrôle de constitutionnalité *que* pour les lois adoptées avant 1831.

Les arguments *a contrario* étaient évidemment contredits par un raisonnement les inversant et raisonnant *a pari*. Ainsi, sans remettre en cause que l'interprétation de la loi par voie d'autorité fût réservée à son auteur, on faisait valoir que « l'interprétation de la loi par voie d'autorité et le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution relèvent de deux ordres d'idées distincts » et, par ailleurs, que l'article 28 « n'exclut pas, par ailleurs, le droit pour les juridictions d'interpréter la Constitution ou la loi chaque fois que la solution du litige qui leur est soumis rend cette interprétation nécessaire »⁸⁷.

Pour ce qui est de l'article 107 de la Constitution, Jacques VELU résume brillamment l'ensemble des éléments qui priment de pertinence la référence à cette disposition :

« - cette disposition est une application d'un principe général de compétence des organes juridictionnels, à savoir qu'en cas de conflit entre deux normes juridiques, le juge doit appliquer la norme hiérarchiquement supérieure ;

- le Constituant a, pour des raisons historiques, visé ce qu'il considérait comme le "*plerumque fit*" (l'article 107 avait initialement été conçu par le Congrès national comme une sanction aux éventuels excès de pouvoirs du Roi ; c'est à propos des pouvoirs du Roi que le Constituant a élaboré cette disposition ; elle a ensuite été transférée au chapitre "du pouvoir judiciaire" sans que son contenu ne soit modifié dans l'esprit du Congrès) ;

- à supposer que le Constituant ait pu songer à l'abus que constituerait une violation de la Constitution par la loi, il est excessif d'affirmer que les travaux préparatoires de la Constitution montrent que dans la pensée des membres du Congrès national, si le Pouvoir législatif venait à violer la Constitution par une loi, aucune autorité constituée n'aurait le pouvoir de rendre cette loi sans effet ;

⁸⁶ J. VELU, *Droit public, loc. cit.*, p. 231, n° 158.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 232, n° 159.

- si l'on adopte l'argument "*a contrario*", il faut, suivant la même interprétation restrictive, admettre que les juridictions autres que les cours et tribunaux sont sans pouvoir pour contrôler la conformité des règlements à la loi et que les cours et tribunaux ne peuvent contrôler la conformité des arrêtés et règlements ni aux règlements des autorités supérieures ni à la Constitution ;

- le droit public belge comporte de nombreuses règles qui ne sont pas inscrites expressément dans le texte constitutionnel et que nul ne songe à contester encore qu'elles soient radicalement différentes de celles qui étaient applicables en Belgique sous les régimes politiques antérieurs ou qu'elles fussent connues à cette époque dans le droit public d'autres pays »⁸⁸.

Enfin, en ce qui concerne l'article 138 de la Constitution, l'on réfutait le raisonnement en faisant valoir que :

« - cette disposition a un caractère transitoire et il n'est pas contesté que le juge pourrait refuser d'appliquer une loi postérieure à 1831 mais antérieure à une modification de la Constitution et incompatible avec la disposition constitutionnelle modifiée ;

- s'agissant d'une disposition abrogatoire, il est normal qu'elle n'envisage que la conformité de la législation antérieure à la Constitution ;

- elle ne confère pas de compétence particulière au Pouvoir judiciaire mais est destinée à toutes les autorités et à tous les sujets de droit ;

- si l'argument "*a contrario*" utilisé à l'égard des lois était valable, il devrait s'appliquer logiquement aussi aux arrêtés et règlements; on devrait dès lors considérer que les cours et tribunaux ne sont pas compétents pour contrôler la constitutionnalité des arrêtés et règlements contraires à la Constitution alors que cette compétence n'est contestée ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence ; en vain prétendrait-on que cette compétence est précisément reconnue aux cours et tribunaux par l'article 107 de la Constitution : cette dernière disposition ne prévoit expressément que le contrôle de la conformité des arrêtés et des règlements aux lois »⁸⁹.

Malgré la pertinence de l'argumentation qui lui fut opposée, l'interdiction faite aux tribunaux de connaître de griefs pris de la violation de la Constitution par la loi fut, pendant cent vingt-cinq années, réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation⁹⁰.

Paragraphe 2.- Mil neuf cent quarante-huit – Le Conseil d'État

⁸⁸ *Ibidem*, p. 233-234, n° 159.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 234-235, n° 159.

⁹⁰ Cass. 19 juillet 1921, *Pas.* 1921, I, p. 456 ; Cass. 10 décembre 1928, *Pas.* 1929, I, p. 36 ; Cass. 13 mai 1935, *Pas.* 1935, I, p. 247 ; Cass. 14 octobre 1935, *Pas.* 1936, I, p. 1 ; Cass. 21 février 1938, *Pas.* 1938, I, p. 61 ; Cass. 10 janvier 1939, *Pas.* 1939, I, p. 4 ; Cass. 29 juin 1939, *Pas.* 1939, I, p. 341 ; Cass. 23 octobre 1939, *Pas.* 1939, I, p. 434 ; Cass. 14 décembre 1950, *Pas.* 1951, I, p. 242 ; Cass. 26 novembre 1951, *Pas.* 1952, I, p. 157 ; Cass. 7 février 1956, *Pas.* 1956, I, p. 592 ; Cass. 20 septembre 1956, *Pas.* 1957, I, p. 22 ; Cass. 20 novembre 1962, *Pas.* 1963, I, p. 362.

A) Fondements lacunaires du contrôle judiciaire et ses limites

39. L'arrêt *Flandria* était une décision problématique, adoptée dans l'urgence, sous la pression d'un projet de réforme de la Constitution, et fondée sur une réflexion théorique insuffisamment mûr. Cyr CAMBIER le rappelait de manière concise dans son précis de droit administratif⁹¹.

Le reproche qu'il fait à l'avocat général Paul LECLERCQ de ne pas avoir dans ses conclusions accordé d'attention à l'article 107 de la Constitution et à la question de la nature et de l'intensité du contrôle judiciaire sur l'action de l'administration n'est pas totalement infondé. L'urgence commandait toutefois que l'on affirmât rapidement, en termes simples, la compétence des tribunaux des connaître des actions recherchant la responsabilité de la puissance publique. La construction d'un cadre théorique cohérent et complet pouvait attendre.

Il est vrai, cependant, que le choix de régler la question de l'immunité de juridiction de la puissance publique sous le seul angle de leur responsabilité civile⁹² et en étendant le domaine des contestations relatives aux droits civils, pour y inclure les litiges relatifs à la réparation des fautes des pouvoirs publics, n'était pas des plus heureux.

En effet, par le fait même qu'il liait les attributions des tribunaux à l'existence d'une contestation portant sur un droit civil, l'arrêt *Flandria* limitait la capacité du Pouvoir judiciaire

⁹¹ Cyr CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, 1968. Commentant l'arrêt du 5 novembre 1920, il rappelait le cadre dans lequel celui-ci a été rendu : « Un projet de déclaration de révision de la Constitution est soumis aux Chambres en 1919. Il prévoit la formation d'une Cour du contentieux administratif et la création d'un tribunal réglant les conflits d'attributions au lieu et place de la Cour de cassation. Ce projet est soumis au "Comité des conseillers du gouvernement" près du Ministère de la justice. Il recueille, le 19 juillet 1920, un avis favorable. Un second avis est sollicité de cet organisme. La Cour de cassation prend les devants. Il est temps de réviser une jurisprudence dont les carences président à la réforme projetée. Un fait divers y donne lieu : un arbre croissant sur le domaine public de la ville de Bruges s'est abattu et a endommagé les plantations d'un horticulteur. Un jugement du tribunal de Bruges déboute la victime (sic) : la puissance publique et le domaine public n'engagent pas la responsabilité du pouvoir. Pourvoi est pris contre ce jugement » (p. 569).

Cambier poursuivait, après avoir retracé la teneur des conclusions du ministère public et de l'arrêt : « L'objectif immédiat est atteint : le 10 décembre 1920 le "Comité des conseillers du gouvernement" émet son second avis qui cesse de préconiser une réforme du contentieux des droits subjectifs. Le judiciaire peut y pourvoir. L'on prête cette vertu à l'arrêt nouveau. A-t-il cette valeur et va-t-il plus loin que des déclarations d'intention et des manifestes de tendances – qui ne sont certes pas à négliger ? L'on se demande, bien vite, si la distinction entre l'État-puissance publique et l'État-personne privée, n'est point réintroduite par le biais des actes décisifs qui ne donnent point matière à procès judiciaire. Le fait est que, fors l'ébauche d'une théorie du détournement de pouvoir, l'arrêt et les conclusions qui le précèdent, ne fixent point jusqu'où le contrôle du juge peut pénétrer dans l'opération administrative. Dans la fresque générale qu'il consacre aux prérogatives du pouvoir judiciaire, l'avocat général Paul Leclercq ne s'attache point à l'analyse de l'article 107 de la Constitution. Cette carence nous paraît aggravée par les indications, qu'en forme d'exemples, il donne sur les cas où la décision demeure souveraine. Il en ressort que rien n'est ici remis en question; les choses demeurent en l'état voulu du temps du culte de la puissance publique ».

⁹² À juste titre, P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, 3^e éd., Bruxelles, 2008, p. 439, n° 316, relèvent : « La jurisprudence inaugurée par l'arrêt de cassation du 5 novembre 1920 en matière de responsabilité des pouvoirs publics atténua l'urgence d'une réforme de notre organisation contentieuse ; mais elle ne résolvait certes pas l'intégralité du problème, puisqu'elle n'avait traité qu'à l'une des branches du contentieux administratif, celle de l'indemnité ».

d'exercer la plénitude de la fonction juridictionnelle. La Cour allait en effet très vite devoir constater qu'une part substantielle des contestations qui adviennent entre les pouvoirs publics et les citoyens ne rentre que très difficilement dans la catégorie des « contestations relatives à un droit civil ».

40. Un premier problème auquel la Cour fut confrontée, fut qu'elle se retrouva contrainte, pour affirmer la compétence des tribunaux, de qualifier de droit civil des prestations qui n'avaient qu'un rapport ténu avec le droit privé.

MAST, pour désigner cette propension des tribunaux à qualifier de contestation relative à un droit civil des contestations qui lui semblent d'évidence porter sur des droits politiques, parlait de « fétichisme du droit civil »⁹³.

De manière plus sobre, dans un article publié dans les Annales de la faculté de droit de l'université de Liège, GOOSSENS écrivait à ce propos : « La seule définition expresse que la Cour de cassation nous ait donnée est celle qui figure dans l'arrêt du 5 novembre 1920 et qui fait des droits civils "les droits organisés par le Code civil et les lois qui le complètent". Cette définition aurait permis de ranger la Cour suprême parmi les adhérents à la conception stricte (des droits civils) si, sous l'influence notamment du Procureur Paul Leclercq et à la faveur de l'ambiguïté de la formule finale, la Cour n'avait, dans sa jurisprudence ultérieure, donné une assez grande étendue au champ des droits civils, tendant à considérer comme tel tout droit patrimonial même envisagé à l'égard des personnes publiques, tout droit découlant d'une obligation pécuniaire à charge de l'administration, quelle qu'en soit la source – tel le droit au traitement et à la pension à charge du Trésor public – et, plus généralement encore, en admettant l'existence d'un droit civil à l'intégrité de la personne et du patrimoine, dont la violation par la puissance publique, aussi bien que par les particuliers, donne ouverture à un droit civil à réparation. De cette façon, la Cour suprême en est, tout au moins jusqu'en 1956, arrivée à mettre en œuvre des conceptions larges qui parfois confinent à la conception extensive. Il est toutefois assez difficile de déterminer avec précision sa position exacte : cette position n'ayant jamais été exprimée dans une formule générale, on doit l'induire des solutions d'espèce, ce qui comporte toujours certains risques d'erreur »⁹⁴.

Le cas du droit à pension illustre les limites de l'utilisation du concept de « droit civil » comme ancrage de la compétence des tribunaux.

L'arrêt du 25 octobre 1934⁹⁵ retenait une telle qualification concernant les pensions *des juges* et *des militaires*. MAST critiquait cette analyse : « l'article 67 des lois coordonnées le 11 avril 1923, sur les pensions militaires, prévoit la formation de commissions chargées de statuer sur le droit à la pension pour invalidité ; le même article dispose que la commission supérieure d'appel statuera en dernier ressort. Si le verbe statuer a un sens, la volonté du législateur est

⁹³ A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *R.J.D.A.*, 1956, p. 83 et suiv.

⁹⁴ CH. GOOSSENS, « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *Ann. dr. Liège*, 1960, p. 187-189. Voy. également H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, Anvers, 1957, p. 98 et suiv.

⁹⁵ Cass. 25 octobre 1934, *Pas.* 1935, I, p. 29.

claire. Le législateur a entendu déférer à des juridictions administratives les contestations portant sur la reconnaissance des droits en cause »⁹⁶.

Dans d'autres cas, l'affirmation du caractère civil fut moins nette. MAST relève notamment l'arrêt du 27 septembre 1928⁹⁷ relatif à l'assurance en vue de la vieillesse et du décès prématuré *des ouvriers mineurs*. Si le sommaire de l'arrêt annonce que les droits aux avantages résultant de cette assurance est un droit civil, l'arrêt ne le dit pas et l'affirmation n'est étayée que par une note du ministère public sous le sommaire.

Cette question reviendra d'ailleurs ultérieurement : elle sera notamment au cœur d'un arrêt ultérieur du 22 octobre 1954 dont MAST prétend qu'il écarte la qualification de droit civil⁹⁸. L'arrêt n'a sans doute pas cette portée, mais il trahit en tout cas l'hésitation croissante de la Cour, dans le courant des années cinquante, à poursuivre sur la voie de l'expansion continue du domaine des droits civils.

On y reviendra plus loin. Qu'il soit cependant permis de noter, dès à présent, qu'une différence de taille existe entre les espèces des années 20 et celles des années 50 : les premières visaient à conjurer le déni de justice, en affirmant l'existence d'un recours juridictionnel dans des espèces où l'on prétendait qu'il n'y en avait pas ; dans le cas des secondes, un recours existait devant une commission dont on prétendait qu'elle empiétait sur les attributions des tribunaux, ce qui est assurément différent comme situation.

41. Un second problème, apparu dans la foulée de *l'arrêt Flandria*, fut celui des contestations qui ne concernent pas directement un avantage réclamé par un justiciable, mais ont trait au respect par l'administration des règles générales entourant son action.

L'arrêt de la fabrique d'église de Juprelle avait indiqué que ces contestations étaient soustraites aux tribunaux et rien, dans l'arrêt du 20 novembre 1920, ne laissait entendre que l'on fût revenu sur cette solution. Au contraire, dans ses conclusions, le procureur général Leclercq citait expressément l'arrêt du 25 juin 1840, qu'il rattachait à un courant qu'il qualifie de « constitutionnel », en ce sens qu'il se conformait aux vœux du Constituant⁹⁹.

Il n'était de surcroît pas possible de résoudre ce problème par une interprétation extensive du concept de droit civil ; on touchait en effet aux limites mêmes du concept de contestation et non à un simple problème d'incertitude quant aux domaines respectifs des droits civils et des droits politiques, sauf à ce que l'on admît que cette dernière catégorie couvrît également le contentieux objectif¹⁰⁰.

⁹⁶ A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *loc. cit.*, p. 83.

⁹⁷ Cass. 27 septembre 1928, *Pas.* 1928, I, p. 231.

⁹⁸ Cass. 22 octobre 1954, *Pas.* 1955, I, p. 151.

⁹⁹ Il renvoyait d'ailleurs le lecteur à l'ouvrage de Louis Wodon, dont son analyse était largement inspirée, lequel voyait également dans l'arrêt du 25 juin 1840 l'illustration d'un courant spécifique. Voy. L. WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles-Paris, 1920, pp. 88-89.

¹⁰⁰ Par ailleurs, comme le souligne S. LUST (Rechtsherstel, *loc. cit.*, p. 96-97) – et comme le relevait également Cyr CAMBIER –, l'arrêt *Flandria* se bornait à admettre la responsabilité de l'administration pour sa faute, mais ne précisait pas plus avant les critères d'appréciation de celle-ci, laissant planer des incertitudes quant à

B) Juridictions administratives

42. S'il permit de couper court aux projets de réformes constitutionnelles qui étaient alors discutés, l'arrêt *Flandria* du 5 novembre 1920 n'allait pouvoir constituer un obstacle durable à la généralisation de la juridiction administrative qui vint combler ses failles.

Cette généralisation prit deux formes : a) la création d'un Conseil d'État, d'une part, b) et la multiplication de juridictions étrangères au Pouvoir judiciaire, principalement dans le domaine de la sécurité sociale, d'autre part.

1) Conseil d'État

43. La naissance du Conseil d'État fut la conséquence directe de la restriction apportée à la compétence des tribunaux par l'arrêt de la *fabrique d'église de Juprelle*, sur laquelle l'arrêt *Flandria* ne revint pas. Consacrant l'existence de contestations dont l'objet se situe à la frontière floue entre droit subjectif et intérêt général, échappant dès lors aux prévisions des articles 92 et 93 de la Constitution, il préservait, dans ces marges limitées, l'immunité ancienne de l'administrateur-juge. Il fallait y remédier et la seule possibilité d'y pourvoir, puisque la Cour se refusait à intervenir, paraissait bien résider dans la création d'un Conseil d'État à la mode française.

En 1930, VELGE publiait un opus intitulé *L'institution d'un Conseil d'État en Belgique*¹⁰¹, ouvrage qui, à en croire les historiens du droit, rejette systématiquement toutes les objections à la création d'une telle juridiction et emportera la conviction du monde académique et politique¹⁰².

Il fallut un peu de temps pour que la démarche aboutisse.

Dès le 15 mai 1930, Carton de Wiart « déposait une proposition de loi, en laquelle on a pu reconnaître le "vrai départ" du mouvement qui allait conduire, non sans vicissitudes, à la loi

l'étendue exacte du contrôle exercé par les tribunaux : « Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 november 1920 kon immers niet het gehele probleem van het gebrek aan rechtsbescherming tegen de overheid oplossen, vermits het slechts betrekking had op één van de onderdelen van het administratieve contentieux, met name het aansprakelijkheidscontentieux. Het gebrek aan rechtsbescherming was echter ook nog te wijten aan het feit dat de rechtscolleges van de rechterlijke macht eveneens zeer terughoudend waren bij de toetsing van overheidshandelingen met toepassing van artikel 159 Gw. (toen artikel 107 Gw.). De rechtspraak beperkte zijn wettigheidstoezicht in belangrijke mate tot loutere vormgebreken en bevoegdheidsproblemen, maar was niet geneigd om in te grijpen als de overheid haar discretionaire bevoegdheid mogelijks op een abusieve manier had aangewend. Ook kon op artikel 159 Gw. enkel een beroep worden gedaan bij wijze van exceptie in een geding dat een ander voorwerp had dan de overheidshandeling waarvan de legaliteit werd betwist. Een rechtstreeks beroep tegen een overheidshandeling met toepassing van artikel 159 Gw. werd onmogelijk geacht. Ten slotte werd, samenhangend hiermee, als een gemis aangevoeld dat geen "objectief beroep" mogelijk was dat erop gericht was het objectieve recht te doen eerbiedigen los van de subjectieve rechten van de betrokkenen. Dit alles zette in de rechtsleer steeds meer een beweging in gang naar de oprichting van een Raad van State, als aanvulling op de ("subjectieve") rechtsbescherming zoals deze tot dan toe door de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht werd geboden ».

¹⁰¹ H. VELGE, *L'institution d'un Conseil d'État en Belgique*, Louvain, 1930, 320 pages.

¹⁰² I. SIRJACOBS et H. VANDEN BOSCH, *Les juridictions administratives en Belgique depuis 1795*, Bruxelles, 2006, p. 46.

du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État. Ce parlementaire préconisait l'institution d'une "Cour du contentieux administratif", dotée de plusieurs ordres de compétence : elle aurait eu à connaître de la réparation en équité des dommages causés par un acte ou par une négligence d'ordre administratif ; de l'annulation pour excès de pouvoir ou pour détournement de pouvoir des actes des diverses autorités administratives ; des conflits d'attributions entre les administrations publiques. Des lois particulières auraient pu déférer en outre à cette Cour la connaissance de requêtes en matière contentieuse administrative. Enfin, l'institution proposée aurait été amenée à donner des avis sur toutes questions d'ordre administratif que le Gouvernement lui aurait soumises »¹⁰³. Comme le relèvent LEWALLE et DONNAY, ce texte initial « ne proposait pas de confier à la Cour du contentieux administratif la mission de préparer les textes des lois et règlements ; il estimait que, moyennant certaines adaptations, le Conseil de législation déjà créé suffirait à cette tâche »¹⁰⁴.

Des dissolutions successives empêchèrent cette proposition d'aboutir. Il fallut attendre 1936 et le gouvernement Van Zeeland pour que le travail parlementaire s'enclenche réellement. Comme le relèvent les *Novelles*, « Le programme du gouvernement Van Zeeland, constitué le 24 juin 1936, prévoyait l'institution d'un Conseil d'État. Le gouvernement créa une commission chargée d'élaborer un avis destiné à l'éclairer sur l'opportunité de la création d'un Conseil d'État, sur son organisation et sa compétence éventuelles. La commission, présidée par M. H. ROLIN, conseiller à la Cour de cassation, établit un rapport qui porte, dans l'usage courant, le nom du président de la commission. Le projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre par le gouvernement (*Doc. parl.*, session 1936-1937, n° 211) reproduit en annexes de l'exposé des motifs l'avis de la commission et l'avant-projet de loi établi par celle-ci. Le projet du gouvernement conservait l'idée de la double compétence législative et contentieuse »¹⁰⁵.

La deuxième guerre mondiale vint toutefois interrompre les travaux des assemblées. Cependant, « dès le 25 mai 1945, le ministre de l'Intérieur, M. VAN GLABEKKE, créait une commission consultative, chargée de rechercher une sorte de transaction entre les points de vue opposés des Chambres de l'avant-guerre. Le texte du projet de loi remanié fut adopté par la Chambre des Représentants en décembre 1945, puis par le Sénat le 4 décembre 1946 ; sanctionné et promulgué par le Régent le 23 décembre 1946, il devint la loi organique du Conseil d'État »¹⁰⁶.

¹⁰³ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, *loc. cit.*, p. 439, n° 316.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Cependant, on constate que le projet reprenait une idée contenue dans le rapport de la commission Rolin : « L'inconstitutionnalité d'un régime qui investirait le Conseil d'État du pouvoir redoutable de détruire un arrêté royal, un règlement provincial ou communal, pratiquement sans recours possible, est certaine ». Cela étonne car H. VELGE dans son ouvrage : « L'institution d'un Conseil d'État en Belgique », publié en 1930, avait fait bonne justice des objections reprises en 1936. La section d'administration n'avait qu'une compétence d'avis sur des matières énumérées dans le projet. Les travaux préparatoires de la Chambre des représentants n'ont d'intérêt que pour l'historien du droit ; la Chambre des représentants adopta le projet le 12 avril 1938 ; voyez les *Novelles*, *Droit administratif*, t. VI, Le Conseil d'État, Bruxelles, 1975, p. 3 et suiv., spéc. p. 9, n° 13.

¹⁰⁶ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, *loc. cit.*, p. 439, n° 316.

C'est en 1946 que fut effectivement votée la loi créant le Conseil d'État. Elle entra en vigueur le 23 août 1948¹⁰⁷. Outre son rôle de conseil consultatif appelé à formuler un avis sur les projets de normes générales, il fut chargé de se prononcer, d'une part, sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives et, d'autre part, sur l'octroi d'indemnités relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité administrative, lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente pour statuer.

2) Les Commissions juridictionnelles

44. L'autre aspect du développement de la juridiction administrative prit la forme d'une multiplication des commissions instituées en dehors du pouvoir judiciaire et exerçant des missions juridictionnelles.

Ce n'est pas que la chose n'ait pas existé au dix-neuvième siècle ; ainsi qu'on l'a dit plus haut, la Belgique avait recueilli l'organisation napoléonienne qui prévoyait le jugement de certaines contestations par des corps administratifs. Celles-ci avaient cependant un objet bien défini, limité aux droits politiques classiques – *ius suffragii*, *ius tributi*, les deux étant d'ailleurs liés dans un système électoral censitaire. La juridiction administrative originelle était donc circonscrite et, au demeurant, elle avait été ramenée progressivement – quoique sur des modes hybrides – vers les tribunaux : en 1849 et 1865, on avait rendu possible le pourvoi en cassation contre les décisions des députations permanentes en matière de patentes¹⁰⁸, puis pour toutes les contributions directes¹⁰⁹ ; en 1881, on avait mis en place une procédure mixte prévoyant l'intervention successive du directeur des contributions et de la cour d'appel, avec possibilité de pourvoi¹¹⁰.

L'originalité des commissions juridictionnelles créées durant le vingtième siècle a résidé dans le fait qu'elles étaient chargées de contestations relatives à des droits nouveaux, liés au développement d'obligations positives à charge des pouvoirs publics et ne se rattachant pas aux droits politiques classiques. On désigne parfois ces droits nouveaux par les termes « droits-créances ». Autre particularité : une part importante de ce régime nouveau fut organisée par l'exécutif, ce qui allait finir par poser le problème de sa constitutionnalité, notamment en matière d'organisation des procédures juridictionnelles. En effet, si la Constitution, en son article 93, permettait qu'un contentieux pût être confié à la juridiction administrative, encore était-ce à la double condition que ce contentieux fût relatif à des droits politiques et que la juridiction fût établie par la loi. Par ailleurs, qualifier les droits en cause

¹⁰⁷ Pour une analyse récente voy. Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique: une histoire française ?*, Brussel, Bruylant, 2012 ; P. TAPIE et M. LEROY, « L'évolution du contentieux administratif en Belgique », *J.T.*, 1982, p. 222.

¹⁰⁸ Loi du 22 janvier 1849 qui modifie la loi sur les patentes, *Pasin.*, 1849, p. 11.

¹⁰⁹ Loi du 22 juin 1865 relative à la compétence des députations permanentes pour statuer sur les réclamations en matière de contributions directes, *Pasin.*, 1865, p. 174.

¹¹⁰ Loi du 30 juillet 1881 modifiant quelques dispositions législatives réglant la compétence des députations permanentes, *Pasin.*, 1881, p. 279.

de droits civils n'aurait rien changé à l'affaire, puisque les contestations relatives à ces derniers ne peuvent être déférées qu'aux seuls tribunaux.

45. On l'a dit plus haut, la prolifération des droits-créances et des commissions chargées de connaître de leur contentieux devait finir par confronter la Cour de cassation aux insuffisances de l'arrêt *Flandria* : le processus d'extension du domaine des droits civils allait en effet trouver ses limites face à des droits nés hors de tout processus se rattachant peu ou prou au droit civil.

Les partisans de la juridiction administrative, non contents d'avoir obtenu la création d'un Conseil d'État, firent campagne de publications critiquant la jurisprudence traditionnelle de la Cour, et l'expansion injustifiée du concept de droit civil.

Ils se divisèrent cependant sur la manière d'appréhender positivement ce qu'ils s'accordaient à exclure du domaine des droits civils. Certains, comme MAST, affirmèrent qu'il s'agissait de droits politiques¹¹¹. D'autres, comme WIGNY, restés fidèles à la conception traditionnelle restreinte des droits politiques, défendirent l'idée qu'il s'agissait de prérogatives échappant à la division traditionnelle, constituant une troisième catégorie de droits, qu'ils qualifièrent de « droits administratifs »¹¹².

Le choix des uns et des autres avait évidemment toute son importance sur le plan processuel. Analysés comme droits politiques, les droits-créances relevaient de la juridiction des tribunaux, sauf exception légale. Comme droits administratifs, ils échappaient aux prévisions de la Constitution ; les contestations y afférentes relevaient alors logiquement de la juridiction administrative. Wigny soutint même, dans ses premiers écrits, que les tribunaux ne pouvaient en aucun cas en prendre connaissance, fût-ce par habilitation législative, dès lors que la Constitution ne permettait pas à la loi d'étendre la juridiction des tribunaux¹¹³.

46. Ces développements modifièrent insensiblement les termes du débat tels qu'ils avaient été posés en 1920 et dans les années qui suivirent. L'arrêt *Flandria* et le mouvement d'expansion du domaine des droits civils visaient à répudier un système qui avait abouti à l'impunité de la puissance publique – et accessoirement, à contrecarrer l'implantation de la justice administrative.

¹¹¹ A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? », note sous Cass. 21 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 168-178 ; A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *loc. cit.*, 1956, pp. 81-94 ; H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, *loc. cit.*, p. 165 et suiv.

¹¹² Voy. P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. II, Bruxelles, 1952, p. 764 ; P. WIGNY, « Droits administratifs subjectifs. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 », *J.T.*, 1957, p. 361.

¹¹³ *Ibidem*, p. 364 : « J'avais émis la pensée que les droits administratifs ne pouvaient pas tomber sous la compétence des tribunaux civils. Après de nouvelles réflexions, cette conclusion me paraît exagérée. Elle implique que la compétence des tribunaux ordinaires est limitativement établie par les articles 92 et 93 sans que le législateur puisse l'étendre. C'est là une proposition que rien ne vient imposer. Il faut reconnaître avec M. DIDERICH et M. VAN DEN BRANDEN DE REETH, que le législateur est libre d'attribuer la connaissance des litiges, soit aux cours et tribunaux, soit à des juridictions administratives. Mais il doit prendre la décision. A défaut d'indication légale, on ne peut appliquer automatiquement l'article 93 ».

Les discussions d'après-guerre avaient un autre objet : il n'était plus question d'impunité, mais de conflit entre juridictions. La puissance publique avait son juge ; simplement, ce dernier était autre que les tribunaux, et certains contestaient que cela fût conforme à la Constitution.

La présomption de constitutionnalité des lois empêchait toutefois que la Cour pût examiner ces critiques. Le procureur général CORNIL avait encore rappelé, à l'aube des années cinquante, que, « comme le législateur ne peut faire que des lois conformes à la Constitution, comme le législateur est présumé fidèle à son serment d'observer la Constitution, les lois sont présumées conformes à la Constitution et le pouvoir judiciaire est impuissant à renverser cette présomption »¹¹⁴.

On a déjà cité plus haut l'arrêt du 22 octobre 1954¹¹⁵ dont MAST prétend qu'il refuse de qualifier de droit civil la pension des ouvriers mineurs¹¹⁶. En réalité, dans cet arrêt, la Cour semble surtout s'attacher à ne pas aborder la qualification du droit en cause, de crainte d'apprécier – ce qui ne se pouvait – la constitutionnalité de la réglementation légale octroyant compétence aux « commissions administratives des caisses de prévoyance » et au « conseil supérieur d'arbitrage »¹¹⁷.

47. Un pourvoi ultérieur offrit cependant à la Cour la possibilité d'examiner le problème sans craindre de se livrer à un contrôle de constitutionnalité des lois. Il donna lieu à un *arrêt* « *Trine* » du 21 décembre 1956¹¹⁸. Le fond de l'affaire se présentait sous la forme d'une contestation opposant l'État belge, représenté par le ministre des Finances, à un chômeur. Les parties étaient contraires quant à l'étendue des allocations de chômage, indûment payées, que le justiciable était tenu de rembourser.

Le litige s'expliquait par la circonstance que deux montants différents avaient été fixés. D'une part, le directeur du bureau régional de Liège du Fonds de soutien des chômeurs avait décidé, le 9 août 1948, que le défendeur avait perçu indûment des allocations de chômage pour un montant total de 22.177 francs ; cette décision fut confirmée successivement par la *commission de réclamation* et la *commission de recours* instituées par l'arrêt du Régent du 26 mai 1945. D'autre part, une procédure correctionnelle avait été poursuivie ; elle s'était

¹¹⁴ Conclusions précédant Cass. 20 avril 1950, *Pas.* 1950, I, p. 562.

¹¹⁵ Cass. 22 octobre 1954, *Pas.* 1955, I, p. 151.

¹¹⁶ A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *loc. cit.*, p. 83.

¹¹⁷ Pour rejeter le moyen pris notamment de la violation des articles 92 et 94 de la Constitution, qui reprochait à l'arrêt d'avoir admis que « les commissions administratives des caisses de prévoyance et le conseil supérieur d'arbitrage » ont le pouvoir de retirer les pensions et avantages par eux accordés, alors que les contestations ayant pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux, la Cour affirma que le grief manquait en droit, mais au terme d'un raisonnement qui ne vise toutefois formellement que les seules dispositions légales et réglementaires qui organisent l'octroi des pensions litigieuses. Aucune mention n'est faite de la Constitution. De ce fait, il n'est pas sûr que le manque en droit ait englobé le grief de constitutionnalité développé en queue de moyen. En toute hypothèse, dans le contexte de l'époque, la Cour n'aurait de toute manière pu confronter à la Constitution les dispositions légales octroyant compétence aux « commissions administratives » et au « conseil supérieur d'arbitrage ».

¹¹⁸ Cass. 21 décembre 1956, *Pas.* 1957, I, p. 430.

soldée par la condamnation du défendeur à une amende et au remboursement des allocations indues, fixées par la cour d'appel à la somme 3.700 francs.

À l'administration des Finances qui poursuivait la récupération de la somme de 22.177 francs, le défendeur, devant le tribunal qu'il avait saisi d'une opposition à contrainte, se prévalait de l'autorité de la chose jugée de la décision de la cour d'appel le condamnant à rembourser une somme limitée à 3.700 francs.

La configuration du litige impliquait nécessairement que la question de la nature de la commission de réclamation et de la commission de recours fût posée, et s'il était prétendu qu'elles se livraient à des activités juridictionnelles, que la conformité à Constitution de la réglementation les instituant fût mise en doute. En l'occurrence, ce dernier grief pouvait être formulé sans se heurter à la présomption de constitutionnalité des lois, puisqu'elles étaient instituées par l'arrêté du Régent du 26 mai 1945, c'est-à-dire une norme d'un niveau inférieur à celui de la loi, dont la conformité à la Constitution peut être appréciée par les tribunaux, conformément à l'article 107 de la Constitution – actuel article 159.

48. L'affaire offrait donc à la Cour de cassation l'occasion d'un examen de la question. Elle s'en saisit et, en cinq paragraphes, reformula les termes de la problématique : « Attendu que les contestations qui ont pour objet des droits subjectifs relèvent, non de l'administration active, mais de la juridiction ; Que celles qui portent sur des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ; Que celles qui ont pour objet des droits politiques sont en principe du ressort des tribunaux, mais que le législateur peut néanmoins en déférer la connaissance à d'autres juridictions ; Attendu que le droit aux allocations de chômage est compris parmi les droits prévus à l'article 93 de la Constitution sous les termes "droits politiques" ; Attendu qu'une juridiction contentieuse administrative ne peut être établie qu'en vertu d'une loi,

quels que soient les droits politiques sur lesquels portent les contestations qui lui sont soumises »^{119 120 121}.

On a parfois soutenu que *l'arrêt Trine* consacrait ce que l'on a appelé le critère organique des droits politiques, que le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH résumait comme suit : « Un droit sera politique et non civil quand le législateur aura déféré la connaissance des contestations qui portent sur ce droit à une juridiction administrative et non point aux cours et tribunaux. Si le droit était un droit civil, il n'aurait pas pu en déférer la connaissance à une juridiction administrative. L'article 92 de la Constitution l'interdit. Une loi promulguée est, pour le juge, présumée conforme à la Constitution et cette présomption ne peut être

¹¹⁹ *Pas.* 1957, I, p. 466. Plusieurs éléments retiennent l'attention.

Premièrement, la Cour affirme que les contestations qui ont pour objet de droits subjectifs relèvent de la juridiction, non de l'administration active. Il ne s'agit pas de soutenir, comme semble le penser Mast dans une note à la Revue critique de jurisprudence belge, que l'administration (au sens organique) ne pourrait jamais être saisie de contestations (v. note ci-dessous). Il s'agit juste d'indiquer que lorsqu'elle en connaît, elle exerce une fonction juridictionnelle. Le propos s'inscrit pleinement dans la ligne des considérations du procureur général Ganshof van der Meersch soulignant la distinction entre Pouvoir (organique) et fonction constitutionnelle (propos reproduits in extenso supra, n° 13, note 11). On notera que la Cour n'en est pas encore à se demander si ne pose pas problème le fait que l'administration, lorsqu'elle exerce la fonction juridictionnelle, ne remplit pas les conditions élémentaires d'indépendance et d'impartialité que l'on attend d'un juge. Cela viendra, mais plus tard. Ensuite, l'arrêt fait un sort au système des droits administratifs défendu par Wigny. Pour la Cour, il n'existe de contestations que relatives à des droits civils ou à des droits politiques. Une troisième catégorie, qui échapperait à cette distinction, ne se conçoit pas. Wigny lui-même, qui commente l'arrêt au Journal des tribunaux, le reconnaît, même s'il ne renonce pas totalement à l'idée d'une décision qui ne serait pas de principe, mais d'espèce (v. note ci-dessous). Enfin, l'arrêt rompt avec l'expansion du domaine des droits civils. Il admet qu'il existe des droits politiques autres que les quelques droits limités identifiés par la doctrine du dix-neuvième siècle. Concernant ce dernier point, la Cour n'indique cependant pas ce qui lui permet de les distinguer des droits civils. Elle se borne à mentionner que le droit aux allocations de chômage en fait partie, mais on cherche vainement une définition.

¹²⁰ A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? », note sous Cass. 21 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 170 : « Le premier considérant de l'arrêt annoté avance "que les contestations qui ont pour objet des droits subjectifs relèvent, non de l'administration active, mais de la juridiction". Cette affirmation fait surgir une nuée de points d'interrogation. Pourquoi donc un pouvoir juridictionnel ne pourrait-il être confié à des organes de l'administration active ? Le législateur n'a-t-il pas maintes fois confié au Roi ou à la députation permanente, qui sont des organes de l'administration active, le pouvoir de trancher des litiges ? La loi électorale communale, la loi du 27 novembre 1891 sur l'assistance publique, la loi du 11 octobre 1919, modifiée par la loi du 23 juillet 1924 et relative à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant ou pendant la guerre, la loi du 10 mars 1925 organique de l'assistance publique, n'en offrent-elles pas des exemples ? Les arrêts de la Cour de cassation des 16 février 1954 et 14 février 1956 ne constatent-ils pas que les décisions du directeur des contributions, qui est pourtant un organe de l'administration active, sont des actes de juridiction ? En vérité, l'article 93 se borne à disposer que les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. Il n'interdit pas au législateur de déférer à un organe de l'administration active, comme le Roi, le pouvoir de trancher certains litiges. Le législateur eût parfaitement pu donner à un fonctionnaire le pouvoir de statuer sur le droit subjectif à l'indemnité de chômage. L'octroi de cette compétence eût impliqué une dérogation au principe de la compétence des tribunaux ordinaires. Elle eût permis au titulaire du droit subjectif en cause de saisir le Conseil d'État en application de la disposition finale de l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 ».

¹²¹ P. WIGNY, « Droits administratifs subjectifs. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 », *J.T.*, 1957, p. 365 : « L'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 n'impose pas une solution de principe. Après tout, on pourrait considérer qu'en l'espèce, il s'agissait d'un droit à une somme due, échue et même payée – mais par excès. L'analogie est grande avec la jurisprudence relative aux traitements ».

combattue par aucune preuve contraire. Le législateur a décidé que le droit était, non un droit civil, mais un droit politique et qu'il attribuait compétence, pour connaître des contestations dont il est l'objet, à des organes autres que les tribunaux. Pour le révéler, il a recouru à un critère décisif pour le juge »¹²².

Ce raisonnement, exploitant une autre facette de la présomption de constitutionnalité des lois, avait ses partisans¹²³. Il semble toutefois difficile de considérer que l'arrêt en fait application ; le problème qu'il avait à résoudre était précisément celui de l'absence de loi désignant la juridiction administrative en cause, qui trouvait son assise dans un arrêté du Régent¹²⁴. La Cour, pour qualifier de droit politique le droit aux allocations de chômage, a donc nécessairement eu recours à autre système, sans qu'elle ne dise clairement lequel.

Paragraphe 3.- Mil neuf cent quatre-vingt-trois – La Cour d'Arbitrage

A) Prémices

1) La primauté du droit conventionnel – L'invasion de normes de sources supranationales à effets directs en droit interne – L'arrêt « Le Ski » du 27 mai 1971 et le contrôle de constitutionnalité

49. En 1971, dans une affaire opposant l'État belge à une société anonyme « *Fromagerie franco-suisse Le Ski* », la Cour fut amenée à prendre position sur le problème, alors débattu depuis un certain temps, du conflit entre le droit international et la loi belge. Déjà, la Cour de cassation luxembourgeoise¹²⁵ avait réglé la question – à l'avantage du droit international – et la meilleure doctrine belge appelait son homologue belge à emprunter la même voie¹²⁶. Et puis, dès 1964, la Cour de justice des Communautés européennes avait aussi, de son côté, dans l'arrêt *Costa c. Enel*, précisé l'exigence de primauté du Traité de Rome sur les lois des États membres.

La Cour de justice, au moyen d'irrecevabilité opposé par l'État italien à la demande d'interprétation préjudicielle, pris de ce que « la juridiction nationale, tenue d'appliquer une loi interne ne peut faire usage de l'article 177 », avait répondu : « attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre,

¹²² *Pas.* 1957, I, pp. 448-449.

¹²³ A. MAST, *De geschillen van bestuur naar Belgisch recht*, Bruxelles, 221 p. ; A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? », *loc. cit.*, pp. 168-178 ; A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *loc. cit.*, 1956, pp. 81-94), qui fut reprise par d'autres publicistes (H. LENAERTS, *op. cit.*, p. 321, n° 366).

¹²⁴ En réalité, par sa construction même, le critère organique n'était pas susceptible d'être consacré par la Cour de cassation. En effet, si une loi a attribué aux commissions une mission juridictionnelle, il n'est pas envisageable que la Cour ait à se prononcer sur la question de la qualification des droits en cause, puisqu'aborder cette question reviendrait à admettre qu'elle puisse se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution, ce qui lui était interdit.

¹²⁵ Cour sup. just. (Cass.), 14 juillet 1954, *Chambre des métiers c. Pagani*, *Pas. lux.*, XVI, 150.

¹²⁶ P. DE VISSCHER, « Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi », dans *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 608.

intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ».

Après avoir étayé cette affirmation sous différents angles, elle concluait « qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même; que le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ; qu'en conséquence il y a lieu de faire application de l'article 177, nonobstant toute loi nationale, au cas où se pose une question d'interprétation du traité »¹²⁷.

Dans son arrêt du 27 mai 1971, la Cour s'inscrit dans cette même ligne. Elle affirma : « Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ; Attendu qu'il en est a fortiori ainsi lorsque le conflit existe, comme en l'espèce, entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire ; Qu'en effet, les traités qui ont créé le droit communautaire ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que ces traités déterminent »¹²⁸.

Consacrant la primauté sur le droit belge du droit conventionnel directement applicable, l'arrêt du 27 mai 1971 ouvrait la voie à une remise en cause de la présomption de constitutionnalité de la loi. Si l'application de celle-ci pouvait être écartée lorsqu'elle était contraire au droit international, pourquoi n'eût-elle pu l'être pour cause de contrariété à la Constitution, norme subordonnée audit droit ?

50. Par un arrêt ultérieur du 3 mai 1974, la Cour parut s'engager sur cette voie¹²⁹.

Le demandeur, un médecin, avait fait l'objet d'une action disciplinaire devant le Conseil de l'Ordre, pour avoir fait paraître, à tout le moins avoir laissé publier, une annonce publicitaire dans un journal. Il avait soutenu en conclusions devant le Conseil d'appel que l'organisation professionnelle imposée aux praticiens de l'art de guérir par l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 n'était pas constitutionnelle. Notamment, l'obligeant à s'inscrire au tableau de l'Ordre des médecins, elle aurait selon lui porté atteinte à la liberté d'association.

¹²⁷ C.J.C.E., C-6/64, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*.

¹²⁸ Cass. 27 mai 1971, *Pas.* 1971, I, p. 919.

¹²⁹ Cass. 3 mai 1974, *Pas.* 1974, I, p. 910. Voy. les conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH publiée au *J.T.*, 1974, p. 564.

Le juge d'appel n'avait pas fait droit à ce raisonnement et le médecin, dans son pourvoi contre cette décision, faisait à nouveau valoir divers griefs pris de l'inconstitutionnalité de l'arrêté royal numéroté organisant l'Ordre.

Cependant, au regard de l'exception d'illégalité, les arrêtés royaux numérotés, c'est-à-dire les arrêtés de pouvoirs spéciaux adoptés en vertu d'une loi d'habilitation, présentent des caractéristiques particulières. Si le respect des limites de l'habilitation fait l'objet d'un contrôle scrupuleux, la vérification de leur conformité à la Constitution est sujette à discussion. En effet, à partir du moment où l'arrêté est conforme à la loi d'habilitation, une éventuelle violation de la Constitution est alors le fait, non pas du Roi, mais de la loi. Or, ceci ne peut se concevoir dans un système qui présume celle-ci irréfragablement conforme à celle-là¹³⁰.

En l'occurrence, le grief du demandeur était ainsi libellé qu'il subsistait une légère ambiguïté : il ne faisait pas de doute qu'il reprochait à l'arrêté d'être inconstitutionnel ; cependant, il n'apparaissait pas clairement qu'il ne reprochait pas à cette inconstitutionnalité de trouver sa source dans la loi elle-même.

51. Le ministère public ne s'y trompait pas, qui relevait en ses conclusions :

« La question demeure, je pense, si, en subordonnant la pratique de l'art médical en Belgique à l'inscription préalable du médecin au tableau de l'Ordre, le Roi, dans l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 n'a fait que réviser et adapter, conformément à la loi du 31 mars 1967, une règle qui était inscrite dans la loi du 25 juillet 1938. Et ne pourrait-on pas déduire de là que, s'il était établi, le vice d'inconstitutionnalité allégué par le demandeur trouverait son principe tant dans la loi du 25 juillet 1938 qui contenait la règle critiquée que dans la loi du 31 mars 1967 qui habilitait le Roi à la réviser ou à l'adapter ? S'il en était ainsi, vous pourriez être amenés à devoir réexaminer les questions que pose le contrôle de la conformité de l'acte législatif à la Constitution »¹³¹.

Dans la foulée de ce constat, le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH consacrait d'office de longs développements à l'analyse et à la critique de la jurisprudence traditionnelle de la Cour qui excluait que les tribunaux pussent juger de la constitutionnalité des lois.

¹³⁰ Les conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH relèvent à ce propos : « Sous réserve du cas où ils ont fait l'objet d'une loi de ratification, les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, étant des actes de l'exécutif, sont des "arrêtés et règlements généraux" soumis au contrôle des cours et tribunaux prévu par l'article 107 de la Constitution. Ainsi que le rappelait M. le procureur général Cornil en 1950, "les controverses à ce sujet se sont tues depuis que votre arrêt du 19 mars 1928 a entériné les lumineuses conclusions dans lesquelles M. GESCHÉ, alors avocat général avait analysé la nature et la portée des pouvoirs spéciaux. Les cours et tribunaux ont le pouvoir de contrôler la légalité des arrêtés de pouvoirs spéciaux. Mais de ce que la loi d'habilitation prévoit que le Roi peut abroger ou modifier des lois existantes, la jurisprudence a généralement déduit que les arrêtés de pouvoirs spéciaux ne doivent être conformes qu'à la loi d'habilitation. La Cour admet qu'en règle le contrôle institué par l'article 107 de la Constitution porte aussi sur la constitutionnalité des arrêtés de pouvoirs spéciaux. Mais, ce contrôle de constitutionnalité soulève des problèmes délicats lorsque le vice d'inconstitutionnalité qui est allégué, à le supposer établi, trouverait son principe dans la loi ».

¹³¹ *J.T.*, 1974, p. 565.

Le propos restait cependant purement théorique. Après avoir plaidé en faveur d'une remise en cause de la solution classique, ce très éminent haut magistrat concluait en effet : « Vous ne vous poserez ces questions, à l'exposé sommaire desquelles je n'ai pas cru pouvoir me dérober, que si vous estimez que le vice d'inconstitutionnalité qui est allégué, à le supposer établi, trouve nécessairement son principe dans la loi. Mais ne faut-il pas admettre, à prendre le moyen au pied de la lettre, que le demandeur, en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité, n'a entendu saisir la Cour que de la seule question de la conformité de l'arrêté à la Constitution et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Je suis enclin à l'admettre »¹³².

La Cour, pour sa part, se borna à affirmer, sans plus de précisions quant à l'objet concret de son contrôle, « que l'inscription obligatoire au tableau d'un ordre qui, comme l'Ordre des médecins, est une institution de droit public ayant pour mission de veiller au respect des règles de la déontologie médicale et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité de ses membres, ne peut être considérée comme inconciliable avec la liberté d'association, prévue à l'article 20 de la Constitution »¹³³.

52. Bien que ce fut de manière extrêmement prudente, l'arrêt du 3 mai 1974 manifestait les prémices d'un abandon par la Cour de sa position traditionnelle faisant interdiction aux tribunaux de contrôler la conformité des lois à la Constitution.

S'il fut accueilli favorablement par certains commentateurs¹³⁴, l'arrêt allait liquer contre lui ceux qui, d'une part, entendaient préserver coûte que coûte la présomption de constitutionnalité des lois et ceux qui, d'autre part, étaient favorables à un contrôle de constitutionnalité mais, partisans d'une juridiction constitutionnelle *ad hoc*, n'acceptaient pas qu'il fût exercé de manière diffuse par les tribunaux¹³⁵.

L'arrêt fut par ailleurs très mal reçu par ceux qui, à l'époque, personnifiaient le Pouvoir législatif. Ainsi, au Sénat, une proposition de loi fut immédiatement déposée par les sénateurs M.-A. Pierson (socialiste wallon), P. de Stexhe (social-chrétien wallon), J. Pede (libéral flamand), L. Lindemans (social-chrétien flamand) et E. Van Bogaert (socialiste flamand), dont l'article unique visait à couper court aux velléités de la Cour de cassation en affirmant purement et simplement que « Les cours et tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois ; cette compétence relève du seul Pouvoir législatif »¹³⁶.

¹³² *Ibidem*, p. 568.

¹³³ *Pas.* 1974, I, p. 913.

¹³⁴ A. VANWELKENHUYZEN, « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, p. 577 et p. 597.

¹³⁵ Sur cette division conceptuelle au sein des partisans du contrôle de constitutionnalité des lois, voy. K. RIMANQUE, « Overwegingen naar aanleiding van het cassatiearrest van 3 mei 1974 inzake Le Compte tegen de Ordre der Geneesheren », *T.B.P.*, 1974, p. 255.

¹³⁶ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1974-1975, n° 602/1.

Ce texte fut adopté en commission du Sénat à l'unanimité des dix-sept membres présents¹³⁷, avant d'être prudemment oublié. Il est vrai, comme le relève G. Rosoux, que la constitutionnalité de cette disposition était – c'est un euphémisme – douteuse¹³⁸.

Voilà, du reste, une belle illustration de l'indépendance toute relative du troisième pouvoir constitué et des foudres législatives quand le jeu des pouvoirs est en cause¹³⁹.

2) La fédéralisation de l'État unitaire belge - Règlement des conflits de compétence - Le Conseil d'État et la Cour d'arbitrage

a) Le Conseil d'État

53. Cependant, en même temps que se déroulaient ces événements, d'importants changements avaient lieu dans l'organisation constitutionnelle du pays. La première réforme de l'État, envisagée dès 1962, avait été réalisée entre 1968 et 1971¹⁴⁰. Dans ce cadre, la révision du 24 décembre 1970 avait satisfait les revendications d'autonomie culturelle des communautés linguistiques par la création de conseils culturels¹⁴¹. Le nouvel article 59*bis* de la Constitution les constituait par voie de dédoublement fonctionnel du Pouvoir législatif, chaque membre des Chambres étant de plein droit assigné à un groupe linguistique appelé à régler par voie de décret, acte équipollent à la loi, une série de matières déterminées¹⁴².

La première réforme de l'État prévoyait également la création d'institutions régionales. La réforme, sur ce point, était cependant loin d'être aboutie. Le Constituant se bornait à insérer dans la Constitution un article 107*quater* établissant le principe d'une régionalisation potentielle, en réservant pour le surplus au législateur spécial le soin de déterminer la forme et l'utilité concrète des institutions régionales.

Ce n'est qu'avec la deuxième réforme de l'État que les régions wallonnes et flamandes seront créées. À cette occasion, un article 26*bis* sera également inséré dans la Constitution pour préciser que les lois organisant les institutions régionales déterminent « la force juridique des règles que les organes qu'elles créent prennent » et qu'elles peuvent conférer aux organes

¹³⁷ *Ibidem*, n° 602/2.

¹³⁸ G. ROSOUX, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 202, note 9.

¹³⁹ Dans le même ordre d'idées, v. le retrait de la compétence de la Cour de juger des ministres à la suite de son arrêt en cause *Agusta-Dassault*, notamment, condamnant sévèrement un certain nombre de dignitaires ministériels, dont un ministre d'État ! Selon les commentateurs politiques, la Cour n'avait pas fait preuve de la compréhension requise pour les spécificités inhérentes à l'exercice des mandats au sein du pouvoir exécutif.

¹⁴⁰ J. VELU, *Droit public*, t. I^{er}, *loc. cit.*, pp. 185 et suiv, n° 123 et suiv. ; voy. spéc. la bibliographie exhaustive, p. 181, n° 119.

¹⁴¹ *Mon. b.*, 31 décembre 1970, p. 13705.

¹⁴² Les attributions initiales des conseils culturels étaient, d'une part, les matières culturelles, l'enseignement – à l'exclusion de ce qui a trait à la paix scolaire, à l'obligation scolaire, aux diplômes, aux subsides, aux traitements, aux normes de population scolaire – et la coopération entre les communautés culturelles ainsi que la coopération culturelle internationale, d'autre part, l'emploi des langues pour les matières administratives, pour l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics et pour les relations sociales entre les employeurs et leur personnel.

régionaux le pouvoir – semblable à celui dont disposaient déjà les communautés – de prendre des décrets ayant force de loi¹⁴³.

54. Cette multiplication des règles ayant force de loi, bien plus que le souci de garantir les citoyens contre les excès de pouvoir des Chambres, allait forcer l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois dans le système juridique belge.

En effet, si les architectes des réformes successives de l'État ne voyaient pas malice à ce que les Chambres fussent seul « juge » de la constitutionnalité des lois, tolérant par-là qu'elles pussent sans contrôle empiéter à leur guise sur les libertés fondamentales des citoyens, ils étaient nettement plus inquiets de la concurrence que les législateurs multiples, qu'ils créaient, étaient susceptibles de se livrer.

Ce souci devait nécessairement se traduire par la mise en place d'un contrôle du respect, par chacun des législateurs, des limites matérielles et territoriales de ses attributions. Et naturellement, puisque ces limites découlaient en partie du texte constitutionnel lui-même, ce contrôle devait être, à tout le moins pour partie, un contrôle de constitutionnalité. Tel était l'objet du paragraphe 8 de l'article 59*bis* précité, qui chargeait le législateur « d'organiser la procédure tendant à prévenir et à régler les conflits entre la loi et le décret ainsi qu'entre décrets ».

Dans un premier temps, la loi du 3 juillet 1971 prévoit de confier ce contrôle au Conseil d'État¹⁴⁴. Elle créait au sein de ce dernier une section des « conflits de compétence ». Elle aurait pu être saisie soit par requête, soit par voie de question préjudicielle. La requête devait émaner du conseil des ministres et être signée par le Premier Ministre. Les questions préjudicielles auraient pu être soumises « par les cours et tribunaux ou par toute autre juridiction ».

La procédure impliquait également les Chambres législatives.

D'une part, l'article 15 de la loi leur réservait un pouvoir du dernier mot. Il précisait : « les arrêts de règlement [...] acquièrent force exécutoire, sauf annulation par les chambres législatives dans les nonante jours qui suivent la notification qui en est faite par le greffier du Conseil d'État au président de chacune des Chambres législatives ; le greffier les dénonce simultanément au Premier Ministre ».

D'autre part, dans le souci de ménager les susceptibilités, quand le conflit de compétence était posé devant la Cour de cassation, celle-ci devait interroger non pas le Conseil d'État, mais en référer directement aux Chambres. L'article 20 de la loi prévoyait : « Lorsqu'une question préjudicielle telle que prévue à l'article 14 est soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, soit par les parties, soit d'office, la Cour transmet la question pour

¹⁴³ Article 26*bis* de la Constitution, tel qu'inséré par la révision du 17 juillet 1980, *Mon. b.*, 18 juillet 1980, p. 8644.

¹⁴⁴ Loi du 3 juillet 1971 relative à la répartition des membres des Chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise, *Mon. b.*, 6 juillet 1971, p. 8449.

décision aux Chambres législatives. Cette demande suspend le cours de la prescription. La décision des Chambres législatives produit ses effets le dixième jour qui suit la publication au Moniteur belge ».

La réglementation de 1971 resta en grande partie lettre morte¹⁴⁵.

Le seul arrêt de la Cour qui, en application de la loi du 3 juillet 1971, ait décidé de soumettre aux Chambres législatives une question préjudicielle relative à une contradiction entre une loi et un décret, date du 11 juin 1979¹⁴⁶ ; dans cet arrêt rendu en cause de *Vandenplas c. s.p.r.l. Etablissement Bartholomé-Lovinfosse*, la Cour considéra de manière implicite que le décret du 19 juillet 1973 du Conseil culturel néerlandais réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeurs et travailleurs était conforme aux règles constitutionnelles déterminant la compétence territoriale des conseils culturels, constata que ce décret était contraire à l'article 52, § 1^{er}, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966 et transmit la question préjudicielle pour décision aux Chambres législatives¹⁴⁷.

b) La Cour d'arbitrage

55. Le régime originel du règlement des conflits de compétence ne donnant pas satisfaction, il fut remis sur le métier lors de la deuxième réforme de l'État. On convint de conférer à une juridiction – la *Cour d'arbitrage* – le pouvoir de contrôler la conformité des divers actes législatifs avec les règles établies par ou en vertu de la Constitution pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions. L'article

¹⁴⁵ Comme le relève le procureur général VELU dans sa longue étude consacrée au « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités » (J. VELU, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités, Bruxelles, 1992, p. 21 et suiv., n° 18) :

« (...) (la loi du 3 juillet 1971 instituait au sein du Conseil d'État une section nouvelle dénommée section des conflits de compétence, section qui en réalité ne fut jamais constituée. On pourrait comparer cette section à la légendaire jument de Roland, qui avait toutes les vertus ou presque, mais à qui manquait une qualité essentielle : l'existence. Théoriquement, cette section aurait réglé les conflits entre les lois et les décrets, ainsi qu'entre les décrets, à la requête, soit du Conseil des ministres, soit, à titre préjudiciel, d'une juridiction. Le dernier mot n'aurait cependant pas appartenu au Conseil d'État. Le Parlement aurait eu, en effet, la possibilité d'annuler les arrêts de règlement de la section des conflits de compétence. Ce système fut surtout critiqué en raison de cette restriction importante apportée à la force exécutoire des arrêts rendus par la section des conflits de compétence : les arrêts de règlement n'auraient acquis force exécutoire que s'ils n'étaient pas annulés par les Chambres législatives dans les nonante jours qui suivaient leur notification au président de chacune de ces Chambres.

Ce mécanisme de règlement des conflits de compétence ne fonctionna que par l'effet d'une exception que la loi du 3 juillet 1971 prévoyait dans l'hypothèse où la question préjudicielle relative à la contradiction entre une loi et un décret ou entre décrets du Conseil culturel de la communauté culturelle française et du Conseil culturel de la communauté culturelle néerlandaise était soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation. En ce cas, la Cour ne devait pas soumettre cette question à la section des conflits de compétence du Conseil d'État elle la transmettait pour décision aux Chambres législatives. (...) » (arrêt en cause *Vandenplas c. s.p.r.l. Etablissement Bartholomé-Lovinfosse*).

¹⁴⁶ Cass. 11 juin 1979, *Pas.* 1979, I, p. 1166.

¹⁴⁷ « Il est clair que le système de règlement des conflits de compétence prévu par la loi du 3 juillet 1971 n'était pas exclusivement juridictionnel ; il relevait exclusivement du Parlement national lorsque la contradiction entre loi et décret ou entre décrets se révélait lors de l'instance en cassation ; il n'aurait eu lieu qu'avec l'accord de celui-ci dans les autres cas ». (J. VELU, *ibid.*)

107^{ter}, introduit dans la Constitution le 29 juillet 1980, prévoyait, en son paragraphe 2, la création d'une Cour d'arbitrage, compétente pour régler les conflits entre la loi, le décret et les règles visées à l'article 26^{bis}, ainsi qu'entre les décrets entre eux et entre les règles visées à l'article 26^{bis} entre elles.

Le nouveau régime ne devait cependant pas entrer en vigueur immédiatement ; une période transitoire de six mois était prévue, durant laquelle le règlement des conflits continuerait à se faire pour l'essentiel selon les modalités antérieures, c'est-à-dire, à défaut d'avoir constitué la section des conflits de compétence au sein du Conseil d'État, qu'il serait inexistant. Le seul conflit susceptible d'être tranché était celui soulevé à titre préjudiciel par la Cour. Sur ce point, le régime transitoire différait légèrement de celui de la loi 1971 : il abandonnait le référé aux Chambres et octroyait à la Cour le pouvoir de statuer elle-même sur le conflit de compétence préjudiciel¹⁴⁸.

La Cour fit application de ce mécanisme dans une affaire « *Van Hoet c. s.a. Aimò* » qui donna lieu à deux arrêts, le premier¹⁴⁹ réglant le conflit de compétence, le second¹⁵⁰ tirant les conséquences de l'absence d'annulation de cette décision par les Chambres.¹⁵¹ Il est significatif que cet épisode, où la Cour arbitra avec succès un conflit à l'aune de son interprétation de la Constitution, avec l'aval du parlement, n'est somme toute guère restée dans les mémoires constitutionnalistes.

56. Prévus pour durer six mois, la période transitoire ne prit en réalité fin qu'en 1984. Il fallut attendre trois ans pour que soit votée la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 25 : « La principale modification intervenue se rapportait au cas où une question préjudicielle relative à la contradiction entre une loi et un décret ou entre des décrets, était soulevée pour la première fois devant votre Cour. Alors que dans le système antérieur, votre Cour devait en ce cas transmettre la question pour décision aux Chambres, dans le système transitoire de la loi du 9 août 1980, la décision relevait de la compétence de votre Cour. Mais, de même que l'hypothétique arrêt de règlement du Conseil d'État, l'arrêt de votre Cour n'était définitif que s'il n'était pas annulé par les Chambres législatives dans les nonante jours qui suivaient la notification qui en était faite au président de chacune des Chambres. L'arrêt devait être dénoncé simultanément au Premier ministre ou au président de l'Exécutif communautaire ou régional, selon le cas. Ainsi, dans ce système transitoire, si la Cour constatait qu'il y avait une contradiction entre une loi et un décret ou entre deux décrets, elle avait, avant de se prononcer plus avant sur le pourvoi, à statuer elle-même sur la question préjudicielle née de cette contradiction. Comme le système antérieur, ce système transitoire ne put fonctionner effectivement que dans la seule hypothèse que je viens d'évoquer ».

¹⁴⁹ Cass. 30 mars 1981, *Pas.* 1981, I, p. 824.

¹⁵⁰ Cass. 8 février 1982, *Pas.* 1982, I, p. 710.

¹⁵¹ J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, loc. cit., p. 26 : « Par un premier arrêt rendu le 30 mars 1981, votre Cour considéra de manière implicite que le décret du 19 juillet 1973 du Conseil culturel néerlandais réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeurs et travailleurs était conforme aux règles constitutionnelles déterminant la compétence territoriale des conseils culturels, constata qu'il existait une contradiction entre l'article 10 de ce décret et l'article 59 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966 et avant de statuer plus avant, décida qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 10 du décret et non l'article 59 des lois coordonnées. Par un second arrêt rendu le 8 février 1982, votre Cour, constatant que son arrêt du 30 mars 1981 n'avait pas été annulé dans les nonante jours suivant sa notification au président de chacune des Chambres et donnant à ce dernier arrêt les suites qu'il comportait, cassa la décision attaquée par application de l'article 10 du décret du 19 juillet 1973 ».

compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage¹⁵². Les membres de la Cour furent installés en octobre 1984 et les premiers arrêts rendus en 1985¹⁵³.

A cette époque, la Cour d'arbitrage restait exclusivement chargée du règlement des conflits de compétence. Cependant, pour qui ne se cantonnait pas à une analyse superficielle, apparaissaient déjà les signes d'un élargissement inéluctable de ses compétences et sa mutation en juridiction constitutionnelle à part entière¹⁵⁴.

B) Juridiction constitutionnelle

1) La Cour d'arbitrage – Compétence élargie au respect des règles constitutionnelles garantissant l'égalité devant la loi et la liberté d'enseignement, et interdisant les discriminations

57. Vers la fin des années quatre-vingt, la troisième réforme de l'État poursuit l'œuvre de transformation institutionnelle et culturelle du pays.

Deux éléments faisaient office de catalyseur pour la poursuite de la fédéralisation : « l'effondrement de l'industrie de l'acier en Wallonie et les plans d'économie du gouvernement Martens/Verhofstadt dans l'enseignement »¹⁵⁵. Concernant ce dernier point, « les mesures d'économies annoncées en 1986-1987 dans l'enseignement » avaient « révélé les importantes différences existant entre le coût des enseignements flamand et francophone » et « la Flandre ne voulait plus payer », ni « pour l'industrie wallonne déficitaire », ni pour « l'enseignement francophone coûteux »¹⁵⁶.

Commandée par un impératif de responsabilité financière, la communautarisation de l'enseignement fut donc décidée. Ce transfert de compétences comportait toutefois un risque majeur : celui d'une remise en cause, dans chaque communauté, des équilibres subtils du pacte scolaire.

Pour le conjurer, on se résolut à étendre les attributions de la Cour d'arbitrage. Dorénavant, elle se prononcerait non seulement sur le respect, par chaque législateur, des règles répartitrices de compétences, mais aussi sur le respect des règles constitutionnelles garantissant l'égalité devant la loi et la liberté d'enseignement, et interdisant les discriminations : les articles 6, 6*bis* et 17 de la Constitution de 1831. De même, on étendit ses modes de saisine : en annulation, elle ne serait plus uniquement susceptible d'être saisie par des acteurs institutionnels ; elle pourrait l'être par toute personne justifiant d'un intérêt.

¹⁵² *Mon. b.*, 8 juillet 1983, p. 8911.

¹⁵³ G. ROSOUX, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *loc. cit.*, p. 203. Voy. le compte-rendu de la séance solennelle du 1^{er} octobre 1984, *A.P.T.*, 1984, p. 243.

¹⁵⁴ J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, *loc. cit.*, p. 32.

¹⁵⁵ M. VAN DEN WEYNGAERT, « Le fédéralisme belge », dans *D'une Belgique unitaire à une Belgique fédérale*, Bruxelles, 2011, p. 30.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Concernant les secteurs nationaux et les impacts financiers des conflits communautaires y afférents, voy. ég. B. BAYENET et G. PAGANO, *Le financement des entités fédérées : un système en voie de transformation*, Bruxelles, 2011, p. 34.

On ne sait si les auteurs de la réforme avaient pensé limiter strictement le contrôle de la constitutionnalité aux législations relatives à l'enseignement¹⁵⁷. Si telle était leur intention, une lecture attentive de la jurisprudence des premières années d'existence de la Cour d'arbitrage leur aurait révélé une propension de cette dernière à concevoir sa mission de manière extensive¹⁵⁸.

En 1990, J. VELAERS relevait : « Door de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet binnen het toetsingsbereik van het Arbitragehof te brengen, heeft de Grondwetgever de bevoegdheid van het Hof enorm uitgebreid. Artikel 6 van de Grondwet bepaalt immers: "Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld." Artikel 6bis van de Grondwet luidt: "Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet onder meer de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden." Aangezien het gelijkheidsbeginsel een algemene draagwijdte heeft en aangezien een met de overige grondwetsbepalingen strijdige regel, vaak ook een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt, zal het Hof voortaan zichzelf nog slechts nauwelijks een "grondwettelijk hof met een

¹⁵⁷ Voy. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1996, n° 64 : « Certains ont défendu l'idée que les trois dispositions devaient être jumelées : ce n'est que dans les matières touchant à la liberté de l'enseignement que la Cour d'arbitrage aurait reçu mission de contrôler le respect du principe d'égalité. L'argument le plus précis, sinon le plus pertinent, à l'appui de cette thèse est d'ordre textuel : la Cour d'arbitrage est chargée de censurer une loi ou un décret qui méconnaît les articles 10, 11 et 24 de la Constitution. Si la thèse inverse devait être défendue, n'aurait-il pas fallu opter pour la préposition « ou » ? ».

Voy. aussi J. VELAERS, *Van Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof*, Anvers, 1990, p. 162 : « Op grond van een louter "grammaticale" interpretatie kan men deze vraag niet beantwoorden. Het woord "elk" kan immers een collectieve of een distributieve nevenschikking aanduiden. In casu is het niet duidelijk of de grondwetgever met: "Het Hof doet ... uitspraak over de schending van de artikelen 6, 6bis en 17" heeft bedoeld "de schending van artikel 6, de schending van artikel 6bis en de schending van artikel 17" (distributieve nevenschikking), dan wel de "schending van de artikelen 6, 6bis en 17 samen". (collectieve nevenschikking). De tekst is ambigu. Vanuit louter grammaticaal oogpunt is hij voor twee interpretaties vatbaar ».

¹⁵⁸ Comme le relevait le procureur général VELU dans sa mercuriale de 1992 : « Cependant, déjà pendant cette période de 1984 au début de 1989, alors qu'elle n'était investie constitutionnellement et légalement que du pouvoir de régler certains conflits de compétence, la Cour d'arbitrage a été amenée à interpréter, voire à appliquer, indépendamment de règles directement applicables de traités, des règles constitutionnelles autres que celles qui déterminent les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions et spécialement des règles constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux et aux libertés. La doctrine a cru pouvoir expliquer ce qu'elle a appelé cet effet "induit" ou "indirect" du contrôle spécialisé de la Cour d'arbitrage à la fois par les méthodes de travail de cette juridiction et par la nature même des règles constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux. Dans la conception kelsénienne, tous les vices d'inconstitutionnalité des normes législatives se ramènent en définitive à des vices d'incompétence en ce sens que lorsqu'une norme d'un législateur est inconstitutionnelle, c'est en raison de ce que cette norme n'aurait pu être prise valablement que par le pouvoir constituant. Ni le Constituant de 1980 et de 1988, ni le législateur de 1983 et de 1989 n'ont consacré cette conception et la Cour d'arbitrage, à juste titre, ne l'a pas fait sienne. Mais ce n'est pas s'y rallier que d'admettre qu'il existe souvent un lien étroit entre les règles constitutionnelles de compétence et les règles constitutionnelles de fond et qu'il est parfois délicat de distinguer entre le contrôle de conformité aux unes et le contrôle de conformité aux autres » (J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, *loc. cit.*, p. 32.). Il était donc logique que, dotée d'attributions élargies, la Cour d'arbitrage les utilisât pour étendre encore plus nettement ses compétences et que, dissociant l'interdiction des discriminations de la liberté d'enseignement, elle exerçât un contrôle de constitutionnalité à portée générale, quoiqu'intervenant par le truchement du respect de l'égalité.

beperkte bevoegdheid" kunnen noemen. Alhoewel het aantal grondwetsartikelen waaraan het Hof kan toetsen beperkt blijft, zal het onvermijdelijk verschillende aspecten van de grondwettigheid in de toetsing aan de artikelen 6 en *6bis* dienen te betrekken »¹⁵⁹.

2) La Cour constitutionnelle

58. Tel qu'issu de la troisième réforme de l'État, l'article 142 de la Constitution (dans sa numérotation de 1994), établissant « pour toute la Belgique, une Cour d'arbitrage, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi », prévoyait que cette Cour statue par voie d'arrêt sur les conflits de compétences et sur la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles 10, 11 et 24.

L'article 142, alinéa 2, 3°, permettait toutefois que la Cour pût statuer sur la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, d'autres articles de la Constitution. Cette disposition requérait que ces autres articles fussent désignés par une loi spéciale.

À deux reprises, le champ des normes de références a été étendu par le législateur spécial.

D'abord, par l'effet de la loi spéciale du 9 mars 2003, dont les articles 2 et 9 ont modifié les articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, pour donner à cette Cour le pouvoir de statuer sur des recours en annulation et sur des questions préjudicielles relatifs à la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, « des articles du titre II "Des Belges et de leurs droits", et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution »¹⁶⁰.

¹⁵⁹ J. VELAERS, *Van Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof*, loc. cit., p. 166.

¹⁶⁰ Loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Mon. b.*, 11 avril 2003, p. 18.384.

L'exposé des motifs (*Doc. parl.*, Sén., s.o. 2000-2001, n° 897/1, p. 2, indiquait à propos de la réforme projetée : « Conformément à l'article 142 de la Constitution, la Cour d'arbitrage statue sur la violation par une loi, un décret ou une ordonnance, des règles constitutionnelles et légales de répartition de compétence, des articles 10, 11, et 24 de la Constitution, ainsi que des autres articles de la Constitution que la loi détermine.

La Constitution donne ainsi au législateur la possibilité d'élargir les compétences de la Cour d'arbitrage, par une loi à majorité spéciale (cf. article 4, dernier alinéa, de la Constitution).

Le projet de loi spéciale que le gouvernement a l'honneur de vous soumettre vise à élargir les compétences de la Cour aux libertés et droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Suivant la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, les libertés et droits fondamentaux inscrits dans la Constitution, ainsi que les droits fondamentaux repris dans les traités internationaux ayant un effet direct en droit belge, sont garantis en Belgique sans discrimination. Cette jurisprudence implique que la Cour se considère compétente pour vérifier la conformité des lois, décrets et ordonnances aux libertés et droits constitutionnels, par le biais d'un contrôle de conformité aux articles 10, 11 et 24 de la Constitution. Ce contrôle « indirect » de conformité conduit aussi bien la Cour d'arbitrage que les parties devant celle-ci, à l'élaboration de raisonnements compliqués qui aboutissent au même résultat que celui qu'offre un contrôle direct de conformité. Par souci de sécurité juridique et de clarification de la jurisprudence de la Cour, il paraît par conséquent indiqué d'attribuer à la Cour, la compétence de vérifier la conformité des actes législatifs aux libertés et droits fondamentaux.

Cette réforme n'a donc nullement pour but qu'il soit touché, de quelque façon que ce soit, à la jurisprudence actuelle de la Cour.

L'élargissement de compétence concerne les droits et libertés inscrits dans la Constitution, à savoir le Titre II, l'article 172 - qui prévoit le principe de l'égalité devant l'impôt - et l'article 191 - qui garantit à tout étranger se trouvant sur le territoire belge la jouissance de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi.

Ultérieurement, les articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ont également été modifiés par les articles 47 et 48 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, pour permettre à ladite Cour de connaître de recours ou questions fondés sur la violation de l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution, qui consacre l'obligation de loyauté des composantes de la fédération belge¹⁶¹.

Entre-temps, l'extension des pouvoirs de la Cour intervenue en 2003 avait justifié que sa dénomination fût adaptée et que, de Cour d'arbitrage, elle fût renommée en Cour constitutionnelle¹⁶².

Ce passage d'un arbitre vers une juridiction alla de pair avec une perception invasive de son pouvoir exclusif d'unique interprète de la Constitution ; le dogme du monopole du contrôle constitutionnel et, par voie de conséquence du contrôle de la conventionnalité, au profit de la Place Royale¹⁶³ mais au détriment de la Place Poelaert¹⁶⁴, était né.

Un des derniers épisodes l'illustrant est la loi d'assentiment au Protocole n° 16 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 2 octobre 2013¹⁶⁵. L'objet du Protocole n°16 est de permettre aux plus Hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées par cette dernière, d'adresser à la Cour européenne des Droits de l'Homme des demandes d'avis consultatifs sur

Cette extension de compétence de la Cour au contrôle du respect des libertés et droits constitutionnels conduira à assurer une plus grande unité dans la détermination de leur portée ».

¹⁶¹ Loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *Mon. b.*, 31 janvier 2014, p. 8654.

¹⁶² Révision de la Constitution du 7 mai 2007, *Mon. b.*, 8 mai 2007, p. 25.101.

L'exposé des motifs de la proposition de révision (*Doc. parl.*, Sén., s.o. 2004-2005, n° 1052/1, p. 2) indiquait à ce propos :

« Il est clair, en tout cas, que la dénomination "Cour d'arbitrage" n'est plus adaptée aux compétences actuelles de la cour. Lors de sa création, la Cour d'arbitrage n'avait qu'une seule compétence, à savoir la résolution des conflits entre la loi, le décret et les règles visées à l'article 26bis (actuellement 134) de la Constitution, entre des décrets ou entre des règles visées à l'article 26bis.

La révision de la Constitution du 15 juillet 1988 (Moniteur belge du 29 juillet 1988) et la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ont attribué à celle-ci de nouvelles compétences très importantes.

Désormais, la cour statue également sur les violations présumées, par une loi, un décret ou une ordonnance, des articles du titre II, "Des Belges et de leurs droits", et des articles 170, 172 (principes de légalité, d'égalité et de non-discrimination en matière d'impôts) et 191 (droits et libertés des étrangers) de la Constitution.

Il y a donc bien longtemps que les compétences de la Cour d'arbitrage ne se limitent plus à la résolution ou à l'arbitrage des conflits de compétences entre les divers législateurs de notre pays.

C'est pourquoi il est proposé de modifier la dénomination de la Cour d'arbitrage en "Cour constitutionnelle". Ce changement d'appellation ne modifie en rien les attributions et les fonctions qui sont d'ores et déjà celles de la cour.

Si la dénomination est changée en "Cour constitutionnelle", il y a lieu d'adapter en conséquence l'intitulé du chapitre V de la Constitution et celui de la section II de ce chapitre. Il peut être recouru, pour ce faire, à l'article 198 de la Constitution.

Il va de soi que les références à la Cour d'arbitrage dans les lois spéciales et autres lois devront, elles aussi, être adaptées à la nouvelle dénomination de la cour ».

¹⁶³ Siège de la Cour constitutionnelle.

¹⁶⁴ Siège de la Cour de cassation.

¹⁶⁵ Loi du 30 octobre 2022 portant assentiment au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 2 octobre 2013. La loi a été publiée au *Moniteur belge* le 5 décembre 2022. Le Protocole n° 16 est pleinement en vigueur en Belgique depuis le 1^{er} mars 2023.

des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

Ce dialogue entre les plus Hautes juridictions nationales et la Cour est décrit dans le préambule au Protocole qui mentionne le renforcement, d'une part de l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et d'autre part, le renforcement de la mise en œuvre de la Convention conformément au principe de subsidiarité. Le Gouvernement belge, après consultation de ces juridictions, a proposé la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'État.

À la demande expresse et sur insistance de la Cour constitutionnelle le Gouvernement a précisé que l'assentiment au Protocole 16 ne porte pas atteinte à la règle relative à l'ordre de priorité chronologique en ce qui concerne le contrôle des lois, des décrets et des ordonnances en cas de concours de droits fondamentaux comme établi par l'article 26, § 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle de sorte que la Cour de cassation et le Conseil d'État demeurent tenus d'interroger d'abord à ce sujet la Cour constitutionnelle. Il est assez certain que tel ne fut pas l'objectif poursuivi par la CEDH via ce Protocole¹⁶⁶.

Section 3. – Concentration du pouvoir juridictionnel

59. Le Pouvoir judiciaire partage la fonction juridictionnelle avec des institutions relevant d'autres Pouvoirs. Il reste cependant le seul à en disposer pleinement.

Paragraphe 1^{er}.- Concentration vis-à-vis du juge administratif

60. La juridiction administrative a donc émergé au cours du vingtième siècle, non seulement avec la création du Conseil d'État, mais aussi avec la multiplication des commissions juridictionnelles chargées d'un contentieux ayant pour objet des droits subjectifs.

En ce qui concerne celui-ci **(A)** on constate qu'après une phase de multiplication anarchique des commissions, un processus de rationalisation s'est mis en route qui a abouti à les intégrer dans le giron du pouvoir judiciaire **(1)**.

Il subsiste néanmoins certaines formes limitées de commissions administratives exerçant une fonction juridictionnelle, ce qui pose la question du contrôle de leur régularité, c'est-à-dire, de manière plus générale, celle du règlement des conflits d'attribution **(2)**.

Par ailleurs, en ce qui concerne le Conseil d'État, abstraction faite de ses missions relevant du contentieux des droits subjectifs, où il constitue organe juridictionnel parmi d'autres, se pose la question de la nature exacte de ce que l'on qualifie de contentieux objectif **(B)**. Le concept est en réalité paradoxal, ce qui transparait des débats relatifs à la théorie de l'objet véritable du recours ou l'exigence de pleine juridiction découlant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La seule manière de restaurer

¹⁶⁶ Projet de loi portant approbation du Protocole n° 16, Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch.*, n° 55-2631/001, 6.

une cohérence d'ensemble consiste à considérer que le contentieux dit « objectif » n'est qu'une variété de contentieux relatif à des droits politiques.

A) Le contentieux des droits subjectifs

1) La judiciarisation – Le contentieux social et le contentieux fiscal

61. La Constitution permet à la loi de confier à un juge administratif le contentieux relatif à des droits subjectifs à caractère politique. Le législateur a fait usage de cette faculté à de nombreuses fois, dans divers domaines. Dans deux cas, il a fini par revenir sur ce choix, pour finalement confier aux tribunaux, juges naturels du contentieux des droits subjectifs, des attributions qu'il leur avait refusées. Il s'agit, d'une part, (a) du contentieux de la sécurité sociale, et, d'autre part, (b) du contentieux fiscal.

a) Le contentieux social – le tribunal du travail

62. Le contentieux de la sécurité sociale s'est construit de manière progressive et, surtout, au coup par coup. Au fur et à mesure que l'on reconnaissait des droits sociaux, on dotait chacun d'eux de son propre environnement juridictionnel. On a ainsi abouti à la création d'un écosystème chaotique, juxtaposant quantité de procédures disparates¹⁶⁷.

Dans sa thèse publiée en 1957, Lenaerts livre un examen détaillé des multiples règles applicables¹⁶⁸. Il expose les systèmes juridictionnels existant en matière de retraites de mineurs¹⁶⁹, d'ouvriers¹⁷⁰, d'employés¹⁷¹, de marins¹⁷², d'indépendants¹⁷³, qui diffèrent non seulement entre eux, mais aussi par rapport aux autres droits sociaux : allocations de chômage¹⁷⁴, de maladie et d'invalidité¹⁷⁵, allocations familiales¹⁷⁶, pécule de vacances¹⁷⁷, accidents du travail¹⁷⁸, maladies professionnelles¹⁷⁹, allocations pour infirmes et handicapés¹⁸⁰.

Il conclut son analyse en ces termes :

¹⁶⁷ Pour un examen approfondi de l'écosystème des commissions administratives juridictionnelles et la naissance des juridictions du travail, v. A. HENKES, alors substitut général, Discours à l'audience solennelle de rentrée de la cour du travail de Liège, le 4 septembre 1991, consacré à « *La commission administrative nationale - considérations à propos d'un organe administratif quasi juridictionnel* », dans *J.T.T.*, 1992, n°s 516 et 517.

¹⁶⁸ H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, loc. cit., p. 240 et suiv., n° 270 et suiv.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 248, n° 280.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 250, n° 283.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 264, n° 299.

¹⁷² *Ibidem*, p. 264, n° 300.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 266, n° 303.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 268, n° 305.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 273, n° 312.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 275, n° 315.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 277, n° 317.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 280, n° 321.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 281, n° 323.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 282, n° 324.

« Uit het onderzoek van de sociale wetgeving dringt zich als eerste besluit onvermijdelijk op dat het absolute burgerrechtelijk karakter van de sociale rechten door de positieve wetgeving wordt tegengesproken. De meeste wetten van sociale zekerheid dragen de beoordeling van de geschillen waartoe de sociale rechten aanleiding geven, aan administratieve rechtscolleges op. Voorzeker, het systeem van administratieve rechtspraak in de verschillende takken van de sociale zekerheid is zeer verscheiden en onsaamenhangend: in sommige gevallen is het rechtsprekend karakter van de ingestelde organen zeer twijfelachtig, in andere gevallen kan op het eerste gezicht niet met zekerheid worden gezegd of de wetgever administratieve rechtscolleges heeft willen oprichten dan wel de mogelijkheid heeft verleend de geschillen te laten beslechten door eigenlijke scheidsgerechten in de zin van de artikelen 1003 en vlg. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die geen afbreuk doen aan de uitsluitende bevoegdheid van de rechterlijke macht »¹⁸¹.

63. La réforme judiciaire, dont l'aboutissement sera l'adoption, en 1967, du Code judiciaire, a été l'occasion de s'interroger sur la pertinence d'un système faisant coexister des tribunaux judiciaires et des commissions juridictionnelles administratives. Il est apparu que, même si un effort de synthèse semblait souhaitable, il n'était pas possible de s'y atteler dans le cadre de la réforme.

Dans son rapport, le commissaire royal à la réforme judiciaire VAN REEPINGHEN notait à cet égard :

« Aux tribunaux revient, en principe, la protection, en cas de conflit, de tous les droits. Seuls et pour autant que, par exception, le législateur le permette, les droits dits politiques sont susceptibles de trouver un autre juge, pourvu que l'article 94 de la Constitution soit respecté. L'on peut disputer de la distinction entre droits civils et politiques. Elle épouse celle, couramment évoquée, à l'époque, entre les lois civiles et les lois politiques. Elle soulève bien des controverses dans ses applications.

Quoi qu'il faille penser de la délimitation des attributions du pouvoir judiciaire et des autres institutions de jugement, on ne peut perdre de vue la règle fondamentale de l'article 92 dont l'article 93 est d'ailleurs le complément. En cas de doute sur la nature des droits subjectifs, il faut conserver aux organes ordinaires de la justice le pouvoir d'en connaître. Il n'est permis que par, dérogation de retirer à la compétence générale des tribunaux certaines contestations.

Le recours du législateur à l'établissement de juridictions exceptionnellement chargées de trancher des différends portant sur des droits de nature "politique", est cependant assez fréquent. Des commissions administratives ont été établies. Leur composition, leur compétence, leurs procédures sont variables. Elles doivent cette organisation disparate et complexe aux opportunités d'un fonctionnement approprié aux matières particulières et diverses auxquelles elles s'appliquent, sinon à l'improvisation d'expédients.

Qu'un effort de synthèse puisse être tenté, personne ne le niera et l'on s'y emploie. Le problème, appliqué à cet objet, sort du cadre de la réforme judiciaire. L'on ne croit pas, en effet, si tentante que soit l'adoption d'une formule d'intégration, que le pouvoir judiciaire soit

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 285, n° 328.

prêt à réaliser celle-ci dans les faits avec des données de base indiscutées et les concours appropriés »¹⁸².

64. Si les auteurs de la réforme ont donc écarté d'emblée l'idée de procéder à une synthèse générale du contentieux des droits subjectifs, ils ont toutefois proposé une simplification partielle, limitée au secteur de la sécurité sociale.

Comme l'expose le rapport du Commissaire royal, « il est [...]un secteur où les matériaux sont à pied d'œuvre et où le problème est formellement posé par le législateur : c'est celui du droit de la sécurité sociale. C'est, sans préjudice de la compétence du judiciaire, qu'il est, présentement, confié à des commissions éparses. La formule est généralement tenue pour bâtarde et provisoire qui accorde à celles-ci le pouvoir de juger des conflits relevant de cette branche du droit social, sous réserve des attributions qu'en cette matière aussi bien qu'en toute autre, les cours et tribunaux conservent en vertu des articles 92 et 93 de la Constitution. Une solution d'ensemble s'impose ici, qui procédant à un regroupement des matières, doit assurer au droit social compris dans ses diverses manifestations, une juridiction commune et spécialisée répondant à ses besoins, aux structures paritaires de ses organes de jugement et aux nécessités d'une procédure simple, souple et gratuite »¹⁸³.

Le tribunal du travail, succédant aux anciens conseils de prud'hommes, s'est ainsi trouvé compétent pour connaître, non seulement du contentieux des relations de travail, mais également de l'ensemble du contentieux de la sécurité sociale¹⁸⁴.

b) Le contentieux fiscal

65. Outre la matière sociale, un autre contentieux administratif afférent à des droits subjectifs a connu une judiciarisation progressive : le contentieux fiscal.

Le processus présente cependant des différences par rapport à ce qui s'est réalisé en matière sociale. D'une part, le contentieux fiscal étant plus ancien que le contentieux social, puisqu'il existe depuis l'origine de l'État belge, il a longtemps été marqué par l'indifférenciation des fonctions de juger et d'administrer. La nature juridictionnelle des missions assurées par certains organes de l'exécutif n'a de ce fait pas été immédiatement reconnue. D'autre part, le poids de la tradition y a été beaucoup plus important ; la judiciarisation s'est réalisée très progressivement et n'a finalement abouti que plus de trente ans après celle du contentieux de la sécurité sociale.

A l'origine, le contentieux fiscal était caractérisé par une nette distinction entre le contentieux des impôts directs et celui des impôts indirects. Le contentieux des impôts indirects relevait des tribunaux, celui des impôts directs de l'administration. En matière de patentes, c'était la

¹⁸² *Doc. parl., Sén., s.o. 1963-1964, n° 60, pp. 41-42.*

¹⁸³ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸⁴ La réforme, souhaitée avec forte argumentation par les uns, ne fit pourtant pas l'unanimité chez d'autres pour qui il eût fallu préférer le juge administratif davantage rompu aux particularités des matières réglementaires; v. à propos du contentieux de l'exclusion des chômeurs de longue durée, A. HENKES, « *La commission administrative nationale...* », *o.c.*, n°s 21 et s.

députation permanente des provinces qui tranchait (article 28 de la loi 21 mai 1819) ; en matière de contribution personnelle, le recours était porté devant le gouverneur de la province (article 100 de la loi du 29 juin 1822) ; en matière de taxe foncière, on appliquait les règles françaises portant les contestations devant le conseil de préfecture, auquel avait succédé la députation permanente (article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, dérivé de l'article 1er du décret du 6-11 septembre 1790).

66. La judiciarisation du contentieux des impôts directs s'est faite en plusieurs étapes.

Dans un premier temps, on a introduit la possibilité d'un recours en cassation contre les décisions des députations permanentes. Une loi du 22 janvier 1849 rendit le pourvoi possible en matière de patentes¹⁸⁵. En 1865, le système fut généralisé à l'ensemble des contributions directes¹⁸⁶.

Dans un deuxième temps, en 1881, on a supprimé la compétence des députations permanentes qui ont été remplacées par un système mixte, faisant d'abord intervenir les directeurs des contributions, dont la décision pouvait être déférée à la cour d'appel. La loi du 30 juillet 1881¹⁸⁷ tendait avant tout à réformer le contentieux électoral, en privant les députations permanentes de toute compétence juridictionnelle en cette matière. La réforme était avant tout justifiée par la volonté de remettre de l'ordre dans le contentieux électoral : les cours d'appel, compétentes depuis 1869 pour connaître des recours contre les décisions rendues en matière électorale, avaient révélé au grand jour les pratiques illicites des députations permanentes¹⁸⁸. La réorganisation est cependant allée plus loin que le

¹⁸⁵ Loi du 22 janvier 1849 qui modifie la loi sur les patentes, *Pasin.*, 1849, p. 11. Selon les travaux parlementaires, l'introduction du recours, dans cette matière particulière, se justifiait par la circonstance que « les questions de principe, que soulèvent les réclamations en matière de patentes, ne sont pas toujours résolues dans le même sens par les députations permanentes des conseils provinciaux appelées à statuer » (*Doc. parl.*, Ch. Repr., s.o. 1848-1849, n° 44, p. 3). L'intervention de la Cour de cassation a été envisagée comme le moyen de faire cesser et de prévenir les désaccords fâcheux entre ces députations permanentes dans l'application de la loi.

¹⁸⁶ Loi du 22 juin 1865 relative à la compétence des députations permanentes pour statuer sur les réclamations en matière de contributions directes, *Pasin.*, 1865, p. 174. Selon les travaux parlementaires, « la législation sur les patentes consacre le principe du jugement des réclamations par les députations permanentes des conseils provinciaux et du recours en cassation à exercer éventuellement contre leurs décisions. Une longue expérience ayant démontré l'utilité de ces dispositions, et la législature qui les a consacrées en ayant elle-même étendu l'application par l'article 4 de la loi du 18 juin 1849 sur la milice, le gouvernement vient en toute confiance soumettre à vos délibérations un projet de loi ayant pour objet de déférer aux députations permanentes et à la Cour de cassation les questions relatives à l'application des lois sur les contributions directes en général » (*Pasin.*, 1865, p. 174).

¹⁸⁷ Loi du 30 juillet 1881 modifiant quelques dispositions législatives réglant la compétence des députations permanentes, *Pasin.*, 1881, p. 279.

¹⁸⁸ Selon l'exposé des motifs de la loi : « La loi de 1869 qui a déféré aux cours d'appel la connaissance en dernier ressort des contestations électorales, était à peine votée, que d'étranges révélations, puisées dans les documents d'une mortuaire venaient établir au grand jour que le sentiment de défiance qui avait inspiré la loi de 1869 n'était que trop justifié, et que certaines députations permanentes elles-mêmes recelaient des juges, avant tout homme de parti, qui entretenaient secrètement avec des agents politiques, parties en cause, des rapports suivis ayant pour effet et pour but avoué de les constituer eux-mêmes juges et parties ». *Voy. Pasin.*, 1881, p. 282.

contentieux électoral, puisqu'on a adapté dans la foulée le contentieux des contributions directes¹⁸⁹.

La loi du 30 juillet 1881 organisait un système en trois phases. Les réclamations étaient d'abord portées devant les directeurs provinciaux des contributions directes, chargés de statuer par décision motivée¹⁹⁰. Ensuite, un recours était possible devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle se situait le domicile du réclamant, soit du chef de surtaxe, soit du chef d'absence ou d'insuffisance d'imposition¹⁹¹. Enfin, les parties pouvaient former un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel¹⁹².

67. En confiant au directeur des contributions le soin de trancher les réclamations des contribuables, le législateur ne s'est pas interrogé sur la nature exacte des pouvoirs de ce dernier. Au cours du vingtième siècle, on a fini par s'interroger sur le rôle joué par le directeur et l'on s'est demandé s'il intervient en tant qu'autorité administrative ou comme juge administratif. Après que l'on se soit prononcé, dans un premier temps, en faveur de la première solution¹⁹³, la Cour a rendu à partir des années cinquante plusieurs arrêts en sens contraire¹⁹⁴.

La chose devait évidemment finir par poser problème au fur et à mesure que le monde juridique abandonnait la théorie de l'administrateur-juge et reconnaissait la nécessité pour un juge, fût-il administratif, d'être indépendant et impartial. A la fin du vingtième siècle, la Cour a notamment décidé que l'indépendance et l'impartialité sont violées lorsque le fonctionnaire qui statue sur la réclamation a connu de l'affaire à un stade antérieur, soit comme taxateur, soit comme fonctionnaire chargé de l'instruction¹⁹⁵.

C'est toutefois la Cour d'arbitrage qui a donné le coup de grâce au système initié en 1881. Un avocat avait subi un redressement fiscal à l'initiative des collègues d'un taxateur indélicat dont il avait provoqué l'incarcération ; sur question préjudicielle du juge des référés, à qui

¹⁸⁹ Selon l'exposé des motifs, « le projet de loi enlève également aux députations permanentes le jugement des réclamations fiscales. Cette réforme est une conséquence de la première. Il y a déjà actuellement une inconséquence à leur déférer ce jugement en dernier ressort, alors qu'elles ne jugent qu'en premier ressort des affaires électorales avec lesquelles les contestations fiscales sont étroitement liées ». Voy. *Pasin.*, 1881, p. 282.

¹⁹⁰ Article 23 de la loi du 30 juillet 1881.

¹⁹¹ Article 27 de la loi du 30 juillet 1881.

¹⁹² Article 35 de la loi du 30 juillet 1881.

¹⁹³ *R.P.D.B.*, t. V, v° Impôts, Bruxelles, Bruylant, 1933, p. 789, n° 650, et les références citées.

¹⁹⁴ Voy. Cass. 31 janvier 1956, *Pas.* 1956, I, p. 559 ; Cass. 28 février 1957, *Pas.* 1957, I, p. 778 ; Cass. 21 février 1961, *Pas.* 1961, I, p. 676, qui se bornent à considérer que les décisions du directeur ont autorité de chose jugée. Par la suite, la Cour sera plus explicite, indiquant expressément que le directeur fait œuvre juridictionnelle : Cass. 14 décembre 1989, *Pas.* 1989, I, p. 481 ; Cass. 23 mars 1990, *Pas.* 1990, I, p. 867 ; Cass. 18 novembre 1993, *Pas.* 1993, I, p. 962, et les conclusions de M. le procureur général PIRET, alors avocat général ; Cass. 21 novembre 1996, *Pas.* 1996, I, p. 1145, qui concernent l'exigence d'indépendance et d'impartialité du titulaire d'une fonction juridictionnelle. Voyez aussi Cass., 26 juin 1998, *Bull.*, 1998, p. 832, où la Cour examine la question de la responsabilité de l'État, du fait de la faute commise par le directeur dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles.

¹⁹⁵ Cass. 14 décembre 1989, *Pas.* 1989, I, p. 481 ; Cass. 23 mars 1990, *Pas.* 1990, I, p. 867 ; Cass. 18 novembre 1993, *Pas.* 1993, I, p. 962, et les conclusions de l'avocat général PIRET ; Cass. 21 novembre 1996, *Pas.* 1996, I, p. 1145.

était demandé d'ordonner que l'examen de la réclamation soit confié à un service n'ayant pas eu de lien avec le fonctionnaire incarcéré, la Cour d'arbitrage considéra qu'il existe une différence de traitement inadmissible entre le contribuable, qui voit son recours tranché par un juge qui est également l'organe de son adversaire, et les justiciables d'autres juridictions administratives, dont les juges n'ont pas de lien fonctionnel avec une des parties contendantes¹⁹⁶.

L'arrêt de la Cour d'arbitrage ne laissait d'autre choix au législateur que de réformer la procédure. Un double projet de loi fut déposé, qui allait donner lieu au vote de deux lois : d'une part, celle du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale¹⁹⁷, d'autre part, celle du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale¹⁹⁸. Elles règlent le problème du manque d'indépendance du directeur en retirant à la réclamation son caractère juridictionnel : elle subsiste, mais ne constitue plus qu'un recours purement administratif¹⁹⁹. En parallèle, les restrictions existant dans l'ancienne procédure disparaissent : le double degré de juridiction est établi et les anciennes limites procédurales, qui restreignaient le pouvoir du juge de connaître de griefs autres que ceux abordés devant le juge administratif, sont supprimées.

68. S'il faut tirer un enseignement de l'évolution des contentieux fiscal et de la sécurité sociale, c'est que les avantages généralement prêtés à la juridiction administrative par rapport aux tribunaux relèvent soit du prétexte, soit de l'illusion.

¹⁹⁶ C.A., n° 67/98, 10 juin 1998, *Arr. C.A.*, 1998, p. 817. Voyez également M. MORIS, « La procédure de réclamation devant le directeur régional des contributions après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 juin 1998 », *R.G.F.*, 1998, p. 331 ; T. AFSCHRIFT et M. IGALSON, « La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999 », *J.T.*, 1999, p. 490 ; L. HERVE, *La nouvelle procédure fiscale issue de la réforme de 1999*, Bruxelles, Kluwer, 2001, pp. 19 et suiv., P. VAN ORSHOVEN, « Gerechtelijke geschillenregeling », dans *De hervorming van de fiscale procedure*, Anvers, Maklu, 1999, p. 205.

¹⁹⁷ *Mon. b.*, 27 mars 1999, p. 9882.

¹⁹⁸ *Mon. b.*, 27 mars 1999, p. 9894.

¹⁹⁹ Ce changement de nature de la décision sur la réclamation produit d'ailleurs ses effets de manière rétroactive : en cours de procédure parlementaire, le gouvernement a en effet déposé un amendement insérant dans le projet une disposition interprétative, qui conforte cette solution pour le passé. Ce texte, devenu l'article 98 de la loi du 15 mars 1999, dispose que « *le directeur des contributions ou le fonctionnaire délégué par lui statue sur les réclamations en tant qu'autorité administrative* ». Voy. « Amendement n° 98 du gouvernement », *Doc. parl.*, Sén., s.o. 1998-1999, n° 966/7, pp. 14-15 ; Cass. 28 février 2000, *Bull.* 2000, p. 485 ; Cass. 26 juin 2000, *Bull.* 2000, p. 1179 ; O. NEYRINCK, Note sous Liège, 22 mars 2000, *J.D.F.*, 2000, p. 120 ; F. STEVENART MEEUS, « L'article 98 de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale est une disposition interprétative qui vaut également pour les litiges non encore jugés à la date du 6 avril 1999 », note sous Cass. 28 février 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 1081-1082.

On notera au passage qu'en matière de taxes locales, la loi établit un régime de contentieux similaire à celui qui existe en matière d'impôts directs, à cette différence près que la députation permanente continuait d'être saisie des réclamations des contribuables, comme c'était le cas en matière d'impôts sur les revenus avant 1881. Comme pour le directeur, on considérait que la députation permanente intervenait en tant que juridiction administrative. Cependant, par une loi du 24 décembre 1996, il avait été décidé de conférer un caractère purement administratif à ce recours, sauf à Bruxelles. Cette différence de traitement entraîna l'annulation de la loi par la Cour d'arbitrage (arrêt n° 30/98, du 18 mars 1998, *Arr. C.A.*, 1998, p. 359). Durant l'examen parlementaire du projet, le gouvernement déposa des amendements en vue d'adapter la loi de 1996 : le recours, qui a retrouvé un caractère administratif, est désormais porté devant l'autorité qui a enrôlé l'impôt local. On évite ainsi la différence de traitement dénoncée par la Cour d'arbitrage.

Le recours à la juridiction administrative est parfois justifié par le professionnalisme du juge administratif spécialisé. On refuse de confier tel contentieux aux tribunaux, préférant créer de toute pièce une juridiction *ad hoc*, au motif que l'on pourra y faire siéger des gens dont on pense qu'ils comprendront ce contentieux bien mieux qu'un juge judiciaire. Le problème est que cette compréhension leur vient souvent d'une grande proximité avec le contentieux, où ils interviennent à d'autres titres, ce qui met en péril l'exigence d'indépendance du juge...²⁰⁰

L'illusion, quant à elle, provient de ce que le choix de la juridiction administrative est souvent lié à la volonté de s'affranchir de la procédure judiciaire, jugée trop lente ou trop onéreuse, au profit d'un régime *ad hoc* censé plus adapté²⁰¹. La chose n'est pas dénuée de sens, mais l'exemple de la judiciarisation du contentieux de la sécurité sociale démontre qu'il est également possible de prendre le problème sous un autre angle et d'adapter la procédure judiciaire aux besoins spécifiques de tel contentieux particulier. Il faut ajouter que la multiplication de procédures dérogatoires fait aussi perdre les économies d'échelles qui découlent de la centralisation du contentieux des droits subjectifs dans l'institution spécialisée que sont les cours et tribunaux.

Ces divers éléments commandent logiquement la judiciarisation des contentieux administratifs relatifs à des droits subjectifs.

2) Conflits d'attribution entre juridiction judiciaire et juridiction administrative

69. Le contentieux administratif qui a pour objet des droits subjectifs est régulièrement rapatrié dans le giron du Pouvoir judiciaire. Cependant, cette judiciarisation est un processus qui, par essence, est inabouti. Elle peut certes progresser, il n'en reste pas moins que des commissions juridictionnelles continuent d'exister, entre autres parce que le législateur en crée de nouvelles à intervalles réguliers²⁰².

²⁰⁰ Le cas du directeur des contributions est frappant de ce point de vue. Il ne fait pas de doute qu'au regard de son expérience, il est particulièrement versé dans la chose fiscale ; cependant, la source de cette expérience tient précisément au fait qu'il est au service d'une des parties, ce qui le disqualifie irrémédiablement pour exercer le rôle de juge.

²⁰¹ Pour un exemple récent de ce réflexe de continuer à s'en remettre à des commissions administratives juridictionnelles, v. A. HENKES et F. PARREIN, « *L'indemnisation par l'État belge du dommage physique et moral des enfants juifs cachés sous l'occupation nazie - La souffrance jamais apaisée mais une part d'humanité rendue. - Etude comparative* », in *Liber Amicorum* Xavier DIEUX, 2022, Larcier, p. 1596 et s.

²⁰² Dans son précis de Contentieux administratif, M. LEROY relève : « Il existe plusieurs centaines de juridictions administratives, régies chacune par des textes spécifiques qui en déterminent la compétence, la composition, la procédure. Est-il besoin de le préciser ? Aucune uniformité ne règne dans ce petit monde. Tout au plus la création du Conseil d'État et la soumission à son contrôle des décisions contentieuses qui ne pouvaient faire l'objet d'un recours auprès du pouvoir judiciaire ont-ils permis d'imposer à toutes un minimum de règles de procédure sans lesquelles il n'est pas de saine justice. Des projets de réorganisation ont plusieurs fois été mis en chantier. Un seul a abouti, mais il ne s'agit que d'une rationalisation partielle, touchant, il est vrai, un secteur particulièrement important, que la réforme a fait échapper à la juridiction administrative au profit de l'ordre judiciaire : le Code judiciaire, entré en vigueur en 1970, a substitué les tribunaux du travail à diverses commissions juridictionnelles qui étaient compétentes en matière de sécurité sociale. Pour le reste, le stade des études préparatoires n'est guère dépassé » (M. LEROY, *Contentieux administratif*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 109).

L'examen de chacune des diverses commissions juridictionnelles actuellement actives dépasse le cadre de l'exposé. On mentionnera cependant la commission spéciale pour l'indemnisation de détentions préventives inopérantes, qui retient l'attention dans la mesure où la Cour prend une part active à son fonctionnement. Cette commission, organisée par une loi du 13 mars 1973, joue le rôle d'organe de recours contre les décisions rendues en la matière par le ministre de la Justice. Elle est composée du premier président de la Cour de cassation, du premier président du Conseil d'État et du président de l'ordre des barreaux correspondant à la langue de la procédure et le procureur général près la Cour de cassation.

70. La persistance, à la marge, de juridictions administratives chargées d'un contentieux ayant pour objet des droits subjectifs a pour conséquence que subsiste la possibilité de conflits d'attribution. Certes, les règles de répartition sont claires ; cependant, comme toute règle, elles sont sujettes à interprétation et ces interprétations peuvent diverger. Il convient donc d'organiser un système de règlement des conflits d'attribution.

Historiquement, c'est à la Cour de cassation que la Constitution a attribué le pouvoir de régler les conflits d'attribution. L'article 106 de la Constitution de 1831, devenu l'article 158 dans la numérotation de 1994, dispose qu'elle « se prononce sur les conflits d'attributions, d'après le mode réglé par la loi ».

La portée de ce texte a évolué au fur et à mesure que s'est affiné le concept de séparation des pouvoirs.

71. À l'origine, le conflit d'attribution était celui opposant le juge à l'administrateur. Dans la logique du Congrès national, l'article 106 de la Constitution de 1831 faisait partie d'un ensemble de dispositions visant à subordonner le pouvoir exécutif au contrôle du juge. Il complétait le système formé par les articles 92 et 93 (actuels 144 et 145), d'une part, et par l'article 107 (actuel 159), d'autre part.

L'article 106 visait plus spécialement à prévenir la réitération de la pratique consacrée par Guillaume Ier par laquelle l'exécutif, s'étant érigé en juge du conflit d'attribution, en profitait pour soustraire à la juridiction des actes dont il prétendait qu'ils relevaient de l'administration²⁰³.

L'article 106 précise par ailleurs que c'est « d'après le mode réglé par la loi » que la Cour intervient en cette matière. Le sens exact de ces termes a fait débat parmi les premiers publicistes THONISSEN y voyait une invitation à régler le conflit d'attribution de la même

²⁰³ THONISSEN écrit à ce propos : « On sait que Guillaume Ier, par un arrêté inconstitutionnel du 5 octobre 1822, avait attribué aux gouverneurs de province le droit d'arrêter l'action des tribunaux, par la simple déclaration que l'autorité administrative revendiquait la connaissance de la cause. Le conflit une fois élevé, le roi lui-même était appelé à "statuer ce qui au cas paraîtrait appartenir". [...] L'usage excessif que les ministres hollandais avaient fait de cette prétendue prérogative royale était devenu, dans les dernières années du royaume des Pays-Bas, l'objet de plaintes à peu près unanimes. Les rédacteurs de la Constitution, en enlevant ce privilège à la royauté, ne pouvaient manquer d'obtenir l'assentiment du Congrès national. L'article 106, qui attribue à la cour suprême le jugement des conflits, fut voté sans discussion » (J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e éd., Bruxelles, 1879, p. 324-325).

manière qu'on réglait les conflits de compétence entre tribunaux²⁰⁴. TIELEMANS et GIRON raisonnaient différemment, en considérant que l'administration devait soulever une exception fondée sur le défaut de pouvoir de juridiction du juge saisi, la Cour se prononçant selon le mode prévu par la loi, c'est-à-dire saisie d'un pourvoi contre la décision qui, en dernier ressort, a statué sur le bien-fondé de cette exception²⁰⁵.

Au cours du dix-neuvième siècle, la Cour a, de manière épisodique, été saisie de moyens fondés sur l'article 106 de la Constitution de 1831. Dans un arrêt du 30 janvier 1837, elle a ainsi statué sur un pourvoi introduit directement en vue de lui faire dire qui, du tribunal ou de la députation permanente, a le pouvoir de statuer sur un différend opposant des propriétaires de fonds voisins dont l'un reproche à l'autre d'avoir déplacé le lit d'un cours d'eau²⁰⁶.

Progressivement, la différenciation, au sein des missions incombant à l'exécutif, entre la fonction d'administrer et la fonction de juger, va entraîner une évolution de la notion de conflit d'attributions. Il s'agira désormais de départager deux types de juridictions : la juridiction judiciaire et la juridiction administrative.

Cette évolution va se marquer nettement lors de la création du Conseil d'État. L'apparition d'une juridiction administrative clairement identifiée comme telle va obliger à organiser en détail le règlement des conflits susceptibles d'advenir entre celle-ci et les tribunaux. Le législateur va donc prévoir dans la loi créant le Conseil d'État une série de dispositions procurant exécution à l'article 158 de la Constitution et rendant possible un pourvoi devant la Cour lorsque le Conseil d'État statue sur un déclinatoire de juridiction. Au cours de la seconde moitié du vingtième siècle, ce contentieux va gagner en importance.

72. L'article 158 de la Constitution permet à la Cour de censurer les empiètements de l'exécutif, que ce soit parce qu'il prétend administrer quelque chose qui doit être jugé ou parce qu'il entend juger administrativement quelque chose qui doit l'être judiciairement.

Cette censure est cependant limitée par le fait même que la Cour doit être saisie d'un recours porté devant elle « d'après le mode réglé par la loi » et qu'il n'existe pas de mécanisme général de saisine de la Cour, sauf à ressusciter la solution résultant de l'arrêt du 30 janvier 1837.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'absence de règlement du conflit d'attribution n'implique pas que les tribunaux seraient dépossédés par la juridiction administrative de leur prérogative de connaître d'un litige qui ressortit à leurs attributions. Il signifie simplement qu'il y a intervention concurrente de deux ordres de juridiction.

²⁰⁴ J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e éd., Bruxelles, 1879, p. 328.

²⁰⁵ A. GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Bruxelles, 1857, p. 140.

²⁰⁶ Cass. 30 janvier 1837, *Pas.* 1837, I, p. 25.

Pour le dire autrement, le fait qu'une juridiction administrative se soit saisie d'un litige que les tribunaux estiment relever de leurs attributions ne les empêche pas de trancher eux-mêmes ce litige.

Il en résultera peut-être des décisions contradictoires, qui entraîneront elles-mêmes des problèmes d'exécution. Il ne saurait toutefois en résulter que les tribunaux doivent se déclarer sans pouvoir de connaître du différend. La compétition se déplacera alors sur le plan de l'effectivité de l'exécution de chaque décision. Or, de ce point de vue, les tribunaux sont dans une situation nettement plus avantageuse qu'un éventuel juge administratif : non seulement les décisions judiciaires peuvent être assorties d'incitants sérieux à l'exécution volontaire (on pense à l'astreinte), mais surtout, les incidents liés à l'exécution d'une décision, fût-ce celle d'un juge administratif, ne peuvent être soumis qu'aux tribunaux²⁰⁷.

73. Dans un éventuel pourvoi formé contre la décision qui affirme la compétence des tribunaux fondée sur l'article 144 de la Constitution, la Cour, sans encourir le reproche d'un contrôle de constitutionnalité prohibé, pourra se borner à apprécier la légalité de la qualification de droits civils donnée par le juge du fond aux droits qui font l'objet du procès.

Par contre, la question de la constitutionnalité de la loi peut se poser devant le juge administratif, lorsqu'une partie se défend en faisant valoir que le contentieux échappe à ce juge. En pareil cas, le juge administratif doit saisir la Cour constitutionnelle.

Cette situation s'est présentée à plusieurs reprises. Un arrêt de la Cour d'arbitrage n° 14/97 du 18 mars 1997 statue sur une question préjudicielle posée par le Conseil d'État saisi d'un recours contre une décision de la Commission permanente de recours des réfugiés. À cette occasion, la constitutionnalité de la disposition légale attribuant la connaissance de ce type de litiges à une commission juridictionnelle a été contestée par le demandeur d'asile. Celui-ci soutenait que, dans la mesure où le litige en cause portait sur des droits civils, la disposition qui le confiait à une juridiction administrative créait une discrimination, dès lors que les autres litiges relatifs à des droits civils sont soumis aux cours et tribunaux.

La Cour constitutionnelle a considéré que « lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce

²⁰⁷ Ce qui précède vaut par rapport à un empiètement qui résulterait de l'action du seul pouvoir exécutif, comme par exemple lorsque des juridictions administratives ont été créées par arrêté royal.

En va-t-il différemment lorsque l'empiètement résulte de l'action du législateur qui qualifie à tort de politique un droit qui, à l'évidence, est de nature civile ? Les tribunaux peuvent-ils se déclarer compétents pour connaître du litige, nonobstant le fait que le législateur a cru pouvoir l'attribuer à un juge administratif ?

Pour rappel l'article 144 de la Constitution dispose que « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'état ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ». Aussi, en se déclarant compétent pour connaître d'un contentieux, un tribunal ne fait-il pas qu'exercer les prérogatives qu'il tient directement de l'article 144 de la Constitution ? Pourrait-on objecter qu'en pareil cas, les tribunaux s'érigeraient en juge de la constitutionnalité de la loi ?

Ce qui, certainement lui serait interdit, c'est qu'à l'occasion de l'affirmation de son propre pouvoir, il s'aventurait à dénier celui que le juge administratif prétend tenir de la loi et, pour ce faire, affirmait l'inconstitutionnalité de cette dernière.

qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'État qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique »^{208 209}.

B) Le contentieux dit « objectif »

74. L'existence d'un contentieux dit « objectif » n'est pas de nature à tempérer l'affirmation selon laquelle le Pouvoir judiciaire est le seul à disposer de la plénitude de la fonction juridictionnelle.

Pour rappel, la notion de contentieux « objectif » est profondément ambiguë. Elle trouve son origine historique dans la volonté de certains auteurs anciens de soustraire l'administration au contrôle des tribunaux. Le but était de placer en dehors des catégories prévues aux articles 92 et 93 de la Constitution une partie des contestations advenant entre les pouvoirs publics et les citoyens, précisément en leur déniaient toute nature contentieuse.

Au fil du temps, la thèse de l'immunité juridictionnelle a reculé, mais a subsisté l'idée que les contestations relatives à la légalité générale de l'action administrative ne sont pas relatives à des droits subjectifs et constituent un contentieux particulier *a priori* dépourvu de juge. Cette apparente absence de juge constitutionnellement désigné pour connaître de ce contentieux dit « objectif » a entraîné la création du Conseil d'État.

Le problème de cette construction intellectuelle est qu'elle prétend régler le problème d'un contentieux se trouvant sans juge judiciaire parce que l'on a soutenu qu'en raison des droits qu'il mobilise il ne relève pas de son pouvoir juridictionnel. La justification sera trouvée dans les concepts de **(1)** « l'objet véritable du recours », **(2)** « l'exigence de pleine juridiction » et **(3)** les exigences du procès équitables.

²⁰⁸ D'autres arrêts statuent sur des questions préjudicielles posées par la « commission d'appel instituée auprès du Service du contrôle médical de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité » (C.A., n° 133/2001, 30 octobre 2001, *Arr. C.A.*, 2001, p. 1791 ; C.A., n° 26/2002, 30 janvier 2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 273 ; C.A., n° 94/2002, 5 juin 2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 1149 ; C.A., n° 98/2002, 12 juin 2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 1201 ; C.A., n° 23/2003, 12 février 2003, *Arr. C.A.*, 2003, p. 205. Un arrêt du 27 mai 2008 réaffirme qu'une contestation relative à la qualité de réfugié porte sur un droit politique (C. Const., n° 81/2008, 27 mai 2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 1159). Un autre du 26 novembre 2009 qualifie de contestation portant sur des droits politiques la contestation relative au montant des frais de justice que peut réclamer un prestataire de services qui a été requis pour collaborer au bon fonctionnement du service public de la Justice (C. Const., n° 188/2009, 26 novembre 2009, *Arr. C.C.*, 2009, p. 2565 ; *NjW*, 2010, p. 23 et la note F. JUDO, « *Onderscheid tussen burgerlijke en politieke rechten* »).

²⁰⁹ Une question subsidiaire est de savoir dans quelle mesure les tribunaux sont liés par la qualification de droit politique retenue par la Cour constitutionnelle – par hypothèse dans une procédure autre que celle dont ils sont saisis – pour justifier la conformité à la Constitution de la loi qui attribue un contentieux donné à une juridiction administrative. Cette question renvoie en réalité à celle de l'autorité des arrêts de la Cour constitutionnelle. Or, de ce point de vue, hors le cas de l'annulation, l'autorité de chose jugée de ces arrêts est relative et rien ne permet d'affirmer que les tribunaux seraient liés par ce qu'elle a considéré quant à la nature du droit en cause. Pour le dire autrement, il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de déterminer les attributions des tribunaux, fût-ce en contrepoint de l'affirmation de celles d'un juge administratif.

1) La théorie de « l'objet véritable du recours »

75. La théorie de *l'objet véritable du recours* est un cadre conceptuel dégagé par la Cour de cassation en tant que juge du conflit d'attribution. C'est une réponse à la question, vivement débattue, des limites respectives du contentieux objectif et de celui ayant pour objet des droits subjectifs.

Une approche formelle, fondée sur l'objet de la demande, a très vite été condamnée par la Cour de cassation. Elle a considéré qu'un litige n'entre pas dans les attributions du Conseil d'État du seul fait que la demande tend à l'annulation d'un acte administratif.

Au fil des arrêts, elle en est venue à considérer que le critère ultime qui permet de distinguer si un litige a ou non pour objet des droits subjectifs réside dans les conditions mises à l'action de la personne publique. Selon que les règles qui gouvernent cette action laissent à l'auteur de l'acte une marge d'appréciation ou, au contraire, lui prescrivent d'agir d'une manière déterminée, le recours relève du contentieux objectif ou non.

Cette distinction renvoie en réalité à celle, classique, entre compétence discrétionnaire et compétence liée. On considère que la compétence est liée lorsque son exercice est obligatoire et que les conditions mises à cet exercice sont purement objectives. Ces deux conditions sont cumulatives. Ainsi, si l'exercice de la compétence est facultatif, c'est-à-dire si l'organe de la personne publique a toute latitude pour prendre ou ne pas prendre une décision, il n'y a pas de droit subjectif ; le litige relatif à la décision ou à l'absence de décision est censé échapper à la juridiction des tribunaux,. De même, lorsque l'organe de la collectivité politique est tenu d'intervenir, mais dispose d'une marge d'appréciation quant à la mesure à prendre, la compétence est discrétionnaire et aucun droit subjectif n'est censé être en cause²¹⁰.

Ce raisonnement peut interpellé. Si une compétence est discrétionnaire, c'est que l'administration avait toute latitude pour prendre telle décision plutôt que telle autre. Dès lors, ce qu'elle a décidé n'est pas susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, puisque celui-ci suppose précisément qu'on puisse lui reprocher d'avoir fait tel choix plutôt que tel autre. Inversement, si un contrôle juridictionnel peut être exercé, c'est que la compétence n'était pas discrétionnaire, à tout le moins pas dans tous ses aspects. Et partant, le litige relève *a priori* des attributions des tribunaux.

L'ambiguïté du contentieux objectif pose également des problèmes par rapport à la plénitude de juridiction et au respect des exigences du procès équitable.

2) Le contrôle de pleine juridiction

76. En droit interne, les amendes administratives ont originellement été soumises aux règles générales qui régissent les relations du juge avec l'administration.

²¹⁰ Voy. B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », dans *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 17-66 ; B. BLÉRO, « La théorie de l'objet véritable du litige n'est-elle pas véritablement devenue sans objet ? », note sous Cass. 20 décembre 2007, *R.C.J.B.*, p. 440.

On considéra, d'abord, que le juge ne pouvait exercer qu'un contrôle de pure légalité. Ceci impliquait, si la compétence administrative était totalement liée, que le juge vérifie si la sanction prévue par la loi est bien celle qui a été appliquée par l'administration. A l'inverse, si la loi réservait une marge d'appréciation à l'administration, le juge ne pouvait s'immiscer dans l'exercice de cette compétence discrétionnaire.

Par la suite, la Cour de cassation va dans le *contentieux social* entamer un mouvement d'émancipation²¹¹.

Dans une affaire *Lapeire c. État belge*, la Cour, chambres réunies, décidera le 3 mars 1972 qu'« en vertu de l'article 107 de la Constitution, la compétence ainsi attribuée (de façon expresse par la loi) aux tribunaux de l'ordre judiciaire ne se limite pas au contrôle de la légalité externe, et s'étend donc à la vérification de l'existence d'un excès ou d'un détournement de pouvoir »²¹².

L'arrêt *Office national de l'emploi c. Hoogveld* du 18 mai 1981 est d'un intérêt particulier pour notre propos. Il s'agit d'un litige né à partir d'une décision du comité de gestion refusant d'admettre l'indemnisation de travailleurs non-grévistes. Dans quelle mesure cette décision du comité relève-t-elle du pouvoir de censure des juridictions du travail ? La cour du travail s'estimera compétente à la fois pour contrôler la légalité de la décision et, celle-là faisant défaut, y substituer la sienne en décidant à partir des éléments de fait qu'elle constate, que le chômage était involontaire et les allocations de chômage dues au travailleur. La Cour approuve ce procédé en décidant « qu'il incombe à ces juridictions d'examiner la légalité de la décision attaquée également en ce qui concerne la détermination des faits et de statuer sur le droit du bénéficiaire »²¹³.

De la même façon, la Cour avait déjà précédemment, en d'autres matières, reconnu aux juridictions ordinaires, le pouvoir de substituer, quant au fond, leur jugement aux décisions administratives attaquées²¹⁴.

Dans ses conclusions précédant un du 29 janvier 1981²¹⁵, le procureur général DUMON pose la question et y répond que faire trancher la juridiction sur le fond après annulation de la décision s'indique plutôt que de la voir renvoyer le litige, pour décision, devant le comité de gestion. La seconde branche de l'alternative se heurte, selon lui, à la lourdeur du procédé et à l'article 580 du Code judiciaire conférant une compétence absolue aux juridictions du travail²¹⁶.

²¹¹ A. HENKES, - « La Commission administrative nationale - Considérations à propos d'un organe administratif quasi juridictionnel », *J.T.T.*, 1992, n^{os} 516 et 517, pp.17 à 28 et 37 à 48.

²¹² *J.T.*, 1972, p. 372.

²¹³ Cass. 18 mai 1981, *Pas.* I, 1076.

²¹⁴ Cass. 3^o ch., 5 septembre 1973, en cause I.N.A.M.I. c. Epoux M... et U.N.F.M.N., *Pas.*, 1974, I, 7 ; *ibid.*, 13 mars 1974, en cause C.C.A.F. c. J..., *Pas.* 1974, I, 726 ; *ibid.*, 22 mai 1978, en cause I.N.A.M.I. c. L..., *Pas.*, 1978, I, 1069.

²¹⁵ *J.T.T.*, 1981, pp. 179 et s., avec un large extrait des conclusions du procureur général DUMON.

²¹⁶ Proc. gén. DUMON, *J.T.T.*, 1981, pp. 182.

Comme l'écrit FLAMME : « (...) la mission juridictionnelle est non seulement de dire le droit mais encore de le rétablir »(...) ²¹⁷

Dans son étude particulièrement fouillée consacrée à l'« *Etendue et [les] limites des pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale* »²¹⁸ Monsieur WERQUIN conclut que « Lorsque la juridiction du travail connaît d'une contestation relative au droit à une prestation sociale et que la juridiction constate que la décision administrative est illégale, il y a lieu, dans la mesure où celle-ci n'agit pas comme une juridiction administrative dont la compétence se limiterait à annuler les décisions administratives, d'inviter les parties à conclure relativement à ce droit devant la juridiction pour qu'ainsi celle-ci puisse ensuite statuer, vider sa saisine pouvant se conclure notamment par la condamnation de l'autorité administrative au paiement d'une somme d'argent en cas de reconnaissance du droit à la prestation sociale postulée »²¹⁹.

3) Les exigences du procès équitable

77. Un autre contentieux souleva une question similaire mais axée sur **les exigences du procès équitable** : le contrôle des amendes administratives fiscales par les juridictions.

La question fut résolue en plusieurs étapes.

L'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit de contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Cette disposition est théoriquement étrangère au contentieux objectif puisque ce dernier est censé n'avoir pas pour objet des droits et obligations de caractère civil. Certains aspects du contentieux objectif sont cependant apparus comme relevant du domaine des accusations en matière pénale. Il s'agit des litiges par lesquels s'exerce un contrôle sur certaines sanctions administratives.

Les sanctions administratives ne constituent pas des sanctions pénales en tant que telles. Cependant, la notion d'accusation en matière pénale, au sens de la Convention, présente dans son cadre un caractère autonome, qui exclut par conséquent que le champ d'application de l'article 6 soit déterminé par les qualifications de droit interne²²⁰.

²¹⁷ M.-A. FLAMME, « Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration », *J.T.*, 1972, p. 422.

²¹⁸ Discours de rentrée prononcé par M. le substitut général Thierry WERQUIN à l'audience solennelle de rentrée de la cour du travail de Bruxelles, le 2 septembre 1993, *J.T.T.* 1993, p.337 et s.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 347.

²²⁰ A. ALEN, « Administratieve geldboeten : hun internationaal- en internrechtelijk kwalificatie », dans *Liber amicorum G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, p. 382, n° 9.1 ; A. ALEN, « Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999 », *R.W.*, 1999-2000, p. 630, n° 3 ; S. NUDELHOLC et J. KIRKPATRICK, « Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité », note sous Cass., 5 février 1999, *R.C.J.B.*, 2002, p. 628, n° 33 ; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Bruges, la Charte, 2011, p. 53, n° 67 ; P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke*

Or, il est apparu qu'au regard des catégories autonomes du droit conventionnel, les sanctions administratives peuvent, sous certaines conditions, présenter un caractère pénal. La Cour des droits de l'homme utilise en effet trois critères pour déterminer si une sanction peut être qualifiée de sanction pénale.

Le premier est celui de la qualification que la sanction reçoit en droit interne : si elle y est considérée comme revêtant un caractère pénal, elle sera soumise à l'article 6 de la Convention.

Dans l'hypothèse où la qualification en droit interne n'est pas déterminante, deux autres critères s'appliquent. D'abord, celui de l'essence de la sanction, en vertu duquel une sanction présente un caractère pénal lorsqu'elle est susceptible de s'appliquer à l'ensemble de la population et qu'elle tend à réprimer et prévenir un comportement donné ; ensuite, celui de la gravité de la sanction maximale. Ces deux critères sont alternatifs ; ils peuvent être utilisés conjointement lorsque, pris séparément, ils ne suffisent pas pour se prononcer avec certitude²²¹.

Lorsque les sanctions administratives présentent un caractère pénal, le justiciable a droit à ce que le bien-fondé de l'accusation soit apprécié par un tribunal indépendant et impartial.

Comment concilier cette exigence avec le fait que la sanction soit imposée par une autorité administrative ? Pareille mesure ne devrait-elle pas être imposée par le seul juge, sans que l'administration puisse intervenir ?

La Cour des droits de l'Homme a développé un système qui tolère l'intervention de l'administration, qui peut prendre la décision d'infliger l'amende administrative. Il est cependant requis que la décision de l'autorité administrative, puisqu'elle ne remplit pas elle-même les conditions requises de l'article 6, § 1^{er}, subisse le contrôle ultérieur d'un *organe judiciaire de pleine juridiction*²²².

78. Dans un premier temps, les juridictions suprêmes ont tenté de concilier la conception classique des exigences contradictoires du procès équitable et de la séparation des pouvoirs en consacrant un contrôle de légalité poussé dans ses derniers retranchements.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 février 1999, a considéré que « les articles 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne s'opposent pas à

rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen, loc. cit., p. 118, n° 105; F. BOUHON, « Réflexions autour de la qualification pénale des amendes fiscales », *J.T.*, 2009, p. 681, spéc. p. 683.

²²¹ Voy. A. ALLEN, « Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999 », loc. cit., pp. 630-631, n° 3 ; S. NUDELHOLC et J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, pp. 628-629, n° 33.

²²² Cour. D.H., *Bendenoun c. France*, 24 février 1994, 46, série A, n° 28 ; Cour D.H., *Silvester's Horeca Services c. Belgique*, n° 47650/99, § 25, 4 mars 2004 ; Cour D.H., *Segame S.A. c. France*, n° 4837/06, § 54, 7 juin 2012. Voy. aussi G. VAN HAEGENBORGH, « Artikel 159 van de grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europese perspectieve », dans *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Bruges, La Charte, 2010, p. 257, n° 39 ; S. NUDELHOLC et J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 632, n° 38.

l'existence d'un système attribuant à l'administration la poursuite et la répression d'infractions à la réglementation fiscale, pour autant que le redevable puisse soumettre le contrôle de la sanction infligée à une instance judiciaire offrant toutes les garanties prévues à ces dispositions ; que, dès lors, ce juge doit pouvoir contrôler si les conditions légales de la peine sont remplies et, à cette fin, apprécier les éléments de fait et de droit ; que, dès lors, ce juge doit avoir la possibilité d'examiner la réalité de la sanction et aussi d'apprécier si la sanction est conforme aux dispositions légales, et plus spécialement si elle ne viole pas les dispositions légales spécifiques ou les principes généraux du droit, ou si elle n'est pas contraire au devoir de prudence de l'administration ; que l'exercice de ce droit de contrôle n'implique toutefois pas que le juge peut exonérer le redevable des obligations qui lui sont légalement imposées par les autorités, uniquement par des motifs d'opportunité ou d'équité »²²³.

À la même époque, dans ses arrêts n° 22/99 et n° 32/99, la Cour constitutionnelle, après avoir rappelé que dans l'interprétation du juge *a quo*, « la catégorie des personnes frappées d'une amende administrative en matière de T.V.A. est privée du recours lui permettant de faire contrôler par un juge si une décision administrative à caractère répressif est justifiée en fait et en droit et si elle respecte l'ensemble des dispositions législatives et des principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité », a considéré que cela crée une différence de traitement, qui n'est pas raisonnablement justifiée, vis-à-vis des justiciables soumis à une répression purement pénale. La Cour en a déduit qu'il « appartient au législateur d'apprécier s'il y a lieu de contraindre l'administration et le juge à la sévérité quand une infraction nuit particulièrement à l'intérêt général. Mais s'il estime devoir permettre à l'administration de moduler l'importance de la sanction, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge »²²⁴.

Les arrêts de la Cour de cassation et ceux de la Cour constitutionnelle, par-delà des libellés différents, consacraient une même solution : celle d'un contrôle de légalité très pointu par le biais d'un recours au principe de proportionnalité, mais sans oser affirmer que le juge peut substituer sa propre appréciation à celle de l'administration.

En doctrine, la conformité aux exigences du procès équitable d'un contrôle ne comportant pas de pouvoir de substitution faisait cependant débat. Certains considéraient que l'absence de pouvoir de substitution n'excluait pas que le contrôle puisse être considéré comme étant de pleine juridiction, au sens de l'article 6 de la Convention, pour autant que la proportionnalité de la sanction puisse être examinée ; pour d'autres, un contrôle qui ne permet pas la substitution ne rencontrait pas les exigences de l'article 6, même s'il permet d'examiner la proportionnalité²²⁵.

²²³ Cass. 5 février 1999, *Pas.* 1999, p. 148, n° 67.

²²⁴ C.A., n° 22/99, 24 février 1999, *Arr. C.A.*, 1999, p. 257 ; *T.F.R.*, 1999, p. 385 et la note B. COOPMAN et G. STESENS, « Mensenrechtelijke waarborgen toepasselijk op de administratieve fiscale boete: reflecties bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Arbitragehof » ; *R.W.*, 1998-99, p. 1346 et la note C. VERMEERSCH, « Rechterlijke bevoegdheid met betrekking tot administratieve fiscale sancties » ; C.A., n° 32/99, *Arr. C.A.*, 1999, p. 371.

²²⁵S. NUDELHOLC et J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 635, n° 40.

79. La question, en définitive, ne pouvait être tranchée que par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci a finalement défini l'exigence de pleine juridiction comme impliquant le pouvoir pour l'organe judiciaire « de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »²²⁶.

Dans son arrêt *Silvester's Horeca Services*, la Cour précitée a décidé qu'il y a violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention lorsque le juge saisi du recours du contribuable décide qu'il est uniquement appelé à vérifier la réalité des infractions et à contrôler la légalité des amendes fiscales, sans être compétent pour apprécier l'opportunité ou accorder une remise de dette complète ou partielle.

À l'inverse, dans son arrêt *Segame*, elle a conclu à l'absence de violation après avoir constaté d'une part que la requérante, société française en litige avec le fisc français, « a pu former devant le tribunal administratif un recours visant la décharge du rappel de taxe et des pénalités, et saisir ensuite la cour administrative d'appel et le Conseil d'État d'un appel et d'un pourvoi en cassation » et d'autre part qu'il « s'agissait en l'espèce d'un recours de plein contentieux, dans le cadre duquel le juge administratif dispose de pouvoirs étendus : il apprécie tous les éléments de fait et de droit et peut non seulement annuler ou valider un acte administratif, mais également le réformer, voire substituer sa propre décision à celle de l'administration et se prononcer sur les droits de l'intéressé ; en matière fiscale, il peut décharger le contribuable des impôts et pénalités mis à sa charge ou en modifier le montant dans la limite de l'application de la loi, et en matière de pénalités, substituer un taux inférieur à un taux supérieur pour autant que la loi le prévoit »²²⁷.

Il est donc établi que, aujourd'hui, la conformité à la Convention du recours contre la sanction administrative suppose que le juge soit en mesure de la réduire, dans le respect des limites imposées par la loi à l'administration. Dès avant le prononcé de l'arrêt *Silvester's Horeca Services*, la Cour constitutionnelle avait d'ailleurs adapté la formule retenue dans ses arrêts pour y intégrer l'exigence d'un pouvoir de substitution, sous la forme d'une réduction ou d'une remise de l'amende²²⁸.

80. Pour les tribunaux, soumettre l'administration à un contrôle de pleine juridiction comportant un pouvoir de substituer leur appréciation à celle de l'administration ne présente pas de difficulté théorique particulière. Il ne s'agit finalement que d'aligner le contrôle des

²²⁶ Cour D.H., *Silvester's Horeca Services c. Belgique*, n° 47650/99, 4 mars 2004, § 27. Voy. les observations de B. COOPMAN, « Rechterlijke toetsing van fiscale boetes: cassatie teruggefloten door Straatsburg », *T.F.R.*, 2004, pp. 641-643.

²²⁷ Cour D.H., *Segame S.A. c. France*, n° 4837/06, 7 juin 2012, § 56.

²²⁸ C.A., n° 96/2002, 12 juin 2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 1167. Voy. également C.A., n° 125/2003, 24 septembre 2003, *Arr. C.A.*, 2003, p. 1585 ; *R.W.*, 2003-04, p. 1337 et la note P. HANNES, « Art. 74/4bis Vreemdelingenwet: de onschuld van de vervoerder mag worden aangetoond » ; C. Const., n° 79/2002, 15 mai 2008, *Arr. C.Const.*, 2008, p. 1139 ; *R.G.C.F.*, 2009, p. 171 et la note M. MARLIÈRE et C. SCHOTTE, « Le contrôle judiciaire des amendes T.V.A ».

sanctions administratives sur celui de la matière pénale au sens strict, qui relève d'ailleurs de leurs attributions exclusives.

La chose se présente différemment pour le Conseil d'État. Sous réserve des quelques cas où il joue le rôle de commission juridictionnelle statuant sur des droits politiques, ses attributions sont limitées au contentieux dit « objectif », dont l'essence est intrinsèquement incompatible avec l'affirmation d'un pouvoir de substitution.

L'irruption des exigences du procès équitable dans le contentieux objectif place le juge administratif devant une équation insoluble. S'il satisfait aux unes, il méconnaît les limites de l'autre. Et s'il respecte ces limites, le procès n'est pas équitable, l'autorité administrative étant soustraite au contrôle juridictionnel²²⁹.

81. À vrai dire, cette situation n'est jamais qu'une illustration supplémentaire du paradoxe qui se trouve à l'origine du concept de contentieux dit « objectif », cette volonté de soumettre à contrôle juridictionnel quelque chose que l'on a préalablement identifié comme n'étant pas susceptible d'un tel contrôle, parce que relevant du domaine réservé de l'administration.

Un moyen - voire le seul - de restituer de la cohérence à cet ensemble conceptuel serait d'accepter l'idée, comme le soutiennent d'ailleurs certains auteurs²³⁰, que le contentieux de légalité est une variété de contentieux relatif à des droits politiques. La contrepartie de cette cohérence retrouvée serait cependant que ce type de contentieux relèverait alors de l'article 145 de la Constitution, partant, reviendrait aux tribunaux, sauf exception légale.

Paragraphe 2.- Concentration vis-à-vis du juge constitutionnel

82. Vis-à-vis du juge administratif, il ne fait nul doute que les tribunaux sont dépositaires de la plénitude de la fonction juridictionnelle.

Vis-à-vis du juge constitutionnel, les choses semblent différentes ; le contrôle de la constitutionnalité des lois leur échappe. Cette restriction n'est cependant pas aussi importante qu'elle semble l'être à première vue. En effet, dans une large mesure, la question de la constitutionnalité des lois se confond avec celle de leur conformité au droit international, en raison de l'identité d'objet de ces deux catégories de normes. Plus encore :

²²⁹ Contrairement à ce que le Conseil d'État a soutenu dans certains arrêts déjà anciens : C.E., n° 24.937, *Broeckx*, 20 décembre 1984 ; C.E., n° 26.840, *Broeckx et Van Craen*, 3 juillet 1986 ; C.E., n° 32.886, *Ockerman et Notebaert*, 28 juin 1989 ; C.E., n° 32.887, *Vandenberg*, 28 juin 1989. Voy. S. NUDELHOLC et J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 636, n° 41. Comp. M. MELCHIOR, « La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1341.

²³⁰ Voy. B. BLÉRO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », dans *Le Conseil d'État, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 203-267 ; B. BLÉRO, « La théorie de l'objet véritable du litige n'est-elle pas véritablement devenue sans objet ? », note sous Cass., 20 décembre 2007, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 420 et suiv., spéc. pp. 476 et suiv. Voy. également les propos de P. WIGNY, « Droits administratifs subjectifs. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 », *J.T.*, 1957, p. 361. Comp. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 91.

la Constitution ne saurait déroger au droit conventionnel, ainsi que la Cour l'a affirmé dans trois arrêts rendus les 9 et 16 novembre 2004.

Dans ces décisions, la Cour a affirmé la suprématie du droit conventionnel vis-à-vis du texte constitutionnel, de manière à faire l'économie d'une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle au terme d'un raisonnement *a fortiori*. Puisque la Constitution est subordonnée au droit international, la conformité d'une loi à la norme conventionnelle dispensait la Cour de s'interroger sur sa constitutionnalité puisqu'en qu'en toute hypothèse, la Constitution ne peut s'écarter des exigences conventionnelles.

L'arrêt du 9 novembre 2004 énonce ainsi que « la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, prime la Constitution »²³¹. Les arrêts du 16 novembre 2004 énoncent quant à eux, de manière plus générale, que « le traité ayant un effet direct prime la Constitution »²³².

Ces décisions constituent la suite logique de l'arrêt *Le Ski* et du ralliement de la Cour à la conception moniste des rapports du droit interne et du droit international²³³.

Ils constituent également le pendant, du point de vue de la Cour, à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 juillet 2004 qui consacre la théorie dite du « tout indissociable »²³⁴. En vertu de celle-ci, la Cour constitutionnelle ne se contente pas de contrôler la conformité des lois à la Constitution, mais examine aussi leur conformité aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme lorsque les dispositions constitutionnelles garantissent un droit fondamental analogue et constituent ainsi un ensemble indissociable²³⁵.

La consécration du « tout indissociable » par la Cour constitutionnelle donne à ses attributions un tour nouveau. Une analyse superficielle pourrait laisser croire qu'elle empiète,

²³¹ Cass. 9 novembre 2004, *Pas.* 2004, p. 1745 ; *T.B.P.*, 2005, p. 43 et note F. MEERSCHAUT, « De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet » ; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 789 et note M.-F. RIGAUX, « Quand la Cour de cassation arbitre » ; *C.D.P.K.*, 2005, p. 597 et note A. VANDAELE, « Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling » ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 31 et note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, « Traité international et Constitution nationale ».

²³² Cass. 16 novembre 2004, *Pas.* 2004, p. 1795 et p. 1802, et les conclusions de l'avocat général P. Duinslaeger ; *C.D.P.K.*, 2005, p. 610 et note A. VANDAELE, « Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling » ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36 et note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, « Traité international et Constitution nationale » ; *R.W.*, 2005-2006, p. 388 et note P. POPELIER, « Wie is de hoeder van onze grondrechten ? » ; *T. Strafr.*, 2005, p. 285 et note R. VERSTRAETEN et S. DE DECKER, « Antigoon sluit de achterpoort, maar opent een raam ».

²³³ Cass. 27 mai 1971, *Pas.* 1971, I, p. 886 et les conclusions du procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

²³⁴ C. Const., n° 136/2004, 22 juillet 2004, *C.D.P.K.*, 2004, p. 403 et note J. GHYSELS, « Verjaren stedenbouwmisdrijven nog na het arrest nr. 136/2004 van het Arbitragehof ? » ; *R.W.*, 2004-2005, p. 582 et note I. VAN GIEL, « Eerste arrest van het Arbitragehof over de ongrondwettigheden in het verjaringsdecreet ruimtelijke ordening » ; *N.J.W.*, 2004, p. 1274 et note D. VAN HEUVEN et J. BELEYN, « Verjaring van stedenbouwmisdrijven. Problemen na het arrest nr. 2004/136 van 22 juli 2004 van het Arbitragehof » ; *M.E.R.*, 2004, p. 307 et note K. ROELANDT, « Verjaring van stedenbouwmisdrijven: een zoektocht naar rechtszekerheid ».

²³⁵ G. Rosoux, « Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité de sources et de la pluralité des juges : vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux ? - Résumé de thèse », *R.F.D.L.*, 2016, pp. 53-75.

ce faisant, sur les attributions des tribunaux. Il n'en est rien, pour la raison, déjà évoquée plus haut dans les relations entre les tribunaux et les juridictions administratives, que l'affirmation par telle juridiction de sa compétence n'implique pas, *per se*, qu'elle dénie à d'autres le pouvoir de connaître du même litige.

Il est regrettable que l'on ait parfois soutenu le contraire en mésinterprétant l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

Ce texte, tel que modifié par la loi spéciale du 12 juillet 2009, prévoit que « lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution »²³⁶.

Cette disposition consacre l'obligation des tribunaux de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle avant qu'ils n'examinent la conformité d'une loi au droit international. Elle n'a pas d'autre effet. Notamment, elle ne saurait signifier que les tribunaux sont liés par les considérations que la Cour constitutionnelle, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité, émettrait en rapport avec la conformité de la loi au droit international. Il n'appartient en effet pas à la loi, fût-elle votée à la majorité spéciale, d'enlever aux tribunaux un pouvoir qu'ils tiennent directement de la Constitution²³⁷.

En conséquence, lorsque la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la conformité d'une loi aux instruments conventionnels de protection des droits de l'homme, il continue d'être possible, pour les cours et tribunaux, de retenir une analyse différente.

²³⁶ Une loi spéciale du 4 avril 2014 a ajouté : « Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ».

²³⁷ L'article 26, § 4, trouve son origine dans les travaux d'un symposium organisé le 21 octobre 2005 par les trois juridictions suprêmes belges. Dans les rapports de ce colloque, on trouve certains passages affirmant que l'arrêt de la Cour constitutionnelle aurait autorité de chose jugée vis-à-vis des tribunaux, y compris sur des points étrangers à l'appréciation de la constitutionnalité. Voy. J. VELAERS, « Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux », dans *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, La Chartre, 2006, pp. 125-149, « Afin de prévenir que les plus hautes juridictions rendent des arrêts manifestement contradictoires, il est nécessaire de souligner que les arrêts dans lesquels la Cour d'arbitrage contrôle des lois, des décrets ou des ordonnances au regard des droits fondamentaux inscrits au titre II de la Constitution, lus en combinaison avec les dispositions analogues de conventions internationales, ont l'autorité, y compris en ce qui concerne ces dernières. Pour autant que ces considérants relatifs aux conventions soient effectivement indissociablement liés aux considérants relatifs à la Constitution, ils en font partie intégrante ».

La Cour l'a rappelé dans ses arrêts des 15 décembre 2014²³⁸ et 29 septembre 2017²³⁹. Ce dernier arrêt affirme sans ambages :

« Aux termes de l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, tel qu'il s'applique au litige, lorsque est invoquée devant une juridiction la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.

Il ne résulte pas de cette disposition que la compétence de la Cour constitutionnelle s'étende à l'examen de la conformité des normes de droit interne qui y sont visées aux normes de droit européen ou de droit international qui consacrent des droits fondamentaux également garantis de manière partiellement ou totalement analogue par une disposition du titre II de la Constitution.

Il s'ensuit que, lorsque la Cour constitutionnelle étend à ces normes de droit européen ou de droit international l'examen de la conformité d'une norme de droit interne à une disposition du titre II de la Constitution, sa décision n'a, dans la mesure où elle porte sur lesdites normes du droit international conventionnel directement applicables, pas l'autorité que lui attribue l'article 9, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ».

²³⁸ Cass. 15 décembre 2014, *Pas.* 2014, n° 789 et les conclusions de l'avocat général J.M. GENICOT ; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1122 et note Ch. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination » ; voy. également les longues considérations consacrées à la question par Th. WERQUIN, « Concours de droits fondamentaux en matière sociale : réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2104 », dans *Le droit du travail au XXIe siècle. Liber amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 849-886. Voy. ég. M. BOSSUYT, « Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde ? », note sous Cass. 15 décembre 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1624.

²³⁹ Cass. 29 septembre 2017, *Pas.* 2017, n° 514 et les conclusions du procureur général A. HENKES, alors premier avocat général.

CHAPITRE II.- MYTHE ET RÉALITÉ DE L'ACTIVITÉ DE L'ORGANE JURIDICTIONNEL JUDICIAIRE AU XXI^{ÈME} SIÈCLE

Introduction

83. Le juge est, avec les magistrats du ministère public, le bras armé du pouvoir judiciaire ; ils lui donnent vie et consistance. Celui-ci doit son existence à la nécessité de découpler la fonction de juge - l'activité juridictionnelle - des autres fonctions étatiques. Le « juge » est l'organe clé de la fonction juridictionnelle, judiciaire, administrative et constitutionnelle.

Nous avons, dans le premier chapitre, réexaminé la place constitutionnelle du pouvoir judiciaire et les contours tant de la fonction (au sens organique) que du pouvoir (au sens premier) juridictionnel.

Le présent chapitre est dédié au « juge » judiciaire. Les ouvrages qui lui sont consacrés, à sa fonction, à ses missions, à son pouvoir et à ses états d'âmes ne se comptent plus. Nous n'allons pas repasser en revue tout ce que l'on a pu écrire à son propos pour ensuite en distiller une vérité. Par contre, nous nous attarderons sur ce que, au 19^{ème} siècle, l'on voulait qu'il soit, et ce que, en début de ce XXI^{ème} siècle, il est véritablement. Dans ce trajet, nous revisiterons d'abord le statut singulier de cet organe, dans la Constitution et dans les dispositions légales centrées sur la fonction (**section 1^{ère}**). Ensuite, dans la continuité de l'enseignement tiré dans le premier chapitre à propos de la concentration du pouvoir juridictionnel entre les mains du pouvoir judiciaire et plus particulièrement du juge, nous observerons que, de surcroît, ce dernier exerce ce pouvoir avec hardiesse (**section 2**). Enfin, partant de ce constat, nous troublerons l'image rassurante du juge désincarné, fidèle serviteur d'une loi claire, pour mettre en avant l'aspect politique de l'activité juridictionnelle (**section 3**).

Section 1^{ère}. – De la protection constitutionnelle et légale du juge par un statut spécifique

Paragraphe 1^{er}.- Principes fondamentaux concernant l'indépendance du juge

A) Sources du droit

84. L'article 151, § 1^{er}, de la Constitution prévoit que les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Cette disposition n'a pas été expressément inscrite dans la Constitution belge lors de la révision de la Constitution du 20 novembre 1998, mais il ne fait aucun doute que le législateur constitutionnelle avait déjà ratifié ce principe sans réserve en 1831. L'indépendance judiciaire a été garantie par la Constitution de 1831 grâce à une série de principes, parmi lesquels l'inamovibilité des juges, le monopole du législateur de créer de nouvelles juridictions et de fixer le statut financier des magistrats, la publicité des audiences et la motivation des jugements²⁴⁰.

²⁴⁰ M. MALLIEN, « De functionele onafhankelijkheid », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 115.

85. À partir de 1979, la Cour de cassation a reconnu le principe général du droit de l'indépendance et de l'impartialité des juges, applicable à toutes les juridictions, y compris en matière disciplinaire²⁴¹. Ainsi, en 1998, l'indépendance de la justice ayant trouvé ancrage, le législateur constitutionnel a uniquement souhaité « consacrer les principes actuellement en vigueur en matière d'indépendance »²⁴². Plusieurs auteurs ont souligné, à juste titre, que la modification de la Constitution de 1998 était plutôt symbolique, précisément parce qu'un principe général du droit existait déjà²⁴³.

86. Les articles 14, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissent à tout justiciable le droit à un procès équitable et, par conséquent, que sa cause soit traitée par un tribunal indépendant et impartial. Ces dispositions de droit international, bien antérieures à la révision de la Constitution de 1998, ont certes un effet direct dans le droit interne et peuvent être invoquées devant les juridictions belges²⁴⁴.

B) Lien entre indépendance fonctionnelle et impartialité

87. Tant l'indépendance que l'impartialité des juges sont garanties par les articles 14, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et sont étroitement liées en substance.

Pour certains, l'impartialité est une notion davantage psychologique que juridique, un juge impartial n'ayant pas d'idées préconçues sur la décision à prendre, n'étant pas guidé par des informations obtenues en dehors de la salle d'audience ou sous une quelconque pression mais exclusivement par des éléments objectifs²⁴⁵.

L'impartialité présente une composante tant subjective qu'objective : *justice must not only be done, it must also be seen to be done*²⁴⁶. Dans l'arrêt 'spaghetti' du 14 octobre 1996, la Cour de cassation a considéré que l'impartialité des juges est une règle fondamentale de

²⁴¹ Cass. 15 juin 1979, AC 1978-79, 1232 ; Cass. 20 juin 1979, AC 1978-79, 1256. Le Conseil d'État partage cette position : CE 27 mai 2008, n° 183.479, *Baert*, et n° 183.480, *Slabbaert*, nr. 9.

²⁴² *Doc. Parl.* Chambre 1997-98, n° 1675/1, 5. Voir égal. P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », dans *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 1-2, n° 1^{er}.

²⁴³ J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les garanties constitutionnelles de l'indépendance de l'autorité judiciaire », dans E. DIRIX et Y.-H. LELEU, *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 524.

²⁴⁴ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », dans *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 1, n° 1^{er} ; M. MALLIEN, « De functionele onafhankelijkheid », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 116-118.

²⁴⁵ A. OOMS, « De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt. Een historische en prospectieve analyse over de grens tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid », *CDPK* 2010, 500 ; E. MICHAUX, G. VERVAEKE, D. VAN DAELE et R. MORTIER, « De goede rechter ten tijde van het New Public Management: een verhaal van onverzoenbare verwachtingen? », *R.W.* 2017-18, 936.

²⁴⁶ I. DUPRÉ, « Ontwikkelingen inzake de rechterlijke onafhankelijkheid in België », dans *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, 1999, 46-47.

l'organisation judiciaire, qu'elle constitue, avec le principe de l'indépendance des juges à l'égard des autres pouvoirs, le fondement même non seulement des dispositions constitutionnelles qui règlent l'existence du Pouvoir judiciaire mais de tout État démocratique et que les justiciables y trouvent la garantie que les juges appliqueront la loi de manière égale²⁴⁷. Le président de Codt souligne à juste titre que cette décision rappelle aux juges leur mission, notamment la juste distance qui fonde leur fonction²⁴⁸.

88. Par contre, l'*indépendance* concerne plutôt les liens entre le juge et d'autres instances, tels le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais également ses supérieurs et ses collègues, voire l'influence de groupes de pression ou de l'opinion publique. Un juge indépendant peut se prononcer sans dépendre de qui que ce soit, sans être soumis à la moindre pression ou influence, ni à des ordres²⁴⁹.

89. MALLIEN indique que l'*indépendance* et l'*impartialité* constituent les deux facettes d'une même réalité, l'objectivité en étant au cœur. L'impartialité peut être interprétée comme étant l'obligation pour le juge de garantir qu'il dispose d'une (apparente) liberté d'esprit suffisante, de sorte qu'il ne favorise pas d'emblée une partie au détriment de l'autre. L'indépendance, en revanche, serait plutôt un devoir dans le chef de tous les autres – représentants politiques, supérieurs hiérarchiques, groupes de pression, médias ... - de ne pas exercer de pression, de donner des ordres, de censurer, etc. sur les magistrats du siège. Alors que l'impartialité est un devoir pour le juge, l'indépendance est un droit (fonctionnel), tant pour le juge que pour le justiciable²⁵⁰.

L'interdépendance de l'indépendance et de l'impartialité est reconnue par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 10 février 2015, la Cour a considéré que les exigences d'indépendance et d'impartialité du juge sont étroitement liées entre elles, de sorte les garanties de l'indépendance individuelle du juge peuvent être prises en considération pour apprécier son impartialité objective²⁵¹. Dans ce contexte, BOUHON et LACROIX observent judicieusement que l'indépendance est un mécanisme juridique qui rend le pouvoir judiciaire efficace, dès lors qu'il a pour objectif de maintenir l'impartialité des tribunaux et, par conséquent, d'établir l'État de droit²⁵². Les dispositions qui garantissent l'indépendance du juge contribuent également à une administration objective et impartiale de la justice pour le contribuable²⁵³.

²⁴⁷ Cass. 14 octobre 1996, *Pas.* I, n° 349, *J.L.M.B.* 1997, 175.

²⁴⁸ J. de CODT, « Rapport introductif. De ce qui est dit sur la loi à ce qui est dit être dans la loi », dans *De magistrat en de professor. Hulde aan Walter Van Gerven/Le Magistrat et le professeur. Hommage à Walter Van Gerven*, Bruxelles, Larcier, 2017, 33.

²⁴⁹ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *o.c.* p. 3, n° 2 et p. 21, n° 24 ; M. MALLIEN, « De functionele onafhankelijkheid », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistrat*, Bruges, la Charte, 2020, 118 ; J. VELU, *Vertegenwoordiging en Rechterlijke Macht*, Bruxelles, Moniteur belge, 1996, p. 33, n° 23.

²⁵⁰ M. MALLIEN, « De functionele onafhankelijkheid », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistrat*, Bruges, la Charte, 2020, 119.

²⁵¹ Cass. 10 février 2015, RG P.15.0172.N, *Pas.* 2015, n° 97.

²⁵² F. BOUHON et M. LACROIX, « L'(ir)responsabilité du pouvoir judiciaire : fondement et mise à l'épreuve de l'immunité judiciaire en droits québécois et belge », *Rev.dr.intern.comp.* 2017, 425.

²⁵³ M. MALLIEN, *o.c.*, 119.

C) Distinction entre indépendance fonctionnelle et institutionnelle

90. Il y a lieu de faire une distinction entre l'*indépendance institutionnelle* du juge - *i.e.* l'indépendance de l'*ordre judiciaire* au sein de l'État, lequel évite que le pouvoir judiciaire soit mis sous pression ou ne reçoive d'injonctions par rapport aux autres pouvoirs – et l'*indépendance fonctionnelle* du juge, qui concerne la prise de la décision judiciaire elle-même et porte sur la liberté du juge de trancher au cas par cas et sans restriction les litiges portés à sa connaissance de la manière qu'il estime la plus conforme aux règles juridiques et de procédure applicables²⁵⁴.

Alors que l'*indépendance fonctionnelle* touche à l'appréciation même, l'*indépendance institutionnelle* implique que l'ordre judiciaire ne soit pas subordonné au pouvoir législatif ou exécutif. Les deux facettes de l'indépendance judiciaire sont indissociablement liées entre elles : c'est précisément parce que l'ordre judiciaire est un pouvoir à part entière dans le *trias politica* et parce qu'il existe des institutions comme le Conseil supérieur de la Justice (C.S.J.) que le juge peut se prononcer sans être mis sous pression, notamment par les deux autres pouvoirs²⁵⁵.

Paragraphe 2.- L'indépendance fonctionnelle

91. Selon le procureur général VELU, l'*indépendance fonctionnelle* implique une triple interdiction²⁵⁶ :

(i) celle de censurer les décisions des juridictions. En d'autres termes, le justiciable a le droit de voir la décision, dès qu'elle a été prononcée, exécutée dans toutes ses conséquences (autorité de la chose jugée, caractère exécutoire, conséquence factuelle, force probante...) sans qu'aucune autorité ne s'y oppose.

(ii) celle d'adresser aux juridictions des injonctions. Il est interdit d'adresser aux juges des interdictions, fût-ce à titre positif ou négatif. Une juridiction n'est pas tenue par une telle injonction et ne peut en tenir compte dans sa délibération. Une tentative d'influence (même par le biais de commentaires – entre autres – de représentants politiques dans les médias sur des jugements rendus ou à rendre) est radicalement contraire au principe de l'indépendance fonctionnelle.

(iii) celle pour toute autre pouvoir ou instance de se substituer aux juridictions dans l'exercice de leur compétence juridictionnelle. Ce principe est notamment garanti par l'attribution exclusive aux tribunaux de l'ordre judiciaire des contestations qui ont pour objet des droits subjectifs en matière civile par l'article 144, § 1^{er}, de la Constitution.

92. L'indépendance fonctionnelle du juge est, d'une part externe **(A)** ; les pouvoirs exécutif **(1)** et législatif **(2)** ne peuvent s'immiscer dans un jugement spécifique, **(B)** comme interne : la même interdiction s'applique aux autres membres de l'ordre judiciaire.

²⁵⁴ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 2, nr. 2 ; M. MALLIEN, *o.c.*, 120.

²⁵⁵ M. MALLIEN, *id.*

²⁵⁶ J. VELU, *Représentation et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 640.

L'indépendance fonctionnelle externe du juge n'implique pas que les autres pouvoirs ne peuvent exercer la moindre forme de contrôle sur le pouvoir judiciaire. DUPRÉ indique dans cette phrase : *“de absolute onafhankelijkheid van de rechter, zonder wederzijdse controle, zou een aanslag zijn op de rechtsstaat. Daarom bestaat het evenwicht tussen de machten: elke macht werkt samen en oefent vanuit zijn positie en afhankelijk van zijn verantwoordelijkheden een wederzijdse controle uit, zonder zich in te mengen in de domeinen van de ander of zich die toe te eigenen”*²⁵⁷. Ainsi, l'indépendance fonctionnelle des juges n'empêche pas qu'ils soient nommés par le pouvoir exécutif, ni que le pouvoir législatif réforme la loi pour mettre un frein à certaines évolutions indésirables dans la jurisprudence²⁵⁸.

A) Indépendance fonctionnelle externe

1) À l'égard du pouvoir exécutif

93. Le législateur (constitutionnel) a prêté la plus grande attention à l'indépendance fonctionnelle du juge à l'égard du pouvoir exécutif. Certaines dispositions de la Constitution, qui seront analysées plus en détails dans une prochaine partie de la présente mercuriale, veillent à garantir cette indépendance, comme le statut financier des juges, fixé exclusivement par la loi (article 154 de la Constitution), l'interdiction d'accepter d'un gouvernement la moindre fonction salariée ou en général les incompatibilités (article 155 de la Constitution) et l'inamovibilité des juges (article 152 de la Constitution). Certes les juges sont, tout comme leurs chefs de corps, nommés par le Roi, mais sur présentation de la Commission de nomination et de désignation compétente, cette présentation ne pouvant être refusée par le Roi que selon le mode déterminé par la loi et moyennant motivation (article 151, §§ 4 et 5).

Dans la pratique, le plus grand danger auquel l'indépendance fonctionnelle des juges est exposée vis-à-vis du pouvoir exécutif est causé par les déclarations que font les représentants politiques dans les médias concernant des affaires en cours²⁵⁹. A contrario, cela ne signifie pas que les membres du gouvernement ou autres qui font partie du pouvoir exécutif sont contraints au silence, notamment en ce qui concerne certaines évolutions dans la jurisprudence. En décider autrement entraverait évidemment le débat public. Mais la retenue est de mise lorsqu'il s'agit d'affaires spécifiques toujours en cours ou dont la décision vient d'être rendue²⁶⁰.

2) À l'égard du pouvoir législatif

a) Éventuelles violations de l'indépendance fonctionnelle par le pouvoir législatif

94. Il est interdit au législateur de s'immiscer illégitimement dans la fonction juridictionnelle des juridictions. Il ressort de l'arrêt *Baka* rendu par la Cour européenne des

²⁵⁷ I. DUPRÉ, « Ontwikkelingen inzake de rechterlijke onafhankelijkheid in België », dans *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, 1999, 45.

²⁵⁸ M. MALLIEN, *o.c.*, 123.

²⁵⁹ M. MALLIEN, *o.c.*, 124.

²⁶⁰ M. MALLIEN, *o.c.*, 124-125.

Droits de l'Homme que l'indépendance judiciaire vis-à-vis du pouvoir législatif est garantie par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette affaire porte sur la décision du parlement hongrois de démettre le président de la Cour suprême de ses fonctions sans possibilité de recours, après qu'il s'était exprimé négativement sur certaines évolutions de la législation. La Cour européenne a considéré que la Hongrie avait violé l'article 6, § 1^{er}, de la Convention²⁶¹.

En Belgique, le législateur n'intervient pas dans la nomination et la destitution des juges, mais il fixe leurs traitements et leurs pensions conformément aux articles 152, alinéa 1^{er}, et 154 de la Constitution. Dans ce contexte, MALLIEN note qu'une diminution du nombre de magistrats ou la pression exercée en vue d'une meilleure rentabilité pourrait influencer la prise de décision, dès lors que les juges seraient de plus en plus contraints, faute de temps, de recourir à une certaine forme de standardisation²⁶².

Il va sans dire que le législateur peut faire les choix politiques nécessaires lorsqu'il détermine les moyens financiers mis à la disposition des juridictions. L'octroi de moyens manifestement insuffisants est toutefois opposé au principe d'indépendance de la justice qui se voit empêchée de se prononcer en toute indépendance²⁶³.

b) Interdiction de principe des lois rétroactives

95. L'interdiction, hormis dans des circonstances exceptionnelles, d'adopter et de promulguer une loi rétroactive représente une restriction pour le législateur en vue de préserver l'indépendance fonctionnelle du juge vis-à-vis du pouvoir législatif²⁶⁴.

Dans sa jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle fait une distinction entre les lois rétroactives 'ordinaires' et les lois visant à influencer l'issue de certaines procédures. En ce qui concerne la première catégorie, la Cour considère que la rétroactivité de dispositions législatives, qui est de nature à créer de l'insécurité juridique, ne peut se justifier, dans des circonstances particulières, que lorsqu'elle est indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public. S'il s'avère en outre que la rétroactivité de la norme législative a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit déterminée, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous²⁶⁵. La rupture de la séparation des pouvoirs qui se produit dans ce dernier cas explique

²⁶¹ EHRM, Baka t. Hongarije, 23 juni 2016.

²⁶² M. MALLIEN, *o.c.*, 125.

²⁶³ Avis C.E. 11 juillet 2013, n° 53.519/3 sur un avant-projet de loi ayant mené à la loi du 28 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'Organisation judiciaire, *Doc. parl.* Chambre 2013-14, n° 53-3068/001, 54, n° 4 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, n° 59.p. 49,

²⁶⁴ M. MALLIEN, *o.c.*, 125-126.

²⁶⁵ Pour un cas d'école, voy. l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 novembre 2009 (arrêt n° 186/2009) validant un acte législatif (article 2 de la loi du 24 juillet 2008 confirmant l'établissement de certaines taxes communales complémentaires et de la taxe d'agglomération complémentaire à l'impôt des personnes physiques

la raison pour laquelle le critère est plus strict. Il n’y a toutefois pas d’interdiction absolue d’influencer des procédures pendantes par le biais d’une loi rétroactive²⁶⁶.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme est régie par des principes similaires²⁶⁷.

Il convient toutefois de constater que l’interprétation de la notion de ‘circonstances exceptionnelles’ est souple. Ainsi, il a été admis que certaines dispositions fiscales ont été admises avec effet rétroactif, parce que l’affaire pendante devait connaître une issue prévisible puisque le nouveau texte adoptait la disposition précédemment en vigueur²⁶⁸.

c) Restriction de la liberté d’appréciation du juge par le législateur

96. Outre l’indépendance fonctionnelle du juge vis-à-vis du législateur, la doctrine constate à bon droit que le législatif restreint de plus en plus la liberté d’appréciation du juge. Ainsi, MALLIEN²⁶⁹ rappelle qu’en droit de la famille, le législateur a donné une consistance à la notion « d’intérêt de l’enfant » en se référant à l’hébergement égalitaire²⁷⁰ et qu’il a fixé des critères de pension alimentaire²⁷¹. Par ailleurs, cet auteur se réfère également à l’article 37/1 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui détermine la durée des délais de préavis, laquelle était auparavant appréciée équitablement par le juge.

La tendance du législateur à objectiver des normes qui pouvaient auparavant être interprétées par le juge ne compromet pas en soi l’indépendance fonctionnelle du juge, dès lors que le juge doit bien entendu suivre la loi (adaptée). Néanmoins, on peut imaginer qu’en raison de la restriction de la liberté d’appréciation du juge, le contrôle juridictionnel ne puisse plus jouer pleinement son rôle, au risque de perturber l’équilibre entre les pouvoirs²⁷².

B) Indépendance fonctionnelle interne

97. L’indépendance fonctionnelle d’un juge est non seulement garantie vis-à-vis du pouvoir législatif, mais également vis-à-vis d’autres juridictions (que ce soit ou non en degré d’appel dans la hiérarchie) **(1)**, des chefs de corps et même des collègues magistrats **(2)**.

1) Vis-à-vis des cours et tribunaux supérieurs

pour chacun des exercices d’imposition 2001 à 2007 et modifiant, à partir de l’exercice d’imposition 2009, l’article 468 du Code des impôts sur les revenus 1992) contre lequel un recours en annulation avait été introduit, pris pour annuler les effets de deux arrêts de la Cour de cassation (Cass. 14 mars 2008, RG F.07.0067.F, *Pas.* 2008, n° 184 ; Cass. 14 mars 2008, RG F.07.0068.F, rendus sur les conclusions conformes de A. HENKES, alors avocat général), qui annulaient les taxes communales litigieuses pour rétroactivité illégale ; Voy. aussi C. Const. 7 décembre 2005, n° 177/2005, B.18.1. et C. Const. 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1.

²⁶⁶ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 49, n° 58.

²⁶⁷ Voir p.ex. Cour eur. D.H. (*Building Societies c/ Royaume-Uni*) 23 octobre 1997, point 112.

²⁶⁸ C. Const. 20 mai 1998, n° 49/98, B.5.1.

²⁶⁹ M. MALLIEN, *o.c.*, 126.

²⁷⁰ C. civ. (ancien), art. 374, § 2, tel que modifié par la loi du 18 juillet 2006, *M.B.* 4 septembre 2006.

²⁷¹ C. jud., art. 1321, tel que modifié par la loi du 19 mars 2010, *M.B.* 21 avril 2010.

²⁷² M. MALLIEN, *o.c.*, 127.

98. Alors que les jugements et jugements peuvent être annulés dans le cadre de recours ordinaires et extraordinaires, les juridictions supérieures ne peuvent ordonner aux juridictions inférieures de statuer dans tel ou tel sens. En principe, un juge n'est pas lié par la jurisprudence des juridictions supérieures²⁷³.

Il résulte également de cette indépendance fonctionnelle 'interne' que les évaluateurs d'un magistrat ne peuvent tenir compte dans leur évaluation de la teneur de ses décisions, ni de critères tels que le taux d'annulation ou le nombre d'affaires ayant donné lieu à un recours ou à un pourvoi en cassation²⁷⁴.

Il existe quelques exceptions au principe selon lequel un juge n'est pas lié par la jurisprudence des juridictions (supérieures) :

(i) l'article 1110, alinéa 4, du Code judiciaire, qui dispose que le tribunal devant lequel une cause est renvoyée par la Cour de cassation se conforme à l'arrêt de la Cour sur le point de droit jugé par cette Cour ;

(ii) l'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, en vertu duquel la juridiction qui a posé la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ;

(iii) l'obligation pour le juge civil, en vertu du principe général du droit relatif à l'autorité de la chose jugée, de se conformer aux points qui ont été tranchés par le juge pénal vis-à-vis des juridictions civiles²⁷⁵.

Hormis dans ces cas, un juge peut rendre une décision totalement différente et interpréter les dispositions légales tout à fait différemment des autres juridictions, même supérieures, même s'il semble logique qu'un juge aligne sa jurisprudence à celle des cours et tribunaux supérieurs. L'indépendance ne signifie effectivement pas que le juge jouisse d'une totale liberté et puisse céder à l'arbitraire ; il est tenu de se conformer à la loi en vertu du principe de l'état de droit²⁷⁶.

2) Vis-à-vis du chef de corps

99. Dans un arrêt du 13 mars 2012, la Cour de cassation a décidé qu'un juge est indépendant dans l'exercice de ses compétences juridictionnelles, de sorte que, dans cet exercice, les magistrats d'une juridiction ne sont pas soumis à l'autorité hiérarchique de leur

²⁷³ M. MALLIEN, *o.c.*, 127-128; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 21, n° 24.

²⁷⁴ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 21-22, n° 24; M. MALLIEN, « De functionele onafhankelijkheid », dans X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 127. MALLIEN renvoie sur ce point à K. MUNUNGU LUGUNGU, « Le management judiciaire ou le glas de l'indépendance du juge », *Rev.dr. ULB* 2014, 144.

²⁷⁵ Voir p.ex. Cass. 3 février 2014, RG C.12.0474.F, *Pas.* 2014, n° 88.

²⁷⁶ X. DE RIEMAECKER, « De deontologie », in X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 419 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », dans *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 22, n° 24.

chef de corps²⁷⁷. Ainsi, l'indépendance fonctionnelle ne concerne pas un tribunal dans son ensemble, mais chaque magistrat individuellement²⁷⁸.

Les chefs de corps ne peuvent donner d'injonctions, émettre des directives ou exercer de pression afin qu'il soit statué dans un sens déterminé dans une affaire spécifique, ou, plus généralement, afin d'orienter la jurisprudence dans une certaine direction (p.ex. en imposant des instruments ou des 'standards' qui facilitent la prise de décision)²⁷⁹.

100. Bien entendu, un juge n'est pas non plus lié par le point de vue adopté par un chef de corps d'une juridiction supérieure. Par conséquent, lorsqu'un chef de corps d'une juridiction supérieure prend ouvertement position, cela ne prive pas les magistrats des juridictions inférieures de leur indépendance²⁸⁰.

Paragraphe 3. – Quelques aspects concrets relatifs au statut du juge (individuellement)

101. La relation entre le pouvoir judiciaire, d'une part, et l'exécutif et le législatif, d'autre part, est complexe. Certes, cette relation est avant tout déterminée par l'indépendance fonctionnelle du pouvoir judiciaire, qui doit garantir une action judiciaire impartiale et indépendante. Pourtant, les trois pouvoirs étatiques ne sont pas des monolithes isolés. La relation du pouvoir judiciaire avec les autres pouvoirs de l'État est une relation d'interdépendance, dans laquelle autonomie et coopération s'accordent subtilement.

Cela ressort de divers aspects liés au statut (personnel) du magistrat, à savoir sa *nomination* ou *désignation*, son *irrévocabilité* et son *inamovibilité*, sa rémunération et la possibilité de cumuler des fonctions.

A) Nomination et désignation de magistrats par des tiers

1) Nomination

102. Ensuite de la révision de la Constitution du 20 novembre 1998, le Code judiciaire a également été profondément modifié par la loi du 22 décembre 1998 en ce qui concerne la nomination et la désignation des magistrats²⁸¹. Cette loi fait la distinction entre la *nomination* à une fonction de magistrat du siège ou du parquet, qui vaut en principe à vie, et la *désignation* à caractère temporaire à un mandat déterminé²⁸².

²⁷⁷ Cass. 13 mars 2012, RG P.11.1750.N, *Pas.* 2012, n° 166.

²⁷⁸ M. MALLIEN, *o.c.*, 130.

²⁷⁹ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 22, nr. 25.

²⁸⁰ Cass. 13 mars 2012, RG P.11.1750.N, *Pas.* 2013, n° 166.

²⁸¹ Voir à cet égard J. VAN COMPENOLLE, « La nomination et la désignation des magistrats: un nouveau statut », dans J. LAENENS et M. STORME (éds.) *In de ban van Octopus*, Anvers, Kluwer, 2000, 43-63.

²⁸² À l'article 58bis du Code judiciaire, le législateur fait la distinction entre différentes catégories de mandats : le mandat de chef de corps du siège ou du parquet de cinq ans, renouvelable immédiatement une seule fois ; le mandat adjoint de trois ans immédiatement renouvelable, qui devient définitif après avoir exercé les fonctions pendant neuf années, et le mandat spécifique pour une période de désignation déterminée.

Le Roi nomme les magistrats, sur présentation motivée de la Commission de nomination et de désignation compétente (CND) du Conseil supérieur de la Justice (CSJ) (*infra*).

2) Désignations

103. Les chefs de corps sont désignés par le Roi sur présentation motivée de la CND du CSJ²⁸³. La procédure de désignation correspond en grande partie à la procédure de nomination. Les candidats sont tenus de présenter un plan de gestion. Le CSJ a établi les profils généraux des différents chefs de corps²⁸⁴.

104. Les *mandats adjoints* sont désignés par l'assemblée générale des cours et tribunaux²⁸⁵. Quant aux magistrats de parquet, ils sont désignés par le Roi sur présentation motivée de deux candidats par le chef de corps²⁸⁶.

105. Le Roi désigne les titulaires des *mandats spécifiques* sur présentation de l'assemblée générale compétente parmi les candidats qui ont fait l'objet d'une proposition du chef de corps²⁸⁷. Des règles particulières s'appliquent à une série de mandats spécifiques. Tel est le cas du mandat des magistrats de liaison en matière de jeunesse, des magistrats d'assistance et des magistrats fédéraux²⁸⁸. Par ailleurs, les juges au tribunal de l'application des peines sont désignés par le Roi sur présentation du premier président de la cour d'appel²⁸⁹. Les substituts du procureur du Roi spécialisé en application des peines sont désignés sur présentation du procureur général près la cour d'appel²⁹⁰.

B) Nomination "à vie"

106. Les juges sont nommés à vie²⁹¹. A la suite de la modification de la Constitution du 23 janvier 1981, ils sont mis à la retraite à un âge déterminé par la loi et bénéficient de la pension prévue par la loi²⁹². La limite d'âge pour les magistrats de l'Ordre judiciaire dont font également partie les magistrats du ministère public, est fixée à soixante-dix ans s'ils sont membres de la Cour de cassation et à soixante-sept ans s'ils sont membres des autres juridictions²⁹³.

²⁸³ Const., art. 151, § 5.

²⁸⁴ Voir A.R. 15 mars 2000 déterminant les catégories de profils généraux, *M.B.* 30 mars 2000.

²⁸⁵ C. jud., art. 259*quinquies*, § 1^{er}, en 340.

²⁸⁶ C. jud., art. 259*quinquies*, § 1^{er}, 2^o.

²⁸⁷ C. jud., art. 259*sexies*, § 1^{er}, 1^o en 2^o.

²⁸⁸ C. jud., art. 259*sexies*, § 1^{er}, 3^o.

²⁸⁹ C. jud., art. 259*sexies*, § 1^{er}, 4^o.

²⁹⁰ C. jud., art. 259*sexies*, § 1^{er}, 5^o.

²⁹¹ Const., art. 152, al. 1^{er}.

²⁹² Voir à cet égard J. HUBIN, « Wettelijke pensioenen van de magistraten van de rechterlijke orde », dans X. DE RIEMAECCKER et G. LONDERS (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Chartre, 2000, 213-307.

²⁹³ C. jud., art. 383. Il existe entretemps la possibilité de trois prolongations d'un an après le 67^{ème} ou le 70^{ème} (Cassation) anniversaire, que ce soit en restant comme effectif en fonction dans le cadre ou en tant que magistrat suppléant hors cadre.

Même après leur mise à la retraite, les juges restent investis de leur fonction, bien qu'ils ne l'exercent plus effectivement²⁹⁴. Ils restent soumis aux incompatibilités légales²⁹⁵ et aux règles disciplinaires²⁹⁶. Tel n'est pas le cas des magistrats qui demandent anticipativement à être admis à la retraite et tombent sous le régime de l'article 397 du Code judiciaire : ils perdent ainsi leur qualité de magistrat²⁹⁷.

C) "Irrévocabilité"

107. Les juges ne peuvent être révoqués. Ils peuvent certes être démis de leurs fonctions ou être suspendus, mais uniquement par un jugement²⁹⁸. Ni le Roi ni le pouvoir législatif ne peut intervenir²⁹⁹.

Théoriquement, les magistrats du ministère public peuvent néanmoins être révoqués par le Roi, conformément à l'article 153 de la Constitution.

D) Inamovibilité

108. En principe, le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement³⁰⁰. Le constituant a entendu ainsi empêcher les autorités politiques d'utiliser le déplacement forcé comme moyen de pression sur les juges³⁰¹.

Le renforcement de la mobilité des magistrats et de leur polyvalence, un chantier que le législateur a entrepris en 1998 et achevé en 2013, vise à la fois à mieux équilibrer la répartition de la charge de travail et à éliminer l'arriéré judiciaire sans étendre les cadres judiciaires, tout en permettant les spécialisations³⁰².

²⁹⁴ Cass. 8 juni 1973, *Pas.* 1973, 972 ; J. LAENENS et crts., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 206, n° 374.

²⁹⁵ F. DUMON, « De rechterlijke macht, onbekend en miskend », *R.W.* 1981-82, p. 587, n° 30 ; J. LAENENS et crts., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 206, n° 374.

²⁹⁶ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Liège, 1992, p. 216, n° 186 ; J. LAENENS et crts., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 206, n° 374.

²⁹⁷ Ceci vaut a fortiori pour les magistrats qui demandent à quitter le corps de la magistrature moyennant un arrêté royal. Voy. G. DE LEVAL, *o.c.*, p. 217, n° 187 ; X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Het stelsel van onverenigbaarheden », dans X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2000, p. 139, n° 5 ; J. LAENENS et crts., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 206, n° 374.

²⁹⁸ Const., art. 152, al. 2.

²⁹⁹ J. LAENENS et crts., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 207, n° 376.

³⁰⁰ Const., art. 152, al. 3.

³⁰¹ A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgische Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, 631, n° 559 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 34, n° 43.

³⁰² J. LAENENS et crts., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, 209, n° 382 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 35, n° 43 ; P. VAN ORSHOVEN, « De arrondissementen, de mobiliteit en het beheer », B. ALLEMEERSCH, P. TAELMAN, P. VAN ORSHOVEN et B. VANLERBERGHE (éd.) *Nieuwe Justitie*, Anvers, Intersentia, 2014, 24, n° 24.

109. Tous les magistrats sont nommés dans une juridiction et, à titre subsidiaire, dans les mêmes juridictions d'un ressort déterminé, de manière à pouvoir être appelés à remplir leur office dans tous les tribunaux de ce ressort³⁰³.

Lorsque les nécessités du service le justifient, le premier président de la cour d'appel peut déléguer un juge du tribunal de première instance ou du tribunal de l'entreprise, moyennant le consentement de ce dernier et dans le respect de la loi du 15 mai 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, pour exercer son office, à titre temporaire, complet ou complémentaire, respectivement au sein du tribunal de l'entreprise ou au sein d'un tribunal de première instance situé dans le même ressort de la cour³⁰⁴.

Dans le ressort de la cour d'appel et de la cour du travail de Liège, les juges peuvent être appelés à siéger à la fois comme juge au tribunal de première instance, comme juge au tribunal de l'entreprise et comme juge au tribunal du travail d'Eupen³⁰⁵. À l'inverse, un juge d'Eupen peut être appelé à exercer son office ailleurs dans le ressort de la cour d'appel ou de la cour du travail de Liège³⁰⁶.

110. Un juge de paix peut être appelé à exercer ses fonctions dans chaque canton d'un arrondissement judiciaire déterminé³⁰⁷ et peut être simultanément nommé juge au tribunal de police³⁰⁸. En outre, quand les nécessités du service le justifient, le président des juges de paix et des juges au tribunal de police peut déléguer un juge de paix ou un juge de police, moyennant le consentement de ce dernier et dans le respect de la loi du 15 mai 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, pour exercer, à titre temporaire, respectivement les fonctions de juge de police ou de juge de paix dans l'arrondissement judiciaire³⁰⁹.

111. Un régime spécifique est prévu dans l'arrondissement judiciaire d'Eupen.

Les juges nommés dans un tribunal sont nommés à titre subsidiaire dans les autres tribunaux de l'arrondissement³¹⁰. Un seul président est désigné pour le tribunal de première instance, le tribunal du travail et le tribunal de l'entreprise. Il exerce au sein de ces tribunaux les compétences que la loi confère au président du tribunal. Le président du tribunal de première instance peut déléguer, moyennant leur consentement, les juges nommés au tribunal de première instance, au tribunal de l'entreprise et au tribunal du travail pour exercer l'office de juge de paix ou de juge au tribunal de police dans une justice de paix ou dans un tribunal de police de l'arrondissement. L'ordonnance mentionne les motifs pour lesquels il est nécessaire

³⁰³ C. jud., art. 90, § 4, et 100, § 1^{er}, al. 1^{er}. Voir également J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, 208, n° 378.

³⁰⁴ C. jud., art. 98, al. 1^{er} à 3.

³⁰⁵ C. jud., art. 98, al. 4.

³⁰⁶ C. jud., art. 98, al. 5.

³⁰⁷ C. jud., art. 59.

³⁰⁸ C. jud., art. 60, al. 1^{er}.

³⁰⁹ C. jud., art. 65, § 1^{er}, al. 1^{er}.

³¹⁰ C. jud., art. 100/2.

de faire appel à un juge de l'un de ces trois tribunaux de l'arrondissement et précise les modalités de la délégation³¹¹.

112. Suivant les nécessités du service, les premiers présidents des cours d'appel et des cours du travail peuvent déléguer un juge ou un président de chambre d'une cour, avec son accord et dans le respect de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, pour exercer ses fonctions dans une autre cour d'appel ou dans une autre cour du travail³¹². Un conseiller à une cour d'appel peut, sous les mêmes conditions, être délégué pour exercer les fonctions de juge dans un tribunal de première instance ou dans un tribunal de l'entreprise et un conseiller auprès d'une cour du travail pour exercer les fonctions de juge dans un tribunal du travail³¹³.

Les magistrats du ministère public sont également nommés à titre subsidiaire dans les autres parquets du même ressort³¹⁴.

113. La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si la mobilité accrue des magistrats n'est pas constitutive d'une atteinte à leur indépendance fonctionnelle, dans la mesure où ces déplacements peuvent être une 'peine disciplinaire déguisée'³¹⁵.

En réponse à cette critique, le législateur a prévu deux voies de recours³¹⁶ :

- le magistrat qui est chargé d'exercer ses fonctions dans une autre division ou une autre entité judiciaire, sans que son consentement soit requis, peut introduire un recours administratif auprès du Collège des cours et tribunaux ou du Collège du ministère public ;
- cette décision peut ensuite faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

Au terme du premier recours administratif, le magistrat peut également introduire un recours devant le tribunal disciplinaire³¹⁷.

115. La Cour constitutionnelle a dit pour droit que le régime de mobilité n'est pas contraire à la Constitution, dès lors que, – même s'il ne garantit pas le consentement de l'intéressé à cet égard – il est justifié à l'aune des objectifs poursuivis (promotion d'une jurisprudence de qualité, meilleurs services tout en maintenant une certaine proximité avec le citoyen, meilleure gestion et plus grande efficacité de l'appareil judiciaire, élimination de l'arriéré et administration de la justice plus rapide), et parce que diverses mesures sont prévues afin

³¹¹ C. jud., art. 99*bis*. Sur l'organisation particulière des juridictions de l'arrondissement d'Eupen, fonctionnant avec deux chefs de corps et une interopérabilité des juges et substituts, v. A. HENKES et M. DALE, « Particularités et défis de l'emploi de la langue allemande au sein des juridictions judiciaires belges – Une histoire mouvementée », contribution à paraître dans un numéro thématique publié par l'AP à l'occasion des 50 ans de la Communauté germanophone.

³¹² C. jud., art. 113*bis*.

³¹³ C. jud., art. 113*bis*.

³¹⁴ C. jud., art. 100, § 1^{er}, al. 2.

³¹⁵ Voir par. ex. M. MALLIEN, « De functionele onafhankelijkheid », X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éd.), *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 131.

³¹⁶ C. jud., art. 330*quinquies*.

³¹⁷ C. jud., art. 413, § 5, et 418, § 4.

d'associer au mieux ces magistrats aux mesures de mobilité et que de nouvelles voies de recours sont ouvertes contre de telles mesures³¹⁸.

E) Rémunération

115. Conformément à l'article 154 de la Constitution, les traitements des membres de l'ordre judiciaire sont fixés par la loi. Les échelles de traitement sont inscrites dans le Code judiciaire³¹⁹. Ce principe confirme l'indépendance du pouvoir judiciaire (et du juge individuel) vis-à-vis du pouvoir exécutif³²⁰.

F) Cumul de fonctions

116. Afin de garantir l'indépendance du juge, la Constitution lui interdit d'accepter d'un gouvernement des fonctions salariées, à moins qu'il ne les exerce gratuitement et sauf les cas d'incompatibilité déterminés par la loi³²¹. En principe, il ne peut davantage être requis pour aucun autre service public³²². Avec l'autorisation du Roi, il peut cependant, sur la proposition du ministre de la Justice, exercer des fonctions dans l'enseignement³²³. L'avis du chef de corps ou du supérieur hiérarchique est obligatoire³²⁴. Par ailleurs, il peut être autorisé à accomplir des missions d'intérêt général auprès d'institutions supranationales, internationales ou étrangères³²⁵.

Les magistrats ne sont soumis à aucune autorisation s'agissant de la publication d'articles scientifiques et de contributions³²⁶. À la suite d'une procédure en récusation, la Cour de cassation a précisé que, lorsqu'un juge adopte un certain point de vue sur une question juridique au moyen de publications scientifiques ou dans le cadre d'activités au sein de la rédaction d'une revue juridique, cela n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre le juge incompétent pour connaître du litige abordant ce point de droit. Cela n'est pas davantage le cas lorsqu'il exprime une désapprobation ou une approbation à l'égard d'un certain point de vue, pourvu que cela se fasse avec la modération et les nuances qui doivent caractériser l'intervention d'un magistrat³²⁷.

117. Les fonctions de l'Ordre judiciaire, tant du siège que du parquet, sont incompatibles avec l'exercice d'un mandat public conféré par élection, avec toute fonction ou charge publique rémunérée d'ordre politique ou administratif, avec les charges de notaire ou

³¹⁸ C. Const., 15 octobre 2015, n° 139/2015, B.7.2 et B.8.1.

³¹⁹ C. jud., art. 355-379*quater*.

³²⁰ J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechdelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2020, 210, n° 383.

³²¹ Const., art. 155.

³²² C. jud., art. 296.

³²³ C. jud., art. 294.

³²⁴ C. jud., art. 295.

³²⁵ C. jud., art. 308.

³²⁶ J. FLO, « Belangenconflicten: wrakingen en onverenigbaarheden », X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éd.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, die Keure, 2020, 477 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 28, n° 32.

³²⁷ Cass. 15 octobre 2010, RG C.10.0580.N, *Pas*, 2010, n° 604.

d'huissier de justice, avec la profession d'avocat, avec l'état militaire et avec l'état ecclésiastique³²⁸.

Cette interdiction résulte de la séparation des pouvoirs, de la Constitution et du droit fondamental du justiciable à ce que les litiges soient tranchés par un juge indépendant et impartial. Ainsi, le public sera amené mettre en doute l'impartialité d'un magistrat qui se présente à des élections³²⁹.

En tant que citoyen, il va de soi que le magistrat jouit du droit d'association et peut donc devenir membre d'une association politique, philosophique, culturelle, scientifique, artistique, caritative, sociale ou religieuse et participer aux activités de cette association³³⁰. Le magistrat doit cependant s'abstenir d'agir de manière à ébranler la confiance dans son indépendance et son impartialité. Une « propagande politique active » est jugée incompatible avec ces exigences³³¹.

118. Les membres des cours, tribunaux, parquets et greffes ne peuvent faire d'arbitrage rémunéré³³². Ils ne peuvent davantage, soit verbalement, soit par écrit, assumer la défense des parties, ni donner à celles-ci des consultations³³³. En outre, ils doivent s'abstenir de toute activité commerciale³³⁴. L'interdiction de cumul est cependant assouplie pour les conseillers suppléants, les juges suppléants, les conseillers et juges sociaux et les juges des tribunaux de l'entreprise³³⁵.

119. L'interdiction de cumul de fonctions judiciaires, visée à l'article 292 du Code judiciaire, garantit de même l'indépendance et l'impartialité du juge. L'interdiction de cumul, qui touche à l'ordre public³³⁶, concerne tant le cumul simultané (art. 292, al. 1^{er}) que le cumul successif (art. 292, al. 2). Un jugement rendu par un magistrat ayant agi dans la même cause successivement comme membre de la magistrature debout et comme membre du siège est

³²⁸ C. jud., art. 293, al. 1^{er}. Voir, s'agissant du cumul avec un mandat politique, également l'article 11, 2°, du décret sur l'administration locale du 22 décembre 2017. Le mandat politique est donc exclu, que ce soit au niveau fédéral, régional ou local.

³²⁹ L. HUYBRECHTS, « Artikel 293 Ger.W. », *Artikelsgewijze commentaar. Gerechtig recht*, Malines, Kluwer, 2013, 4, n° 4 ; J. FLO, « Belangenconflicten : wrakingen en onverenigbaarheden », X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éd.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, la Charte, 2020, 467 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 27, n° 31 et 29, n° 35.

³³⁰ Selon la Cour de cassation, la seule conception philosophique d'un magistrat ne crée pas une apparence de partialité, de sorte que la circonstance qu'un magistrat soit membre d'une association philosophique et participe à ses activités ne permet pas de conclure que son indépendance et son impartialité peuvent être mises en doute (Cass. 8 mai 2012, RG P.12.0730.N, *Pas.* 2017, n° 598).

³³¹ Cass. 15 mars 1951, *Bull. et Pas.* 1951, I, 476 (peine disciplinaire infligée à un magistrat qui avait donné cours à des membres d'un parti politique et s'était donc conduit en 'agent actif' de ce parti).

³³² C. jud., art. 298.

³³³ C. jud., art. 297.

³³⁴ C. jud., art. 299. La seule administration civile du patrimoine personnel n'est pas interdite, pour autant qu'elle ne revête pas un caractère commercial (Cass. 23 septembre 2005, RG C.04.0475.F, *Pas.* 2005, n° 457).

³³⁵ C. jud., art. 300.

³³⁶ Cass. 13 octobre 1975, *Bull. et Pas.* 1976, I, 181.

entaché de nullité³³⁷. La même sanction atteint l'arrêt rendu par un conseiller qui a précédemment connu de l'action publique en tant que juge d'instruction³³⁸.

120. Faisons cependant remarquer qu'un nombre impressionnant de commissions administratives ayant un caractère juridictionnel, qui se prononcent donc à la place de tribunaux administratifs, dans toutes sortes de matières, sur des recours contre des décisions administratives relatives à des interventions financières de l'administration sont présidées *de facto* et *de jure* par des magistrats. Le fait qu'ils soient généralement désignés par un ministre fédéral ou régional nous laisse supposer qu'ils ont reçu l'autorisation de leur chef de corps à cet effet.

Section 2.- De l'exercice hardi du pouvoir juridictionnel par le juge judiciaire

Paragraphe 1^{er}.- Conception classique de la tâche du juge en tant que « bouche de la loi »

121. Si Locke doit être considéré comme le fondateur de la théorie de la séparation des pouvoirs³³⁹, MONTESQUIEU en est le père³⁴⁰. Dans le livre XI, chapitre VI de son traité « *De l'Esprit des lois* », MONTESQUIEU fait l'éloge de la constitution anglaise non écrite comme un modèle d'organisation politique car elle rend justice à la liberté individuelle. Afin de prévenir les abus de pouvoir, les trois puissances, à savoir « *la puissance législative* », « *la puissance exécutrice* » en « *la puissance de juger* » ne doivent être détenus par un seul dirigeant. La vision même de MONTESQUIEU sur cette « séparation des pouvoirs » n'est pas tout à fait limpide, en effet, certains, quoique minoritaires, supposent une séparation absolue ; d'autres, en revanche, défendent l'idée que MONTESQUIEU a posé les jalons d'une limitation mutuelle des pouvoirs en instaurant un mécanisme d'équilibre et une coopération mutuelle entre ceux-ci³⁴¹.

Un autre écueil à l'interprétation de l'œuvre de MONTESQUIEU porte sur sa conception du pouvoir judiciaire. MONTESQUIEU a limité la fonction judiciaire visant le châtement des crimes et le jugement des différends des particuliers, et a semblé exclure un contrôle judiciaire de l'autorité administrative³⁴². En outre, il aspirait indubitablement à la préservation de l'indépendance du juge. La signification de sa célèbre expression selon laquelle le juge intervient en tant que « *bouche qui prononce les paroles de la loi* » est plus obscure. Il en est

³³⁷ Cass. 8 novembre 1979, *Bull. et Pas.* 1979-1980, I, 310, *R.W.* 1979-1980, 2505.

³³⁸ Cass. 18 mars 1981, *Bull. et Pas.* 1980-1981, I, 789 et *R.W.* 1980-1981, 2533. Voir également Cass. 29 mai 1985, *Bull. et Pas.* 1984-1985, n° 592.

³³⁹ Voir A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, I, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 169-173.

³⁴⁰ A. ALEN, « 'Scheiding' of 'samenwerking' der machten? », dans *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Bruxelles, 1990, p. 7, n° 2.

³⁴¹ A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, I, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 67-68 et 176-177 ; A. ALEN, « 'Scheiding' of 'samenwerking' der machten? », dans *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Bruxelles, 1990, p. 7-8, n° 4.

³⁴² A. ALEN, « 'Scheiding' of 'samenwerking' der machten? », dans *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Bruxelles, 1990, p. 9, n° 5 ; F.P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, p. 287, n° 507.

souvent déduit que, selon MONTESQUIEU, le juge est tenu d'appliquer la loi de manière purement mécanique et automatique sans y greffer sa propre interprétation ou ses propres conceptions.

Paragraphe 2.- Modification des conceptions de la tâche du juge

122. Par la suite, cette lecture du célèbre traité de Montesquieu aura été nuancée³⁴³. Dans les faits, une telle conception strictement légaliste de la tâche du juge n'est en effet pas tenable³⁴⁴ étant donné que la société a atteint un niveau de complexité tel qu'il est impossible d'anticiper tous les litiges. La loi ne peut pas régler d'avance tous les rapports juridiques. De plus, les lois manquent de clarté et doivent faire l'objet d'interprétation. Cornelis affirme à juste titre que sans « *inspiration jurisprudentielle* », les textes légaux n'ont que peu de valeur et que la force de l'activisme judiciaire réside, selon lui, dans le fait que la jurisprudence est plus riche que les règles de droit³⁴⁵.

Par ailleurs, le législateur lui-même cède au juge une partie de son pouvoir de décision lorsqu'il a recours aux normes ouvertes (vagues) devant être complétées par le juge (ordre public, bonne foi, caractère raisonnable et équitable,...)³⁴⁶. Cette cession du pouvoir a permis à De Page de conclure que « *la loi vivante n'est plus celle du législateur* »³⁴⁷.

123. Ce besoin de « politique » judiciaire est d'autant plus grand lorsque la perte d'« *autorité judiciaire* » de la loi est prise en compte. Le caractère abstrait, universel et permanent attribué à la loi par les révolutionnaires français a laissé place à une loi en évolution constante perdant sa stabilité avec tous les dangers d'incohérence, d'incertitudes et de contradictions que cela entraîne, risquant ainsi de mettre en péril l'universalité de la règle de droit et le principe d'égalité³⁴⁸. Il est évident que plus la qualité de la législation est déficiente, plus un juge interviendra (ou devra intervenir) de façon plus « activiste » lorsqu'il est appelé à faire face à des problèmes d'interprétation liés à la loi déficiente³⁴⁹.

³⁴³ FOQUÉ préconise ainsi une modernisation nuancée du juge en tant que « *bouche de la loi* » et explique que son rôle matérialise le noyau souvent abstrait du système et le personnifie. Il ne s'exprime pas en son nom mais incarne, en tant qu'institution, le droit et toutes ses abstractions. À cet égard, la distanciation et l'anonymat sont les conditions idéales pour permettre au juge d'endosser pleinement son rôle (R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht, Forum Instituut voor multiculturele vraagstukken, 2011, 55-56).

³⁴⁴ Voir aussi notamment M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 81, n° 87.

³⁴⁵ L. CORNELIS, « De toegevoegde waarde van rechterlijk activisme: uitdagend », dans *De Indicatieve Tabel 2016: kansen en kritiek*, Anvers, Intersentia, 2018, p. 136, n° 13.

³⁴⁶ M. STORME, « De wetgever en de onafhankelijke rechter », dans *De rol van de rechter en de wetgever bij de rechtsontwikkeling in België en Nederland*, Leyde, Faculté de droit, 1995, 23 ; M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 85, n° 90 ; I. VEROUGSTRAETE, « De rechter en de macht », dans *Recht en macht*, Bruxelles, Koninklijke academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1990, 190.

³⁴⁷ H. DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1931, 187.

³⁴⁸ A. ALEN, « 'Scheiding' of 'samenwerking' der machten? », dans *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Bruxelles, 1990, p. 54-55, n° 28.

³⁴⁹ Voir également, en particulier pour le droit de la jeunesse, F. VROMAN, « Over de noodzaak tot rechterlijk activisme in het jeugdrecht », *R.W.* 2017-18, 483-489.

124. Cette évolution, dépeinte par certains comme un déclin de la loi³⁵⁰, est liée à d'autres changements, en effet, la loi, qui était un moyen de protection du citoyen contre l'autorité, devient un moyen technique visant à mener une politique (*de facto* utilisé conjointement par le pouvoir exécutif et législateur). En outre, il est question d'un bouleversement dans la composition et la structure des sources du droit : une multitude de sources juridiques, l'octroi de compétence normative aux autorités (para-)administratives, l'inclination pour un pouvoir public de déléguer une compétence subordonnée, etc.³⁵¹

« L'ambivalence » dans la relation entre « politique » et « justice » est, en outre, déterminée par le fait que la politique fasse parfois appel au juge afin de résoudre des problèmes et des conflits relatifs à l'exercice du pouvoir, appelé la « *judiciarisation du pouvoir politique* »³⁵².

Il convient d'ailleurs de tenir compte de l'évolution relativement récente vers le contentieux d'intérêt public, dans lequel des citoyens ou des groupes d'action recherchent collectivement, au sein d'un contentieux subjectif, à résoudre des problèmes d'intérêt général tels que la qualité de l'air, les vols de nuit ou le changement climatique³⁵³. Les citoyens sont toujours plus nombreux à contester les décisions des pouvoirs publics à caractère politique devant le juge civil, pensez, par exemple, aux nombreuses procédures intentées contre les mesures prises dans le cadre de la crise du coronavirus, mais les citoyens critiques pointent également devant le juge civil le manque d'action des pouvoirs publics dans des domaines socialement critiques³⁵⁴. Certains invoquent qu'il n'est pas souhaitable de soumettre des questions complexes, telles que la politique climatique, à des juges qui ne disposent pas de la légitimité nécessaire³⁵⁵.

À cet égard, Van Gool souligne que l'exigence d'intérêt devient, cependant, moins problématique et qu'il existe des fondements juridiques toujours plus solides permettant d'intenter une action contre un pouvoir public prétendument défaillant, même dans le cadre

³⁵⁰ Ph. QUERTAINMONT, « Le déclin de l'État de droit », *J.T.* 1984, 273-280.

³⁵¹ J.-J. DAIGRE écrit : « La loi, conçue depuis la Révolution comme devant être générale et impersonnelle pour être la même pour tous, devient de plus en plus souvent particulière et expérimentale. Il est vrai que sa conception est de plus en plus conditionnée par la diversité de ses destinataires qui ne peuvent plus être appréhendés comme un ensemble homogène de citoyens abstraits, et de plus en plus marquée par son contexte, non seulement politique et économique mais surtout social, environnemental et sociétal, ce qui explique l'affaiblissement de la conception absolutiste d'origine et un relativisme grandissant » (« L'appel de l'expérimentation législative », Editorial, Recueil Dalloz, 2023, n° 28. Hij heeft het over een Franse poging wetgeving dynamischer te maken; v. <https://www.modernisation.gouv.fr/transformer-laction-publique/france-experimentation>; voy. aussi A. ALEN, « 'Scheiding' of 'samenwerking' der machten? », dans *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Bruxelles, 1990, p. 54-55, n° 28.

³⁵² A. ALEN, « De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen », dans *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten. Partie 2*, Bruges, la Charte, 2010, p. 11, n° 18.

³⁵³ E. VAN GOOL, « De klimaatzaak als symptoom », *R.W.* 2021-22, 42. Dans ce contexte, Adams fait remarquer que le juge évolue d'« applicateur du droit » à « arbitre des intérêts » (M. ADAMS, « Dynamische rechtspraak. Noopt de Klimaatzaak tot een andere blik op de trias politica? », *De Juristenkrant* 12 mei 2021, 9).

³⁵⁴ A. WIRTGEN, « Trias politica revisited? Over civiele procedures tegen het nalaten van de overheid om normerend op te treden », dans *De Grondwet en Jan Velaers. IV. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Bruges, la Charte, 2022, p. 417, n° 2.

³⁵⁵ Voit notamment K. DEKETELAERE et T. DE BACKER, *Geschillenbeslechting inzake klimaat- en omgevingsgeschillen: naar een gouvernement des juges ?*, Bruges, la Charte, 2019, 32.

d'un litige subjectif. Par ailleurs, l'obtention d'un recours approprié peut constituer un obstacle³⁵⁶, de même que la lenteur du système de justice civile³⁵⁷.

Paragraphe 3.- Modification du rôle de la Cour de cassation

125. Cette évolution dans la conception entourant la tâche judiciaire se manifeste également dans la démarche de la Cour de cassation.

Fondé en 1790, le Tribunal de cassation avait pour mission de « *maintenir l'unité de législation et de prévenir la diversité de jurisprudence* ». En veillant au respect de la loi par les juges, le Tribunal de cassation a assuré le contrôle du nouvel ordre juridique. KRYNEN résume sa mission en la matière : « *sans volonté propre, établie "auprès du corps législatif", sa mission devait être des plus simples : surveiller la mécanique application judiciaire des lois, "casser" les jugements des tribunaux rendus en contravention des lois, sans lui-même les expliquer ou les interpréter* »³⁵⁸. En d'autres termes, le Tribunal de cassation était une extension du législateur, au nom duquel il contrôlait le pouvoir judiciaire³⁵⁹.

Par la suite, dans le sillage de l'introduction du Code civil, bien qu'il ait été admis qu'il existait une certaine liberté d'interprétation judiciaire et de comblement des lacunes (laissée à la Cour de cassation), la subordination du tribunal au législateur a néanmoins été perpétuée³⁶⁰. Portalis a ainsi affirmé qu'« *un juge est associé à l'esprit de législation ; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif* »³⁶¹.

La Cour de cassation française a même statué en ce sens dans un arrêt du 25 mai 1814 : « *attendu qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger la loi, et qu'ils doivent l'appliquer telle qu'elle est, sans qu'il leur soit jamais permis de la modifier ou de la restreindre par aucune considération quelque puissante qu'elle soit* »³⁶².

126. L'attitude servile du juge à l'égard de la loi n'a pas fait long feu, ce qui a évidemment, de surcroît, des conséquences sur la Cour de cassation car sa jurisprudence interprète la loi de manière autoritaire et a, de fait, le dernier mot. Le juge du fond peut s'inspirer de la

³⁵⁶ VAN GOOL se réfère au jugement du 17 juin 2021 rendu par le tribunal de première instance de Bruxelles, dans l'affaire climat, dans lequel le tribunal n'a pas concrètement ordonné une réduction, le juge estimant que la constatation d'un manquement commis par les pouvoirs publics ne lui permettait pas de fixer lui-même les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre de la Belgique, compte tenu de la séparation des pouvoirs (Rb. Bruxelles, le 17 juin 2021, *J.L.M.B.* 2022, 361, note de M. WUINE et *T.M.R.* 2021, 387, note de P. LEFRANC).

³⁵⁷ E. VAN GOOL, « De klimaatzaak als symptoom », *R.W.* 2021-22, 42.

³⁵⁸ J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, 40.

³⁵⁹ A. HENKES, « La requête en cassation : un recours extraordinaire », à paraître prochainement dans un ouvrage collectif aux éditions Larcier ; M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 36, n° 37.

³⁶⁰ Concernant cette évolution, voir M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 80, n° 84.

³⁶¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, 159.

³⁶² Cass. (Fr.) 25 mai 1814, *Journal du Palais* XII, 218.

jurisprudence de la Cour de cassation dans l'application de la loi. Dans les faits, le législateur et le juge de cassation sont devenus partenaires dans l'élaboration du droit³⁶³.

D'ailleurs, le législateur a conféré un fondement légal à la mission de formation juridique de la Cour de cassation. Depuis la loi du 10 avril 2014³⁶⁴, qui a modifié l'article 1105*bis* du Code judiciaire, la chambre restreinte à trois conseillers est habilitée à statuer sur les affaires dont l'examen ne nécessite pas de répondre à des questions de droit dans l'intérêt de l'unité de la justice *ou du développement du droit*. Cela a implicitement confirmé la mission de la Cour de cassation de développer la loi³⁶⁵.

À l'inverse, le législateur s'inspire également de la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'il rédige une nouvelle législation³⁶⁶. La loi prévoit d'ailleurs des lignes de communication à cette fin. Ainsi, l'article 11 de la loi du 25 avril 2007³⁶⁷ impose au procureur général près la Cour de cassation d'informer annuellement le comité parlementaire chargé du suivi législatif des lois ayant entraîné des difficultés d'application ou d'interprétation au cours de l'année. Ce rapport est également repris dans le rapport annuel de la Cour de cassation

Paragraphe 4.- Limites de la politique judiciaire

127. Il n'est pas contraire au principe de la séparation des pouvoirs que le juge exerce également sa fonction juridictionnelle à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif car en vertu du principe de l'État de droit, le citoyen doit pouvoir faire valoir devant le juge l'obligation des deux autres pouvoirs de l'État à l'égard de la loi³⁶⁸. Concrètement, cette possibilité signifie que le pouvoir judiciaire peut exercer sa propre fonction par l'examen de décisions des pouvoirs publics au regard des règles de droit supérieures et par la constatation de la responsabilité de l'État en cas d'administration ou de législation illégale³⁶⁹.

128. Néanmoins, le principe de la séparation des pouvoirs impose toujours des limites à l'ingérence du pouvoir judiciaire dans les autres pouvoirs de l'État.

³⁶³ M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 83-84, n° 88.

³⁶⁴ La loi du 10 avril 2014 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure devant la Cour de cassation et la procédure en récusation, *M.B.*, 15 mai 2014.

³⁶⁵ M. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 84, n° 89.

³⁶⁶ M. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 86, n° 91.

³⁶⁷ Loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif, *M.B.*, 11 mai 2007. Voir par exemple le « rapport législatif 2022 » du procureur général sur le site de la Cour (www.cass.be)

³⁶⁸ A. WIRTGEN, « Trias politica revisited? Over civiele procedures tegen het nalaten van de overheid om normerend op te treden », dans *De Grondwet en Jan Velaers. IV. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Bruges, la Charte, 2022, p. 418, n° 4.

³⁶⁹ Voir précédemment *Chapitre I* ; J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, II, Bruges, die Keure, 2019, 106 ; A. WIRTGEN, *op. cit.* ; Voir en particulier la condamnation de FEDASIL et de l'État belge à héberger les primo-demandeurs d'asile dans un centre d'accueil et à leur fournir une aide matérielle avec le bénéfice supplémentaire d'une astreinte en cas de non-respect : Tribunal du travail francophone de Bruxelles (en référé), 20 jan. 2022, A.R. n° 20/4/C. (Non publié) ; Tribunal du travail francophone de Bruxelles, 17 mars 2022, n° 22/10/c. (non publié).

Le juge est avant tout limité par le fait que l'intervention des pouvoirs publics peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire et ne peut se substituer à l'administration. Dès lors, il ne peut exercer qu'un droit de regard limité sur les actes ou omissions des pouvoirs publics, puisqu'un jugement d'opportunité est exclu. En d'autres termes, le contrôle juridictionnel porte sur un simple jugement de légalité³⁷⁰.

Dans ce contexte, Foqué souligne à juste titre que le juge doit être le porte-parole de la loi, et non celui de la politique ou du peuple. Les motifs de la prise de décision du juge, en tant que serviteur non élu de la chose publique, doivent s'en tenir au droit. Les objectifs politiques ou les orientations générales des politiques publiques, qui sont réservés aux pouvoirs législatif et exécutif, ne relèvent pas de sa compétence³⁷¹. Le juge civil est supposé faire preuve de retenue dans les affaires ayant une composante politique, par respect pour la doctrine des trois pouvoirs³⁷².

129. En outre, la Cour est limitée par la nature des mesures qu'elle peut imposer aux pouvoirs publics. S'il est vrai que les cours et tribunaux peuvent, à la demande d'une partie invoquant un droit subjectif, imposer aux pouvoirs publics les mesures nécessaires pour prévenir une violation de ce droit, le droit à la réparation intégrale n'étant pas illimité car, dans certaines circonstances, la victime devra se contenter d'une compensation financière lorsque la réparation en nature est impossible. Cette impossibilité peut résulter d'obstacles matériels ou juridiques, tels que la séparation des pouvoirs³⁷³. Lorsqu'il ordonne des mesures pour prévenir ou faire cesser une violation d'un droit subjectif, le juge ne peut pas priver les pouvoirs publics de leur liberté politique.

130. Lorsque les pouvoirs publics ont manqué à leur obligation de promulguer des lois ou des règlements, on suppose qu'une « injonction » judiciaire d'agir de manière normative aurait une portée trop importante, dans cette optique, le tribunal ne peut pas dicter au législateur ou à l'autorité réglementaire son comportement futur, mais peut seulement constater rétrospectivement qu'il a été fautif par le passé³⁷⁴. En d'autres termes, aucun ordre de nature législative ou réglementaire (direct) ne peut être imposé aux pouvoirs publics.

On peut citer, par exemple, un jugement rendu par le tribunal de première instance de Bruxelles le 4 octobre 2013 dans lequel le tribunal a statué sur la négligence du gouvernement d'exécuter la loi de principe du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus, en prévoyant la mise en place d'un certain nombre de commissions. Selon le tribunal, le fait qu'aucune commission n'ait été créée, et donc aucune commission d'appel, comme le prévoit la loi de principe, plus de plus de huit ans après son

³⁷⁰ A. WIRTGEN, *o.c.*, p. 418-419, n° 5.

³⁷¹ R. FOQUÉ, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Utrecht, Forum Instituut voor multiculturele vraagstukken, 2011, 54-55.

³⁷² A. WIRTGEN, *o.c.*, p. 417, n° 2.

³⁷³ G. JOCQUÉ, « Herstel in natura bij onrechtmatige handeling van overheid », *NjW* 2015, 246 ; P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », *RGDC* 2012, 251 ; A. WIRTGEN, *op.cit.*, p. 419, n° 5.

³⁷⁴ S. VAN DROOGENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.* 2020, 751 ; A. WIRTGEN, *op. cit.*, p. 419-520, n° 6.

adoption, constitue une négligence fautive dans le chef du pouvoir exécutif. Toutefois, le tribunal a refusé d'accéder à la demande formulée par le demandeur d'ordonner aux pouvoirs publics la réparation en nature de l'illégalité constatée, eu égard à la marge de manœuvre laissée par le législateur au pouvoir exécutif, la condamnation de l'État belge à mettre en vigueur les dispositions contestées porterait atteinte à la séparation des pouvoirs. Le préjudice moral causé par l'absence d'un recours effectif et la possibilité de réexaminer les mesures spéciales de sécurité litigieuses pourrait, selon le tribunal, être réparé par l'octroi d'une indemnité *ex aequo et bono*³⁷⁵.

131. La jurisprudence de la Cour de cassation relative au comblement, par le juge, d'une lacune inconstitutionnelle dans la législation qui a été constatée par la Cour constitutionnelle est pertinente à cet égard³⁷⁶. Selon la Cour, le juge ne peut pas combler cette lacune si cette dernière exige l'introduction d'un règlement de procédure totalement différent³⁷⁷, des choix qu'il appartiendrait au législateur d'opérer³⁷⁸ ou la nouvelle évaluation des intérêts de la société³⁷⁹. Si le cadre des dispositions légales existantes le permet, le juge peut et doit combler la lacune³⁸⁰.

132. S'il est démesuré que le juge impose une injonction directe de nature législative ou réglementaire, certaines décisions ordonnent aux pouvoirs publics d'atteindre certains *objectifs* et le juge conserve la liberté de déterminer les moyens appropriés pour y parvenir³⁸¹.

Dans un jugement rendu le 9 janvier 2019, le tribunal de première instance de Bruxelles a statué sur la surpopulation carcérale de Saint-Gilles et Forest. Le tribunal a considéré que l'État était responsable de la surpopulation sérieuse et continue des prisons de Bruxelles pendant plus de dix ans, conjuguée à l'indécence des conditions de détention.

Le demandeur avait notamment sollicité la modification de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, l'élargissement des conditions d'octroi de la suspension du prononcé et du sursis et l'acceptation des conditions relatives à la non-exécution des peines de courte durée ayant une incidence sur la population carcérale. Concernant les mesures réclamées au législateur, le tribunal a rappelé que le recours à la réparation intégrale en droit n'est pas illimité et que la victime doit se contenter d'une compensation financière par équivalent lorsque la réparation en nature est impossible en raison d'obstacles matériels ou juridiques tels que la séparation des pouvoirs. Le tribunal a considéré que les mesures demandées visant

³⁷⁵ Rb. Bruxelles 4 octobre 2013, *J.L.M.B.* 2014, 1052, note de Q. PFEIFFER.

³⁷⁶ Voir également M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken voor het Belgische rechtsbestel*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 96, n° 101.

³⁷⁷ Cass. 17 janvier 2008, *R.W.* 2008-09, 1184 ; Cass. 14 octobre 2008, RG P.08.1329.N, *Pas.* 2008, n° 547 ; Cass. 25 novembre 2008, RG P.07.0345.N, *Pas.* 2008, n° 659 ; Cass. 22 décembre 2009, RG P.09.1256.N, *Pas.* 2009, n° 779.

³⁷⁸ Cass. 2 septembre 2009, RG P.09.0458.F, *Pas.* 2009, n° 468 ; Cass. 26 janvier 2011, RG P.11.0035.F, *Pas.* 2011, n° 77.

³⁷⁹ Cass. 3 novembre 2008, *NjW* 2009, 360 ; Cass. 29 septembre 2011, RG C.09.0570.N, *Pas.* 2011, n° 512.

³⁸⁰ Cass. 4 septembre 2015, RG F.14.0128.F, *Pas.* 2015, n° 487 ; Cass. 5 février 2016, RG C.15.0011.F, *Pas.* 2016, n° 82 ; Cass. 16 novembre 2017, RG F.15.0034.N, *Pas.* 2017, n° 648 ; Cass. 23 mars 2018, RG F.17.0065.F, *Pas.* 2018, n° 202.

³⁸¹ Pour une vue d'ensemble, voir A. WIRTGEN, *op. cit.*, p. 420 et s.

à condamner l'État belge à l'adoption ou à la modification de lois abstraites ou budgétaires, ne peuvent être ordonnées par une juridiction sous peine de violer la séparation des pouvoirs. Si le juge peut imposer des mesures au pouvoir exécutif pour mettre fin à une situation préjudiciable, il ne peut aller jusqu'à ordonner à l'administration de prendre une décision orientée dans un domaine où il dispose d'un pouvoir discrétionnaire. L'arrêt du 9 janvier 2019 a conclu que, bien que les prisons soient continuellement confrontées à une surpopulation, le tribunal ne peut pas imposer une mesure législative ou réglementaire à l'État, fautif, ou déterminer sa ligne de conduite. Toutefois, l'État belge a été condamné, sous peine d'astreinte, à atteindre un certain objectif, notamment à réduire le nombre de détenus à la capacité maximale autorisée dans chacun des établissements pénitentiaires concernés³⁸².

133. Dans une autre affaire, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a dû se prononcer sur une action en cessation en matière de protection de l'environnement introduite par *Greenpeace* contre la Région flamande, dans laquelle *Greenpeace* réclamait, entre autres, une série de mesures en faveur de la qualité de l'air, dont une interdiction progressive du diesel. Le juge n'a pas donné suite à sa demande. Toutefois, il ne s'est pas contenté de rappeler le principe de la séparation des pouvoirs, mais a condamné la Région flamande à l'élaboration, dans un délai d'un an et sous peine d'astreinte, d'un plan relatif à la qualité de l'air, pour toutes les zones et agglomérations de la Région flamande, conformément à la directive 2008/50/EC concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, et à l'ensemble des exigences imposées à un tel plan, en particulier l'obligation de maintenir aussi courte que possible la période de dépassement des valeurs limites³⁸³. Ainsi, l'injonction judiciaire ne concernait donc qu'un résultat prescrit par le droit objectif (à savoir l'élaboration d'un plan relatif à la qualité de l'air), et ne portait pas sur le contenu exact de ce plan³⁸⁴.

134. D'autres affaires dans lesquelles un juge constate une irrégularité de l'absence de législation, conservent, cependant, une vision plus stricte de la séparation des pouvoirs³⁸⁵.

135. Dans ce contexte, l'affaire climat revêt une importance particulière. Dans son jugement du 17 juin 2021, le tribunal francophone de première instance de Bruxelles a statué sur cette affaire, condamnant l'État fédéral et les trois régions pour leur politique climatique défailante. Selon le tribunal, les pouvoirs publics concernés n'ont pas respecté la norme générale de prudence insérée à l'article 1382 de l'ancien Code civil et ont violé les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en raison de l'échec de leur politique.

³⁸² Rb. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.* 2019, 414, note.

³⁸³ Vz. Rb. Bruxelles, 10 octobre 2018, *TMR* 2018, 706, note de A. CARETTE.

³⁸⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T* 2020, 754 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « We will see you in court: over klimaatzaken, mensenrechten en daadwerkelijke rechtsmiddelen », dans *Klimaatrechtspraak. Waarom de rechters het klimaat (niet) zullen redden?*, Bruges, la Charte, 2021, 84-85 ; A. WIRTGEN, « *op.cit.*, p. 422, n° 9.

³⁸⁵ Voir A. WIRTGEN, *op.cit.*, p. 423, n° 11.

En guise de réparation, les demandeurs avaient sollicité l'imposition des objectifs concrets de réduction d'émissions de CO₂ aux pouvoirs publics concernés. Le tribunal a considéré qu'il ne pouvait pas répondre favorablement à cette demande car une telle injonction de réduction des émissions de CO₂ violerait le principe de la séparation des pouvoirs. Le tribunal a déclaré que si la constatation d'une faute commise par les pouvoirs publics relève du pouvoir judiciaire, même lorsque ces derniers exercent un pouvoir discrétionnaire, le juge ne peut ni les priver de leur liberté politique à cette occasion, ni se substituer à eux³⁸⁶. Le tribunal a vérifié si l'injonction sollicitée ne conduirait pas à la substitution, par le juge, à autorité législative ou réglementaire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et a constaté que ni les accords internationaux, ni le droit européen n'imposent directement à la Belgique de limiter les émissions de gaz à effet de serre à concurrence des pourcentages proposés par les demandeurs. En outre, le tribunal a fait référence à plusieurs plans régionaux pour le climat qui comprenaient des objectifs concrets de réduction des émissions de CO₂. À cet égard, le tribunal a jugé que ni les déclarations du gouvernement, ni les différents plans ou autres notes stratégiques ne constituent en eux-mêmes des engagements juridiquement contraignants pour les pouvoirs publics belges, de sorte que la manière dont la Belgique contribue à l'objectif mondial de réduction des émissions de CO₂ relève de la liberté d'appréciation de ses pouvoirs législatif et exécutif.

Dès lors, s'il appartient au tribunal de constater un déficit dans le chef de l'État fédéral et des trois régions, cette constatation ne lui permet pas de fixer ses propres objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour la Belgique³⁸⁷, amenant plusieurs commentateurs à conclure que le jugement rendu dans l'affaire climat en Belgique avait « moins de mordant » que la décision rendue dans l'affaire Urgenda aux Pays-Bas³⁸⁸.

136. Dans le sillage de l'affaire climat, plusieurs auteurs ont soutenu que la retenue judiciaire devrait être abandonnée lorsque les pouvoirs publics, fautifs, ont manqué à leur obligation de légiférer ou de réglementer³⁸⁹, et qu'en pareille occurrence, la séparation des pouvoirs n'interdit pas l'imposition d'un objectif très précis à ces derniers, dans la mesure où ceux-ci restent libre de choisir les moyens d'atteindre cet objectif³⁹⁰. Ceci est d'autant plus vrai si l'injonction reste générale, en ce sens qu'elle prescrit le résultat à atteindre pour

³⁸⁶ Dans son annotation, De Winter fait remarquer qu'il en va « *tout autrement si les pouvoirs publics disposent effectivement d'une compétence liée parce que les circonstances concrètes font apparaître qu'ils ont laissé s'évaporer leur pouvoir discrétionnaire initial. En pareille occurrence, le juge peut très bien contraindre le législateur à prendre la mesure nécessaire, sans bouger de son siège* » (M. DE WINTER, « Belgische klimaatzaak: als het overstroomt in Den Haag, druppelt het in Brussel », *T.B.B.R.* 2023, p. 103, n° 34).

³⁸⁷ Rb. Bruxelles, 17 juin 2021, *T.M.R.* 2021, 387, note de P. LEFRANC.

³⁸⁸ Zie o.m. F. AUVRAY, C. BORUCKI en P. GILLAERTS, « Belgische klimaatzaak: enkele vaststellingen? », *Juristenkrant* 27 oktober 2021, 7 ; P. LEFRANC, « Het klimaatvonnis: wachten op "De man die bomen plantte"? », *TMR* 2021, 340.

³⁸⁹ Il est clair que le débat sur le rôle des tribunaux en matière d'environnement pourrait être évité si les acteurs politiquement responsables adoptaient eux-mêmes des réglementations claires et conformes aux engagements internationaux (pour un commentaire détaillé, voir C. JENART, « De verantwoordelijkheid van de overheid om te regeren », *R.W.* 2022-23, (883) 886).

³⁹⁰ S. Van Drooghenbroeck, « Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.* 2020, 754 ; A. Wirtgen, *op.cit.*, p. 424, n° 12.

rétablir la conformité aux règles de droit supérieures, sans que le juge ne se prononce précisément et exhaustivement sur les moyens à mettre en œuvre à cette fin³⁹¹.

Les partisans du renforcement d'un contrôle judiciaire de la politique sur le climat soulignent que leur discours ne doit pas être compris comme un plaidoyer manifeste en faveur d'un « gouvernement des juges ». À cet égard, SCHOUKENS et SOETE affirment que « *des décisions rendues telles que l'arrêt annoté dans l'affaire Urgenda rappellent que le célèbre trias politica de Montesquieu doit être compris comme un élément dynamique, une sorte d'interaction plutôt qu'une séparation rigide des pouvoirs. Cette idée est également ressortie des considérations reprises de la décision rendue par le tribunal de première instance. Dans le cas d'une réglementation défailante des risques dans le contexte de menaces environnementales de grande envergure telles que le changement climatique, il est tout à fait légitime et logique que le juge puisse endosser son rôle correctif, en tant qu'une seule partie (importante) de l'approche d'un mécanisme d'équilibre qui couvre le principe de la séparation des pouvoirs. Dans ce contexte, un juge a pour mission de sanctionner une politique publique défailante lorsque celle-ci va à l'encontre du principe du devoir de diligence. Il est exact que le devoir de vigilance est une norme très vaste. Toutefois, si l'on accepte la responsabilité des pouvoirs publics dans d'autres contextes pour des actes ou des omissions de la part des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, pourquoi ne pas l'accepter en matière de changement climatique, un exemple illustrant parfaitement la réglementation des risques. Cet argument est d'autant plus renforcé si l'on qualifie cette menace climatique de violation des droits de l'homme. Le pouvoir judiciaire peut-il être exclu de la politique climatique si cruciale pour l'avenir de notre espèce et de notre planète ?* »³⁹².

137. Évidemment, comme susmentionné, il convient d'être vigilant quant à la limite de la « corégulation judiciaire » : en ordonnant des mesures visant à prévenir ou à remédier à une violation d'un droit subjectif, le juge ne peut ni exercer lui-même un pouvoir discrétionnaire dévolu à l'administration, ni considérer l'opportunité de l'action de l'administration lorsqu'elle dispose d'un tel pouvoir, ni nier sa liberté politique³⁹³.

Dans le même ordre d'idées, HOUBEN affirme que « *fondamentalement, il est clair que les pouvoirs publics et les entreprises devraient pouvoir être appelés à répondre devant les juges de leurs actes outrepassant les normes contraignantes qui leur sont imposées, telles que les normes relatives au climat et aux émissions, ou les obligations qu'ils se sont volontairement engagés à respecter, par exemple en ancrant statutairement ou autrement dans la loi des objectifs liés à la durabilité. Pour les entreprises, il s'agit de licences qui leur ont été délivrées et des violations des conditions d'agrément. Toutefois, si les entreprises agissent conformément aux normes et licences contraignantes, elles devraient pouvoir compter sur la certitude juridique qu'elles agissent en conformité avec la loi. En l'absence de normes*

³⁹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.* 2020, 753 ; A. WIRTGEN, « Trias politica revisited? Over civiele procedures tegen het nalaten van de overheid om normerend op te treden », dans *De Grondwet en Jan Velaers. IV. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Bruges, la Chartre, 2022, p. 425, n° 12.

³⁹² H. SCHOUKENS et A. SOETE, « Klimaatverandering in de rechtbank », *NjW* 2020, p. 159, n° 66.

³⁹³ A. WIRTGEN, *op.cit.*, p. 426, n° 13.

spécifiques en matière de durabilité, il n'est pas approprié que les juges étendent des normes ouvertes, telles que l'acte illicite et les droits fondamentaux de l'homme, et en déduisent des obligations en matière de durabilité, même si ces mesures sont étayées par des objectifs politiques ou des "idées largement soutenues et des normes internationalement acceptées". Le juge empiète alors trop sur le domaine politique, ce qui n'est pas de son ressort »³⁹⁴.

Section 3 - De l'exercice hardi de la parole par le(s) juge(s) – l'opinion autorisée ?

Paragraphe 1^{er}. - Associations de magistrats et organes consultatifs

A) Importance des associations de magistrats et leurs incidences

138. Une vision claire des rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État, ainsi que de la place du juge dans l'ordre juridique belge, suppose une réflexion sur les modalités d'association des magistrats, précisément parce que les associations de magistrats jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement de la justice dans de nombreux domaines.

Le fait est que l'émergence, le développement et la croissance des associations de magistrats ont eu et ont encore une incidence directe sur l'image professionnelle et sociétale que le juge se fait de lui-même (et du magistrat du ministère public), considéré individuellement, ainsi que celle du groupe professionnel et enfin du troisième pouvoir constitutionnel dans son ensemble.

Au cours des cinquante dernières années, le mouvement a été plutôt prétorien et pragmatique. Ce n'est que tardivement que le phénomène est devenu plus flagrant.

L'importance du droit d'association des magistrats a été reconnue par le Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE) du Conseil de l'Europe qui, dans son Avis n° 23 du 6 novembre 2020³⁹⁵, a expliqué comment les États membres du Conseil de l'Europe pourraient (encore) renforcer le droit d'association des magistrats, afin de soutenir à la fois leur indépendance et l'État de droit en général.

Seuls 12 des 35 États membres étudiés ayant répondu au questionnaire semblent disposer d'une association de magistrats, avec certes plusieurs associations dans la majorité de ces États membres. La forme juridique de ces associations et les conditions d'adhésion (par exemple, le fait d'avoir un certain niveau hiérarchique) varient considérablement. Le plus souvent, ces associations bénéficient d'un statut légal et visent invariablement à constituer une plate-forme d'échange pour renforcer l'indépendance, l'État de droit et les conditions de travail des membres.

Dans son avis, qui fait d'ailleurs l'éloge du modèle belge de la vie associative bien rodée des magistrats, le CCJE défend le rôle que la vie associative peut jouer dans la protection de l'indépendance judiciaire. En particulier, selon l'avis, il est essentiel qu'à travers l'adhésion,

³⁹⁴ R. HOUBEN, « Maatschappelijk verantwoord ondernemen », *R.W.* 2022-23, 814.

³⁹⁵ <https://rm.coe.int/opinion-23-en-ccje-2020/1680a03d4b> Pour une analyse de cet avis, voir B. NELISSEN, « CCJE: "Koester en faciliteer magistratenverenigingen" », *De Juristenkrant*, 2 décembre 2020, p. 6-7.

volontaire, aux associations, les juges eux-mêmes gardent la plume lors de l'élaboration des principes éthiques qui leur sont applicables, car il n'est pas question que les pouvoirs exécutif ou législatif s'imposent en ce qui concerne la formation professionnelle et éthique des magistrats.

B) Les associations de magistrats en tant que laboratoire d'idées

139. L'objectif de certaines associations de magistrats est de créer un réseau rassemblant leurs membres, à savoir un *forum* dans lequel les membres peuvent se réunir pour se concerter en interne et partager leurs connaissances et leurs expériences.

La Belgique compte notamment l'Union royale des juges de paix et de police et l'*Unie van Nederlandstalige Jeugdrechtters* ou la *Vereinigung der deutschsprachigen Magistrate*³⁹⁶. Un autre bel exemple d'associations de magistrats est le *Forum ad Mosam*, association transfrontalière de juges de l'Euroregio³⁹⁷.

140. L'instauration d'un forum où les connaissances, les expériences et le savoir-faire sont partagés entre les magistrats ne peut qu'être encouragée. Toutefois, une mise en garde s'impose, en effet, il va de soi que les juges doivent pouvoir exercer leurs compétences judiciaires avec indépendance et impartialité, et qu'une juridiction n'a agi de manière indépendante que si une décision est fondée sur son propre et libre jugement, sans aucune influence ou pression extérieure. Une telle pression extérieure peut également être exercée par une association professionnelle, même si l'initiative ou la communication de cette dernière était destinée tout au plus à apporter une aide collégiale.

À cet égard, nous nous référons à un exemple concret. L'article 18, § 1, de la loi du 19 mai 2010 portant création de la Banque-Carrefour des véhicules précise qu'une autorisation du Comité sectoriel pour l'autorité fédérale de la Commission de la protection de la vie privée est requise pour tout accès aux données de la Banque-Carrefour des véhicules autres que les données mentionnées dans le certificat de conformité du véhicule. Dans un arrêt du 13 décembre 2016, la Cour de cassation a décidé que, bien que le fait qu'il relève de la mission de la police de rechercher et de constater les infractions de roulage n'entraîne pas que la police puisse, pour identifier le titulaire d'une plaque d'immatriculation, avoir accès à la Banque-Carrefour des véhicules sans l'autorisation du Comité sectoriel³⁹⁸. L'Union royale des juges de paix et de police, par l'intermédiaire de son secrétaire et par voie de presse, a alors expliqué les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation sur l'administration de la preuve

³⁹⁶ La *Vereinigung der deutschsprachigen Magistrate* est une association qui représente les magistrats germanophones et vise à défendre les intérêts de l'arrondissement judiciaire d'Eupen, des autres tribunaux où l'allemand est également la langue de procédure et à faire respecter l'exigence, prévue par la loi, de l'emploi de l'allemand en tant que langue judiciaire. Les membres sont, dans l'ordre numérique principal, les juges et les magistrats du parquet relevant de l'arrondissement judiciaire d'Eupen.

³⁹⁷ <http://www.forumadmosam.eu>. Au niveau international il peut être renvoyé à l'*Union internationale des magistrats/International Association of Judges* (iaj-uim.org/iuw/france/home) et au niveau européen à l'*Association européenne des magistrats/European Association of Judges* (eaj.iaj-uim.org) en tant qu'aile régionale de l'Union internationale.

³⁹⁸ Cass. 13 décembre 2016, RG P.16.0682.N, *NjW* 2017, 114, note, *NC* 2017, 86, *RW* 2017-18, 467, *RDTI* 2016, 64, note de E. DEGRAVE.

dans des affaires pendantes. Selon l'Union, les preuves ne devaient de toute façon pas être écartées en vertu des critères Antigone. Dans une tribune, BIJNENS se montre particulièrement critique car il estime que l'Union s'est adonnée à la démesure, risquant de compromettre l'indépendance de tous les juges de police. Selon BIJNENS, l'Union semble refléter ce que les juges de police devraient décider dans les affaires pendantes relatives à des infractions de roulage, bien qu'elle ne puisse évidemment imposer quoi que ce soit aux juges de police (affiliés)³⁹⁹.

Dans ce contexte, *Magistratuur en Maatschappij* mérite également d'être spécialement cité. La création de cette association a été amorcée par la victoire du Vlaams Blok en 1991 et la prise de conscience que la justice bancaire était considérée par les médias et la politique comme la racine de tous les maux. Freddy EVERS, qui a cofondé M&M avec le regretté conseiller à la Cour honoraire BLOCH, déclare explicitement que M&M n'a jamais été une association de membres, mais qu'elle se considère comme un groupe de réflexion axé sur la question suivante : « comment améliorer le fonctionnement de la justice pour la société ? »⁴⁰⁰

C) Les associations de magistrats en tant qu'organisations syndicales

141. Outre les associations de magistrats dans lesquelles le partage de connaissances est un objectif essentiel, les magistrats se regroupent également dans des associations à caractère plus syndical dont les plus connues dans le sud du pays sont l'*Association syndicale des magistrats* et l'*Union professionnelle de la magistrature*.

Ce n'est pas un hasard si de telles associations sont particulièrement influentes dans la partie francophone de notre pays. Elles sont traditionnellement proches de la magistrature française où le syndicalisme est historiquement profondément ancré dans la magistrature et où les syndicats de magistrats pèsent dans le débat social concernant la justice⁴⁰¹.

La circonstance que l'*Association Syndicale des Magistrats* s'inspire d'événements en France ressort notamment de la position prise par sa présidente, madame CADELLI, à l'occasion d'une enquête de satisfaction (cinglante) menée par l'USM, le plus grand syndicat de magistrats de France. Elle a estimé que les problèmes auxquels la magistrature française était confrontée étaient également présents en Belgique où l'arbitraire du chef de corps, les coupes budgétaires aveugles et les structures judiciaires continuent à fonctionner selon un système hiérarchique suranné⁴⁰².

³⁹⁹ D. BIJNENS, « Collegiale hulp of verdoken berechtingsrichtlijn onder politierechters? », *De Juristenkrant* 2017, liv. 343, 11.

⁴⁰⁰ D. LEESTMANS, « De strijd is nooit gestreden. In een democratie moet je altijd opletten », *De Juristenkrant* 2022, liv. 448,(448) 12. Voir aussi F. EVERS, « Voorwoord », dans *op-RECHT-uit. Een hulde aan Alain Bloch*, Bruges, la Charte, 2022, 7.

⁴⁰¹ *Union syndicale des magistrats, Syndicat de la magistrature* ; Voir également H. LAMON, « De straffe woorden van een procureur-generaal », *De Juristenkrant* 2011, liv. 234, 12.

⁴⁰² Voir p. ex. B. NELISSEN, « Na de noodkreet van Frans magistratensyndicaat over welbevinden rechters: wat met België? », *De juristenkrant* 2015, liv. 305, 6.

Me LAMON relève qu'aucun pendant flamand à l'Association n'existe, « de sorte que l'influence de cette organisation est démesurée »⁴⁰³. Cette influence ressort notamment de la circonstance que l'Association a toujours été entendue, en tant qu'association représentative des magistrats, au parlement lors des discussions relatives aux lois « Pot-pourri ». En outre, l'Association a lancé plusieurs recours en annulation devant la Cour constitutionnelle et, avec *Magistratuur en Maatschappij*, a plaidé contre la régionalisation de la justice⁴⁰⁴. Enfin, cette influence a également été déterminée par la popularité de la présidente de l'époque, qui aimait au mêler au débat public des points de vue particulièrement virulents⁴⁰⁵.

142. On peut d'ailleurs s'interroger sur les contours de leur liberté d'expression. Dans son Guide de communication avec les médias et le public pour les tribunaux et les autorités de poursuite, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) considère que, s'agissant des associations de juges et/ou de procureurs :

« 29. Les associations professionnelles de juges et/ou de procureurs ont pour but de défendre les intérêts des institutions judiciaires et des magistrats individuels, le cas échéant.

30. Des interventions publiques de leur part se justifient notamment sur des sujets généraux concernant la justice (budget, conditions de travail, déroulement de la carrière, statistiques, etc.), des rappels de principes (indépendance de la justice, présomption d'innocence, etc.) et des questions législatives et des sujets de société⁴⁰⁶.

31. Les associations professionnelles peuvent aussi jouer un rôle important pour défendre des tribunaux, ministères publics et/ou magistrats individuellement mis en cause, en rapport avec des procédures particulières ou de manière plus générale (retards particuliers d'un tribunal, intégrité d'un juge mise en doute, etc.) »

⁴⁰³ H. LAMON, « Justitie door Waalse bril: het nieuwe fascisme », *De Juristenkrant* 2016, liv. 325, 13.

⁴⁰⁴ Voir F. EVERS et P. LEFRANCO, « Geen regionalisering van Justitie », *De Juristenkrant* 2011, liv. 226, 10.

⁴⁰⁵ Voir p. ex. H. LAMON, *op.cit.*

⁴⁰⁶ Relève du même registre, selon nous, « Un syndicat de magistrats dénonce les propos de Bouchez sur les prisons » dans *La Libre*, 18 avril 2023, 4, réaction de Mme MESSIAEN, présidente de l'ASM, et par ailleurs juge, à propos de l'interview du président du Mouvement Réformateur (MR), M. BOUCHEZ, publiée quelque jours auparavant, et qui « souhaite notamment faire contribuer financièrement les détenus au coût de leur séjour en prison » ; de même, « Du crépuscule d'un État de droit à l'aube d'un État policier ? », Mme CADELLI (ASM), juge, dans *La Libre* du 10 janvier 2023, ou encore M. MACQ, président de l'UPM et procureur du Roi, « Non, le ministre de la Justice n'est pas le patron du parquet » dans *La Libre* du 20 novembre 2020. Moins évidentes, mais tout aussi utiles, sont les interviews plus personnelles qui donnent un visage à ceux qui travaillent dans la magistrature, comme l'interview du procureur fédéral et d'une chanteuse dans *De Standaard Weekly*, 1er août 2020. Mais que penser des films qui suivent une juge d'instruction dans sa vie quotidienne et montrent ses problèmes, ses interrogations et ses états d'âme, pénétrant dans le lieu judiciaire le plus sacré qu'est le cabinet d'un juge d'instruction : « Ni juge ni soumise » et « Poulet-frites », avec Mme la juge d'instruction A. GRUWEZ ? Que pensez des séries télévisées produites avec des acteurs-magistrats du ministère public, des juges de police ou des juges de paix ? L'objectif avancé est qu'il s'agit d'une démarche pédagogique, cherchant à dépeindre ce travail difficile dans l'ombre des médias et dans une justice dont le justiciable ne retient souvent que l'opacité et l'injustice apparente. Pour le cinéma et les producteurs de séries télévisées c'est assurément du gagnant-gagnant.

Bien sûr, cela leur confère une grande responsabilité. Cela demande un certain talent.

D) Conseil supérieur de la Justice et Conseil consultatif de la magistrature

143. Le Conseil supérieur de la justice (CSJ) et le Conseil consultatif de la magistrature (CCM) ont été créés à la suite de l'affaire Dutroux. Alors que les associations de magistrats précédemment citées ont été conçues « de bas en haut », par et pour les magistrats, le CSJ et le CCM constituent, pour les décideurs politiques, des points de contact que le législateur a instaurés au sein de la magistrature. Jusqu'alors, la communication entre le pouvoir judiciaire et « la politique » était très diffuse : les chefs de corps faisaient part de leurs besoins au ministre ou auprès du ministère. Bien entendu, leurs demandes pouvaient être très diverses.

144. Le CSJ, organe constitutionnel indépendant, est chargé de veiller à l'objectivité des nominations dans la magistrature, d'effectuer un contrôle externe du fonctionnement de l'appareil judiciaire et de rendre des avis destinés au parlement et au gouvernement sur les réformes du fonctionnement de la Justice.

Dans ce cadre, le CSJ participe au débat (sociétal) portant sur l'organisation de la magistrature et le statut des magistrats. Le rapport annuel du CSJ pour l'année 2017 offre bon nombre d'exemples en la matière. Le CSJ y exprimait sa préoccupation concernant le sort réservé à de nombreux stagiaires judiciaires et la mise en place d'une nouvelle catégorie de membres du personnel judiciaire, le système des prolongations de stage étant alors appelé à disparaître au profit des nominations d'office en qualité d'attaché judiciaire. Dans le même temps, le CSJ déplorait le faible nombre voire l'absence de candidats à de nombreux postes vacants et préconisait, à nouveau, d'abolir le système des juges suppléants⁴⁰⁷.

Le CSJ a, parfois, lui-même suscité la controverse dans l'exercice de ses attributions⁴⁰⁸. Ainsi, dans une tribune publiée en 2019, le juge honoraire NOLF soulignait que la nomination d'un président unilingue à la tête de la Cour d'appel de Bruxelles posait un certain nombre de problèmes dès lors que, en pratique, un conseiller néerlandophone devait être désigné pour les questions à traiter en néerlandais, avec pour conséquence un surcroît de travail (et une diminution du nombre d'arrêts). La non-reconduction de la nomination du président du tribunal de première instance de Bruxelles a également été contestée. Ces éléments ont conduit le juge NOLF à critiquer « *la confidentialité empreinte de mystère et digne du Moyen-Âge* » entourant la manière dont le CSJ exerce ses fonctions. Sa conclusion étant la suivante : « *Faire confiance aveuglément non seulement à la Justice, mais aussi au CSJ ? Non, nous ne le souhaitons plus* »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Voir à ce propos B. NELISSEN, « HRJ beducht voor opkomst 'quasi-magistratuur' », *De Juristenkrant* 2018, liv. 375, 6-7.

⁴⁰⁸ *Le Conseil supérieur de la Justice : stop ou encore ?*, M. CADELLI, (Dir.), Collection de l'Association Syndicale des Magistrats, Antemis, 2016. Sur les particularités de sa composition, voir J. ENGLEBERT, *De quoi la composition illégale du CSJ est-elle le nom ?*, in M. CADELLI, o. c. , p. 117 et s.

⁴⁰⁹ J. NOLF, « Meer openheid zou HRJ sieren », *De Juristenkrant* 2019, liv. 384, 10.

145. Il va sans dire que le CCM, institué par la loi du 8 mars 1999⁴¹⁰, fait également office de porte-parole important de la magistrature. La mission du CCM est essentiellement consultative. Ses avis ne sont pas contraignants et n'ont pas d'effet suspensif. Le CCM rend de tels avis soit de sa propre initiative, soit à la demande du ministre de la Justice ou des chambres législatives. Il peut se concerter avec ceux-ci sur toutes les questions ayant trait au statut, aux droits et aux conditions de travail des magistrats du siège et du ministère public.

L'importance des efforts déployés par le CCM pour améliorer le statut social et les conditions de travail des magistrats ne doit pas être sous-estimée.⁴¹¹

Il est évident que la concertation entre le CCM et les autres acteurs de terrain est essentielle, mais elle s'accompagne parfois de fausses notes. Ainsi, en 2017, une enquête électronique visait à interroger un certain nombre de magistrats quant à leur perception de l'indépendance des nominations et désignations auxquelles procède le CSJ. Cette enquête a été retirée après quelques jours, lorsqu'il est apparu qu'elle n'avait pas été précédée d'une concertation entre le CCM et le CSJ, ce dernier ayant alors fait part de ses inquiétudes quant à la méthodologie suivie⁴¹².

E) Qui représente qui ?

146. Il reste à voir si ces associations, le CCM, voire le CSJ, représentent d'autres personnes que leurs membres, que ceux-ci soient élus (CCM et CSJ) ou non (autres) ? Surtout, représentent-ils le pouvoir judiciaire, les juridictions et parquets ? La réponse, me paraît-il, ne peut être que négative. Cela ne fait aucun doute pour ce qui est du CSJ. Organe *sui generis* et indépendant des autres structures étatiques, il ne représente que lui-même.

Pour ce qui est de la question en général, je reste partisan de l'excellente démonstration faite par le procureur général VELU dans sa mercuriale exhaustive de 1996⁴¹³.

Ce très éminent magistrat résume la situation, en droit, comme suit : « [à] défaut de dispositions légales expresses relatives à la représentation du pouvoir judiciaire notamment auprès des autres pouvoirs, il y a lieu de considérer qu'en principe, celle-ci peut et doit être assurée conjointement par le premier président de la Cour de cassation, le procureur général près cette Cour, les premiers présidents des cours d'appel et du travail, les procureurs généraux près les cours d'appel, les premiers présidents près les cours du travail, le premier président de la cour militaire et l'auditeur général près cette cour. Il convient, me semble-t-il, de réserver certains cas dans lesquels cette fonction représentative peut être remplie par le premier président de la Cour de cassation et le procureur général près cette Cour. Il s'agit des

⁴¹⁰ Loi du 8 mars 1999 instaurant un Conseil consultatif de la magistrature, *M.B.* 19 mars 1999.

⁴¹¹ Voir à ce propos, entres autres : R. BOONE, « Onafhankelijkheid is een waarborg voor de burger, geen privilege van de magistratuur », entretien avec KOENRAAD MOENS et FABRIZIO ANTIOCO, *De Juristenkrant* 2019, liv. 390, 10-11.

⁴¹² B. NELISSEN, « ARM zet bevraging over werking benoemings- en aanwijzingscommissies HRJ vroegtijdig stop », *De Juristenkrant* 2017, liv. 357, 9.

⁴¹³ « *Représentation et Pouvoir judiciaire* », Discours prononcé par M. le procureur général Baron VELU à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 2 septembre 1996, *J.T.*, 12 et 19 octobre 1996.

cas correspondant à une tradition établie ou des cas exceptionnels d'extrême urgence »⁴¹⁴. Les textes et usages sur lesquels cette mise au point repose sont encore d'actualité.

Les nouveaux organes de gestion que sont les comités de direction et les Collèges des cours et tribunaux et du ministère public (dont question ci-après), créés par la loi du 18 février 2014, ne changent rien à ce constat.

Sans doute feu la Conférence permanente des chefs de corps se rapprochait-elle le plus de l'État *de lege lata* voire de l'idéal...⁴¹⁵.

Paragraphe 2. – Le juge individuel (magistrat)

147. Il ressort de l'aperçu ci-dessus que la vie associative des magistrats est en plein essor. Si certaines associations se considèrent comme des forums favorisant le dialogue (technique) entre collègues, d'autres adoptent une approche plus syndicale. Cette vie associative n'est pas seulement façonnée de bas en haut, au sein même de la magistrature, mais elle est aussi encouragée et facilitée de haut en bas par les pouvoirs publics à la recherche d'un interlocuteur au sein de la magistrature. Bref, les associations de magistrats trouvent de plus en plus leur place dans le débat sociétal.

148. Il en va de même des magistrats individuels, dans le chef desquels se pose avec plus d'acuité, et sans doute un peu différemment, la question des contours du devoir de réserve.

À la fin du mois de juin 2012, le CSJ et le CCM ont approuvé le *Guide pour les magistrats*⁴¹⁶ qui, entre autres, consacre la retenue et la discrétion comme des valeurs à respecter. Il va sans dire que la retenue est une valeur essentielle : les déclarations « politiques » des juges dans le domaine public provoquent parfois de vives réactions, jusqu'au Parlement.

Dans le Guide précité adopté par la CEPEJ, celle-ci estime, à propos de la liberté d'expression des juges et procureurs :

« 65. Juges et procureurs jouissent, de manière générale, de la liberté d'expression. La conception actuelle du « juge-citoyen » suppose que les magistrats puissent participer à la vie de la cité et exprimer leurs opinions, en privé comme en public, sans restrictions indues.

66. La liberté d'expression des magistrats, quand ils se présentent ou sont présentés en cette qualité, connaît cependant des limites, du fait de leur statut particulier.

67. Ces limites résultent en premier lieu du secret de fonction auquel ils sont soumis et qui est encadré par la loi. Nous verrons plus loin dans quelle mesure les juges et procureurs peuvent donner au public des informations sur des procédures particulières.

⁴¹⁴ O.c., n° 40.

⁴¹⁵ Sur la Conférence permanente des chefs de corps, voir J. de CODT, « *Y a-t-il un pilote dans l'avion ? Réflexions sur la place et l'avenir de la conférence permanente des chefs de corps dans la nouvelle organisation judiciaire* », in, M. CADELLI, o.c. , p. 65 et s.

⁴¹⁶ Voir à ce propos B. NELISSEN, « *De Belgische Gids voor de magistraten: slag in het water, voorlopige moraal of dubbele binding?* », *T.P.R.* 2013, 1555.

68. Des limites à la liberté d'expression découlent aussi des devoirs généraux de réserve et de dignité auxquels les magistrats sont astreints. Si chaque juge et procureur a le droit d'exprimer ses opinions personnelles sur des sujets qui touchent ou non à son activité, il ne peut pas, quand il se prévaut de sa fonction, donner l'impression au public qu'il serait partisan, partial ou manquerait d'objectivité ou de la modération nécessaire à un exercice convenable de cette fonction. Un magistrat peut certes exprimer son désaccord avec des mesures envisagées par des responsables politiques, mais il serait contraire à sa dignité de le faire dans des termes inconvenants. L'exercice est difficile et certains pensent que le plus sûr reste, pour les magistrats, de renoncer à s'exprimer publiquement et à titre individuel dans ce genre de débats. Par contre, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher que, selon les cas, l'institution judiciaire en tant que telle, une entité judiciaire particulière ou une association de juges ou de procureurs intervienne publiquement quand les intérêts de la justice sont en jeu. Encore faut-il que cela se fasse d'une manière qui ne nuise pas à l'image de sérénité, d'objectivité et de compétence que l'institution judiciaire se doit d'offrir au public. Cette image est par exemple écornée quand une association de magistrats s'exprime sur Twitter par des accusations rageuses ou, dans le cadre d'une manifestation, s'en prend aux responsables politiques dans des termes mal choisis.

69. Le CCPE a expressément reconnu ces principes, en relevant ceci : « Les procureurs ont également droit à la liberté d'expression, tout en étant soumis au secret professionnel et à un devoir de réserve, de discrétion et d'objectivité. Les procureurs devraient accorder une attention particulière aux risques qui peuvent en découler pour l'impartialité et l'intégrité du ministère public, lorsqu'ils apparaissent dans les médias, à quel titre que ce soit » (avis N° 8 CCPE, ch. 19) »⁴¹⁷.

Bref l'on est plutôt dans la nuance.

Cette même nuance se retrouve dans les recommandations émises par le *Conseil consultatif des juges européens* (CCJE) dans son Avis No. 25 du CCJE (2022) sur la liberté d'expression des juges⁴¹⁸. Ainsi :

« 1. Le juge jouit du droit à la liberté d'expression comme tout autre citoyen. Outre le droit individuel d'un juge, les principes de démocratie, de séparation des pouvoirs et de pluralisme exigent la liberté des juges de participer aux débats d'intérêt public, spécialement concernant les questions relatives au pouvoir judiciaire.

2. Dans les situations où la démocratie, la séparation des pouvoirs ou l'État de droit sont menacés, les juges doivent faire preuve de fermeté et ont le devoir de s'exprimer pour défendre l'indépendance de la justice, l'ordre constitutionnel et la restauration de la démocratie, tant au niveau national qu'international. Cela inclut des points de vue et des avis sur des questions politiquement sensibles et s'étend à l'indépendance interne et

⁴¹⁷ CEPJ, Guide de communication avec les médias et le public pour les tribunaux et les autorités de poursuite, Strasbourg, 3 et 4 décembre 2018, point 3.9. Le Conseil consultatif des procureurs européens (CCPE) est le pendant du CCJE.

⁴¹⁸ CCJE, avis n° 25 du CCJE (2022) sur la liberté d'expression des juges, Strasbourg, 2 décembre 2022.

externe des juges individuels et du pouvoir judiciaire en général. Les juges qui s'expriment au nom d'un conseil de la justice, d'une association de juges ou d'un autre organe représentatif du pouvoir judiciaire jouissent d'une plus grande discrétion à cet égard.

3. Indépendamment des associations de juges, des conseils de la justice ou de tout autre organe indépendant, les juges individuels ont le devoir éthique d'expliquer au public le système judiciaire, le fonctionnement de la justice et ses valeurs. En améliorant la compréhension, la transparence et en aidant à éviter les fausses déclarations publiques, les juges peuvent contribuer à promouvoir et à préserver la confiance du public dans l'activité judiciaire.

4. Dans l'exercice de leur liberté d'expression, les juges doivent garder à l'esprit leurs responsabilités et devoirs spécifiques dans la société, et faire preuve de retenue dans l'expression de leurs points de vue et opinions dans toute circonstance où, aux yeux d'un observateur raisonnable, leur déclaration pourrait compromettre leur indépendance ou leur impartialité, la dignité de leur fonction, ou mettre en péril l'autorité du pouvoir judiciaire. En particulier, ils devraient s'abstenir de tout commentaire sur le fond des affaires qu'ils traitent. Les juges devraient également préserver la confidentialité des procédures.

5. En règle générale, les juges devraient éviter d'être impliqués dans des controverses publiques. Même dans les cas où leur appartenance à un parti politique ou leur participation au débat public est permise, il est nécessaire que les juges s'abstiennent de toute activité politique qui pourrait compromettre leur indépendance ou leur impartialité, ou la réputation du pouvoir judiciaire.

6. Les juges devraient être conscients des avantages et des risques de la communication médiatique. À cette fin, le pouvoir judiciaire devrait proposer aux juges une formation qui les sensibilise à l'utilisation des médias, qui peuvent être utilisés comme un excellent outil de sensibilisation du public. Dans le même temps, il convient de sensibiliser les juges au fait que, lorsqu'ils font usage des médias sociaux, tout ce qu'ils publient devient permanent, même après avoir été supprimé, et peut être librement interprété, voire sorti de son contexte. Les pseudonymes ne couvrent pas les comportements non éthiques en ligne. Les juges devraient s'abstenir de publier tout ce qui pourrait compromettre la confiance du public dans leur impartialité ou porter atteinte à la dignité de leur fonction ou du système judiciaire.

7. Les règles ou codes de conduite concernant l'étendue de la liberté d'expression des juges et toute restriction de son exercice devraient être établies par les juges eux-mêmes ou par leurs associations judiciaires. »

149. Dans son intéressante analyse consacrée à la réserve du magistrat⁴¹⁹, NELISSEN plaide pour une approche nuancée. Il souligne que nous ne pouvons imposer au juge une tâche

⁴¹⁹ B. NELISSEN, « Deontologische codes of deugden voor (te) openhartige magistraten? », *R.W.* 2011-12, 806.

irréalisable en l'obligeant, dans le rôle « politique » et nullement dénué de valeurs qui est le sien, à faire des abstractions à partir de sa vision de l'homme et du monde et de ses convictions personnelles de ce qu'est une vie vertueuse : le juge, qui est un être humain, est dans l'impossibilité d'être neutre, même si l'on précise le rôle qui doit être le sien dans le cadre de sa profession. NELISSEN soutient en outre que les opinions qui sont celles des magistrats, lorsqu'elles sont distillées avec soin, peuvent être un atout pour le débat démocratique. En effet, la perspective unique et le rôle spécifique qui sont les leurs en tant que témoins privilégiés des évolutions au sein de la société font généralement naître dans leur chef des réflexions qui méritent d'être diffusées de manière adéquate. Il est évident que certaines « impuretés » peuvent affecter de telles communications. Elles sont, selon NELISSEN, le prix à payer pour pouvoir en tirer profit.

150. Dans ce contexte, la décision rendue par le tribunal disciplinaire francophone le 4 octobre 2019 est particulièrement pertinente. Le substitut du procureur du Roi de Bruxelles avait écopé d'une sanction disciplinaire (légère) après avoir été auteur d'une tribune dans laquelle il critiquait une réforme judiciaire. Le tribunal a énoncé le principe selon lequel « *dans une société démocratique, le magistrat a non seulement le droit mais le devoir de s'exprimer sur le fonctionnement du système judiciaire* »⁴²⁰. Dans la note sous cet arrêt, J.-F. FUNCK ouvre une brèche en faveur de la liberté d'expression des magistrats : « *Ainsi, devrait-il être admis, il me semble, qu'un magistrat s'exprime publiquement, non pas sur une affaire, mais à l'occasion d'une affaire parce que celle-ci est révélatrice d'une difficulté : elle peut mettre en lumière un problème de fonctionnement de la Justice, un vide législatif, un manque de moyens financiers, etc. ; elle peut aussi illustrer les difficultés de la fonction du juge lorsqu'il doit trancher un litige, que ce soient les obstacles matériels qu'il rencontre ou les tiraillements de conscience auxquels il est confronté. Il n'y a là finalement rien d'extraordinaire : l'on voit ainsi régulièrement des représentants d'associations de magistrats, ou des magistrats spécialisés dans la matière concernée, intervenir de la sorte dans les médias, tout en se gardant de se prononcer sur le contenu du dossier lui-même* »⁴²¹.

Paragraphe 3.- Conséquence

151. Tant sur le plan « constitutionnel » que sur le plan « individuel », les magistrats s'affranchissent davantage. Ils s'unissent au sein d'associations professionnelles et d'organisations syndicales, et les décideurs politiques les incitent à participer à des organes tels que le CSJ et le CCM. Les magistrats individuels trouvent également leur place dans le *forum* public : la retenue que l'on attend traditionnellement de leur part semble céder la place à des opportunités élargies de participer au débat public.

⁴²⁰ Tribunal disciplinaire francophone, 4 octobre 2019, *J.T.* 2020, 14.

⁴²¹ J.-F. FUNCK, « Liberté d'expression des magistrats: vers une culture du débat », *J.T.* 2020, p. 18, n° 13. Que faut-il penser de la prise de position du magistrat-chef de corps d'un tribunal de l'entreprise qui, dans *La Libre* des 17 et 18 novembre 2002, a déclaré (p. 4) que « *la Belgique a aujourd'hui un problème mafieux* », propos qui, dans la chronologie, ont suivi ceux tenus par un autre magistrat de renom, président du Collège des procureurs généraux, dans l'édition des 15 et 16 octobre 2022 du même quotidien (« on parle de la Belgique comme d'un narco-État, c'est faux ») ?

À mon sens, c'est précisément cette double évolution qui a contribué à ouvrir la voie à une participation plus large de la magistrature à sa propre organisation, avec pour point d'orgue la loi du 28 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire.

Section 4.- Du juge « activiste » au juge « politique »

152. Dans la précédente section, nous avons montré que le juge est entré de plein pied dans la cogestion matérielle de domaines où, bien souvent, le législateur le contraint à opérer des choix quasi sociétaux⁴²², comme en témoigne la jurisprudence, s'il ne veut pas se faire accuser de déni de justice. La liberté de parole qu'il a conquise, tant individuellement que collectivement, laisse quelque peu dubitatif quant au fameux « devoir de réserve ». Ce dernier ne paraît-il pas devenu d'un autre âge ? En tout les cas, son acception s'est singulièrement métamorphosée.

Et si, en fin de compte, le juge était (devenu) un acteur « politique », expliquant qu'au fil du temps, il se soit affranchi d'un culte de la loi qui, auparavant, menottait son action ?

Encore faut-il s'entendre sur ce l'on entend par « politique », notion polysémique s'il en est.

À l'origine du mot « politique » se situent trois réalités distinctes mais corrélées, identifiées dans la Grèce Antique sous trois concepts : *Politikos*, qui envisage la société (organisée), la civilité, la vie en commun, *Politeia*, qui concerne l'organisation de la société, sa gestion, son mode de fonctionnement, son gouvernement, ou *Politikè*, qui vise la pratique du pouvoir et ses luttes politiques au travers notamment des partis politiques.

En résumé et en forçant le trait: nous vivons en société (*politikos*) ; nous l'organisons au moyen de règles, de régimes, de systèmes politico-juridiques et de valeurs générales les sous-tendant, auxquelles nous adhérons (*politeia*) ; cette activité emprunte notamment la voie de structures et de luttes de pouvoir, et trouve un terrain privilégié dans l'arène parlementaire où des groupes d'élus tentent de façonner la société en conformité avec leurs propres valeurs et intérêts (*politikè*).

Quand l'on parle communément d'une « activité politique » ou de « faire de la politique », c'est en règle cette dernière activité que l'on vise et c'est elle qui revêt bien souvent, aux yeux du citoyen ordinaire, une connotation péjorative.

Est, pour un juge, « faire de la politique », l'acte qui consiste, par son jugement, à orienter les choix collectifs en fonctions d'une opinion ou d'une idéologie qui lui sont personnelles⁴²³.

Nous allons, dans les lignes qui suivent, tenter d'examiner si, et dans quelle mesure, l'activité juridictionnelle ressortit de l'un, de deux voire de tous ces concepts.

⁴²² D. ROUSSEAU, « De la justice d'État à la justice pouvoir de la démocratie », in *Le Conseil supérieur de la Justice : stop ou encore ?*, M. CADELLI (dir.), Collection de l'ASM, Anthémis, 2016, p. 42.

⁴²³ L. JACK et E. KNIGHT, « Les préférences des juges. Pour une approche réaliste », in *Des juges sous influence*, *Cah. Just.* 2015, vol. 4, n° 4, p. 589-612.

Paragraphe 1^{er}.- En interprétant la loi, le juge agit politiquement (Politeia)

153. En 1973, le professeur W. VAN GERVEN (qui deviendra par la suite avocat général à la CJUE), dans son *evergreen* intitulé « La politique du juge »⁴²⁴, est parti d'une étude comparative transatlantique pour défendre l'idée que le juge ne « trouve » pas le droit, mais qu'il prend plutôt des décisions politiques basées sur des jugements de valeur.

Et depuis la fin du XX^e siècle, une volumineuse littérature scientifique, tant sur le continent qu'outre-Atlantique, a démystifié le juge désincarné, l'a libéré des chaînes ornées d'or, de fastes mais aussi d'abnégation, dont les révolutionnaires de 1789 l'avaient habillé, pour mieux lui découvrir des pouvoirs insoupçonnés par nos Constituants.

En 1995, Antoine GARAPON affirme : « le droit libéral du XIX^e siècle fut celui du pouvoir législatif, le droit matériel de l'État-providence du XX^e celui de l'exécutif, celui qui s'annonce pourrait bien être celui du juge »⁴²⁵. Son analyse met en exergue un mouvement de juridictionnalisation (*juridification*⁴²⁶) des conflits de nature privée tout autant que politique, diversifiant les champs d'actions du juge par l'exercice d'un contrôle de plus en plus large sur un nombre croissant d'actes, d'individus et d'acteurs politiques⁴²⁷.

Ainsi, en résumé, les mots-clés sont : *juridicisation* et *judiciarisation* ! Le premier concept – la *juridicisation* – renvoie au « processus par lequel les normes juridiques jouent un rôle fondamental dans l'organisation du vivre-ensemble en encadrant voire en contraignant les conduites collectives et individuelles »⁴²⁸. Le second – la *judiciarisation* – qualifie « le processus par lequel les juges traitent un nombre croissant de problèmes sociaux, économiques, culturels et politiques, entre autres »⁴²⁹.

Ces deux processus interagissent, produisant une sorte de *perpetum mobile*.

154. GRANDJEAN, dans son introduction à l'analyse collective entreprise sur la question de savoir si le juge est un décideur politique⁴³⁰ (ce qu'il est), présente et résume les cinq dimensions qui, selon lui et selon les auteurs sollicités dans cet ouvrage, justifient la pertinence de ces deux concepts.

La première est « l'établissement de normes constitutives », définissant notamment « les limites des différents pouvoirs constitués, des droits des individus ou encore des règles institutionnelles »⁴³¹. La deuxième est « l'expansion et (...) la différenciation légale complétant les règles constitutives », en sorte que, d'une part, le droit couvre sans

⁴²⁴ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Standaard Wetenschappelijke Uitg., 1973.

⁴²⁵ A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoir*, 1995, p. 24.

⁴²⁶ L. Ch. Blichne et A. Molander, « Mapping juridification », *E.L.J.*, 2008, vol. 14, n° 1, p. 36 et s.

⁴²⁷ A. GARAPON, o.c., p. 16-17.

⁴²⁸ G. GRANDJEAN, « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction », in *Les juges : décideurs politiques ? – Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH, dir., Bruylant, Larcier, 2016, p. 21.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

cesse de nouveaux champs d'application et que, d'autre part, il est de plus en plus détaillé et précis, ce qui renvoie *in fine* à l'inflation normative⁴³² ; et comme les lois sont « de plus en plus nombreuses, bavardes et éphémères », elles sont aussi « de plus en plus porteuses de responsabilités pour le juge qui doit en combler les lacunes et en démêler les contradictions »⁴³³. La troisième, « la résolution des conflits » est davantage juridictionnalisée et confiée à des tiers⁴³⁴. La quatrième est une conséquence de la précédente : « l'appel au juge comme la voie la plus recherchée ». Et la cinquième, et non la moins importante, est « une culture du droit dans le cadre de laquelle les citoyens se pensent de plus en plus comme sujets de droit »⁴³⁵.

Quant à la fonction politique du juge, cet auteur va la décliner en trois segments. La première fonction politique des juges est de produire des normes⁴³⁶ ; la deuxième est d'arbitrer entre plusieurs valeurs morales⁴³⁷ ; la troisième « consiste à garantir la continuité, voire la persistance, d'un système politique » en « prenant des décisions qui concernent directement le régime d'un système politique, c'est-à-dire la structure et les normes qui régissent le système politique »⁴³⁸.

Nous voilà bien loin de notre « juge-bouche de la loi », décrété par Montesquieu et proclamé comme tel par la Révolution française !

155. Et pourtant, dès l'entame de sa destinée, ce juge-là n'était que mythe, politiquement voulu par une croyance aveugle dans la Loi, décrétée autosuffisante, interdite à toute interprétation et protégée contre toute déviance jurisprudentielle.

Mais cette mystification passait factuellement à côté de la réalité de juger, assurément quand, comme aux premières heures de ce nouveau juge, la justice était rendue par un juge-citoyen élu !

Monsieur PÂQUES, dans le même ouvrage collectif, rappelle fort bien que ce juge-là a(vait) déjà un pouvoir, et non des moindres : il impose la vérité judiciaire. Quoiqu'une quelconque fonction normative lui soit interdite, l'application de la loi devant être mécanique, c'est là faire l'impasse sur la circonstance que dire le droit « implique des choix juridiques »⁴³⁹.

PORTALIS, ancien magistrat et légiste du nouveau Code civil français (notamment), le disait déjà en 1801 : « Pour que les affaires de la société puissent marcher, il faut donc que le juge

⁴³² *O.c.*, p.21-22.

⁴³³ M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, coll. Quartier libre, Labor, 2004, p. 15.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *O.c.*, p.24 et s.

⁴³⁷ *O.c.*, p. 28 et s. ; l'auteur souligne que dans la tradition du *common law* « le concept 'd'activisme juridictionnel' (*Judicial activism*) a été développé par de nombreux auteurs » et qu'il « suscite de nombreuses controverses scientifiques », *o.c.*, p.29 ; voir également A. GARAPON, *o.c.*, p. 16 : le juge est « de plus en plus souvent appelé comme arbitre des mœurs, voire de la moralité politique ».

⁴³⁸ *O.c.*, p.38 et s.

⁴³⁹ X. THUNIS, « La sagesse du juge : le devoir avant la vertu », *Cah. Fac. Dr. Namur*, n° 21, p. 2.

ait le droit d'interpréter les lois et d'y suppléer »⁴⁴⁰. Telle est, du reste, la portée des articles 4 et 5 du Code judiciaire. Il y a action politique du juge, écrit Michel PÂQUES, « quand il place dans la prémisse majeure du raisonnement (du syllogisme judiciaire) un élément qui n'a pas été choisi par l'auteur de la source normative. Il y a encore action politique du juge quand il collationne et qualifie les faits qui constituent le problème qui lui est soumis. Il exerce enfin un certain pouvoir lors de la conclusion ». Un bel exemple, repris par cet éminent auteur, en est l'arrêt de la Cour du 5 novembre 1920 (*La Flandria*), longuement questionné dans le premier chapitre du présent discours. Par cet arrêt, la Cour a décidé que l'article 1382 de l'ancien Code civil s'applique bien aux actes de l'administration : « n'est-ce pas un acte politique capital qui fixe la majeure du syllogisme ? Il conditionne en effet le principe même d'une responsabilité, de ses règles et leur juge »⁴⁴¹. Et la Cour n'en restera pas là dans l'extension du champ d'application de cette phénoménale disposition légale ! L'auteur, professeur et juge (administratif puis constitutionnel), puisant dans des exemples jurisprudentiels, n'hésite pas : « Décider que la loi est complète, ne pas distinguer quand le législateur n'y invite pas, refuser de distinguer quand les mots n'excluent pas la distinction, distinguer en faisant appel au système plutôt qu'au texte, créer l'acte de gouvernement pour le placer en dehors du champ du contrôle juridictionnel ou réduire celui-ci à un contrôle de formes, juger, plus modestement, que le même adverbe n'a pas le même sens à deux endroits différents, n'est-ce pas agir politiquement ? »⁴⁴²

Voici le juge « acteur politique » sans le savoir (ou ne voulant l'admettre)...!

156. Les opinions suivantes illustrent à quel point la meilleure doctrine s'est, dès les premières heures du nouveau Code judiciaire, résolument dégagée du mythe.

Dans ses « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux », tenus à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour le 1^{er} septembre 1970, le Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH⁴⁴³, reproduisant pour partie des considérations de De Page, s'exprimait en ces termes : « (...) ne perdons pas de vue que l'incoercible évolution des rapports humains influence l'élaboration du droit et qu'elle doit avoir sa répercussion sur son interprétation. La Cour [de cassation] aura constamment à rechercher un juste milieu entre ces deux devoirs (...). Elle dispose de l'heureuse faculté de pouvoir favoriser l'évolution du droit par étapes et d'éviter ainsi les soubresauts dont on mesure docilement les effets incertains et parfois lointains ; mais, elle ne saurait, sans forfaire à sa haute mission, se réfugier dans une attitude qui lui ferait éviter de trancher avec courage les questions qui remettent en cause certains fondements de sa jurisprudence. L'autorité de votre interprétation se confond avec celle du

⁴⁴⁰ PORTALIS, Discours préliminaires du premier projet de Code civil, cité par M. PAQUES, « L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration », in *Les juges : décideurs politiques ? – Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, o.c., p. 136.

⁴⁴¹ M. PAQUES, o.c., p. 137-138.

⁴⁴² *Id.*, p. 38.

⁴⁴³ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux », discours prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle du 1^{er} septembre 1970 de la Cour de cassation, *Pas.*, 1970, I, pp. 39 et s.

texte interprété (...). Seuls, vous ne pouvez créer le droit ; vous participez à sa création (...) »⁴⁴⁴.

Voici le juge « colégislateur » ou « législateur interstitiel »⁴⁴⁵ car la jurisprudence est bien source de droit. Mais, ce faisant, le juge ne se substitue pas, du moins pas formellement, au législateur. Cette activité doit avoir des balises : « Sans se poser en concurrent du législateur, il est souhaitable qu'il soit alors pleinement conscient des intérêts en cause et des conséquences des différentes orientations entre lesquelles il lui faudra choisir. Dès lors qu'il respecte scrupuleusement les exigences de transparence et de contradiction, le juge renforce la légitimité de son jugement (...) »⁴⁴⁶.

157. Dans l'application du droit au fait, mission du juge du fond, et dans le contrôle de la légalité de cette action, mission de la Cour de cassation, c'est d'abord l'identification de la portée, de préférence exacte, de la règle de droit qui est en jeu. Formellement, la loi est « la communication de la volonté du législateur aux sujets de droit »⁴⁴⁷. Et celle-ci doit être comprise : c'est l'objet de l'interprétation juridique⁴⁴⁸.

Quels sont les principaux fondamentaux liés à la démarche visant à donner un sens à la norme de droit ? Nul doute que l'interprétation est un exercice délicat, une discipline qui ne se construit pas sur un schéma unique et fixe mais qui se nourrit d'un kaléidoscope de recommandations, toutes utiles et appliquées au gré des circonstances⁴⁴⁹.

Dans notre système juridique, la règle de droit est, en principe, écrite. Faut-il en conclure, hâtivement sans doute, que l'exercice s'en trouve grandement facilité voire peu nécessaire ? L'histoire le dément. Le conseiller MAHILLON observe que « le rôle de l'interprète étant indéniable, il reste à déterminer non seulement la méthode d'interprétation, mais encore la matière même à interpréter. Différentes écoles se sont succédé. Aux yeux des exégètes du XIX^e siècle, et contrairement aux vues sages et mesurées de Portalis, la loi écrite est censée contenir tout le droit applicable. Le juge doit lui être étroitement fidèle et ne dispose que des latitudes que lui accorde, le cas échéant, le législateur lui-même. (...) Tout d'abord cette école n'a pas tardé à admettre la nécessité d'une interprétation tendant à rechercher, par-delà le texte, l'intention du législateur (...). Ensuite la fascination exercée par le Code civil se trouvait tempérée par l'admiration, particulièrement sensible chez Laurent, pour les grands juristes de l'ancien droit (...). Enfin, l'étude attentive de la jurisprudence a préservé dans une certaine mesure l'exégèse du dessèchement dont elle était menacée. (...) On sait que les postulats

⁴⁴⁴ *Id.*, pp. 8 à 9. Voir A. HENKES, « *La requête en cassation – Une voie de recours extraordinaire au service de la justice* », à paraître prochainement dans une mise à jour du second tome de la série *Cassatio*, publié par le Barreau de cassation aux éditions Knopspublishing.

⁴⁴⁵ A. POTOCKI, « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in *La semaine juridique*, supplément au n° 41 consacré aux « États généraux de la justice civile – Réflexions à partir du rapport Sauvé », Colloque du 15 septembre 2022, n° 15, p. 20.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, De Boeck et Larquier, Bruxelles, 2006, n° 8, p. 47.

⁴⁴⁸ Cette démarche est aussi appelée herméneutique juridique ou encore sémantique juridique.

⁴⁴⁹ Et c'est d'autant plus délicat que « L'inflation normative et la complexité du droit » (J.-Ph. FELDMAN, Editorial, *Rec. Dalloz*, 23 juin 2023, n° 23) densifient la jungle juridique.

auxquels se référaient les premières générations de commentateurs du Code civil furent battus en brèche par les idées nouvelles apparues à la fin du XIX^e siècle. Tour à tour l'accent a été mis sur le but social de la loi (ou interprétation fonctionnelle ; c'est celle que retient De Page, *Traité*, t. 1^{er}, 3^e éd., 1962, n^{os} 6bis, 212 in fine, et 215), sur la méthode historique ou évolutive, sur la libre recherche scientifique, préconisée par François Gény (...); on peut rapprocher de cette dernière tendance les idées défendues par Walter Van Gerven (*Het beleid van de rechter, Antwerpen, Standard, 1973*) »⁴⁵⁰.

Mais le droit s'exprime aussi - et même de manière impérative - dans les principes généraux que ni la loi ni la jurisprudence n'ont définis⁴⁵¹, et ces mots ont été employés dans des significations diverses⁴⁵² tant par le législateur, tel par exemple le Code judiciaire en son article 2⁴⁵³, que par le juge.

L'interprétation de la norme juridique est, en règle, nécessaire⁴⁵⁴ car « les mots employés par le législateur se chargent d'une densité due à la rencontre de plusieurs références : la lettre du texte renvoie au corpus de la langue utilisée, la place du mot évoque l'ensemble du système juridique, l'intention de l'auteur conduit aux travaux qui ont précédé la norme, et l'esprit de la loi appelle la raison dont le droit ne peut jamais se départir. La lecture du texte mobilise chacune de ces approches pour planter le sens de la norme au carrefour (...) de ce que le législateur dit, (...) de ce qu'il a voulu dire et (...) de ce qu'il aurait dit »⁴⁵⁵.

158. Cela paraît bien compliqué et même inutile quand est défendu le postulat qu'« *interpretatio cessat in claris* ». Cette doctrine du « sens clair » doit, pensons-nous, être nuancée avec fermeté. La thèse suivant laquelle un texte clair ne requiert pas d'interprétation suppose précisément un examen interprétatif préalable pour conclure à la clarté du texte ! Aussi, comme le faisait observer le procureur général Vicomte Dumon, « il est dès lors bien dangereux de décider ou de considérer que '*interpretatio cessat in claris*', c'est-à-dire qu'une loi dont le texte est clair et précis ne nécessite point interprétation et notamment recours aux travaux parlementaires »⁴⁵⁶ ; avant lui, le procureur général P. Leclercq avait forgé la célèbre

⁴⁵⁰ P. MAHILON, in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 570 à 571. Pour un examen plus détaillé, voir G. HANARD, « 'Interpretatio' et normes de droit privé sous la République et le Principat », in *L'interprétation du droit*, o.c., pp. 387 et s., et Ph. GODDING « L'interprétation de la 'loi' dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas Méridionaux », *ibid.*, pp. 444 et s.

⁴⁵¹ Pour un essai sur cette notion, voir W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux », discours prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle du 1^{er} septembre 1970 de la Cour de cassation, *Pas.*, 1970, I, pp. 39 et s.

⁴⁵² J. BOULANGER, 1956, *Droit civil*, I, n^o 2 à 7, p. 52 à 57.

⁴⁵³ C. jud., art. 2 : « Les règles énoncées dans le présent code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des *principes de droit* dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code ».

⁴⁵⁴ P. DELNOY, o.c., n^o 22, pp. 94 à 95.

⁴⁵⁵ X. DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, E. Story-Scientia, Kluwer, Diegem, 1996, n^o 90, p. 31.

⁴⁵⁶ F. DUMON, « La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 1975, *Bull. et Pas.*, 1975, p. 25. Pour des considérations proches de celle du procureur général Vicomte DUMON, voir proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur la révision

formule : « Le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second. Le texte est l'enveloppe de la chose essentielle : la pensée que l'auteur du texte a par celui-ci voulu exprimer. C'est la pensée, le contenu, qui enchaîne l'interprète et non le texte, le contenant »⁴⁵⁷.

159. La Cour interprète et défend des valeurs. PORTALIS disait : « la science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses privées »⁴⁵⁸ et « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail..., c'est au magistrat, pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... »⁴⁵⁹.

Ainsi, dans le régime constitutionnel des démocraties de type occidental, il revient au juge, dans le cas individuel qui lui est soumis, de dire le sens de la loi⁴⁶⁰, car il n'est pas « que la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁴⁶¹ (et au demeurant, il ne l'a jamais véritablement été).

Pourquoi donc, alors que les analystes avertis démystifient le mythe, en nuance certes mais fermement, celui-ci est reproduit comme un « whisfull thinking » ?

160. Que l'on ne s'y méprenne : le mythe n'a pas uniquement été entretenu par la présentation, trompeuse, d'une séparation des pouvoirs imperméable, interdisant au juge d'être plus qu'un mécanicien sacralisé de la subsumation juridique neutre, mais aussi par le corps professionnel des juges lui-même.

Lucien FRANCOIS, qui a lui aussi occupé les fonctions prestigieuses de professeur de philosophie du droit (notamment), de juge à la Cour constitutionnelle et de chef de cabinet adjoint d'un ministre de la justice, livre à cet égard un éclairage précis. Il écrit : « plus la liberté d'appréciation des juges est manifeste, moins la loi paraît sûre. Plus les juges laissent voir que tout se passe comme si les lois disaient ce qu'ils leur font dire, plus le respect du public pour la loi risque de diminuer, sans que ce respect se reporte sur le juge par qui le scandale arrive.

de la Constitution », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 1972, *Bull. et Pas.*, 1972.

⁴⁵⁷ P. LECLERCQ, conclusions avant Cass. 26 janvier 1928, *Bull. et Pas.*, 1928, I, 63, sp. 65.

⁴⁵⁸ PORTALIS, Exposé préliminaire du Code civil, in *LOCRE*, éd. belge, p. 159, n° 17.

⁴⁵⁹ PORTALIS, « Discours préliminaire », La législation civile, commerciale et criminelle de la France, in *LOCRE*, t. I^{er}, Paris, 1827, n° 9, p. 258.

⁴⁶⁰ Voir art. 144 et 145 Constitution (94). Il appartient au seul pouvoir législatif, par voie de loi dite interprétative, d'interpréter la loi sur un plan général.

⁴⁶¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier-Flammarion, Paris, t. I, 1979, p. 301. Le juge, d'abord et jusqu'à la fin du XIX^e siècle, porte-parole d'une loi réputée être l'expression parfaite de la volonté du peuple, puis progressivement interprète de celle-là pour mieux dégager ce que celle-ci aurait voulu comme solution dans l'espèce à examiner, se voit maintenant reconnaître « un réel pouvoir normateur » (J. LENOBLE, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge*, p. 141). Selon J. LENOBLE (o.c.) « le travail du juge n'est ni contraint par un conceptualisme rigide ni par un pur fonctionnalisme téléologique ou sociologique comme le pensaient maints réalistes ou partisans de l'École du droit libre de la première moitié du XX^e siècle ».

Le juge peut donc être tenté d'apparaître le moins possible comme ayant fait un choix personnel. Il cherche alors à imputer à la loi même le Principe de la décision qu'il prononce. Il lui faut d'autant plus trouver ailleurs qu'en lui-même de quoi se donner du poids que, s'il ne pesait que le sien propre, il ne paraîtrait pas justifier sa fonction ; en d'autres termes, il comprend, sauf s'il a la faiblesse de se surévaluer, qu'il ne sera respecté que s'il paraît respecter à son tour quelque chose d'autre que lui-même et ses options personnelles (...). La loi reste donc la référence la moins discutable et la plus sûre - surtout pour le juge suprême, celui qui statue en dernier ressort (...) -, quitte à la faire parler quand elle est muette. Le juge comprend d'ordinaire que puisqu'il prétend qu'on respecte la loi lorsqu'elle commande d'obéir à ses jugements (autrement dit la loi qui le fait juge, à défaut de laquelle il serait sans pouvoir), c'est aussi à la loi qu'il doit montrer le plus d'égards lorsqu'il essaye de justifier sa façon de juger, sous peine de paraître se dispenser d'un respect qu'il lui paraît tout naturel d'exiger d'autrui »⁴⁶². À méditer !

161. Ceci est tout particulièrement vrai dans la tradition du juge révolutionnaire français, serviteur et bouche de la loi, alors que dans la tradition anglo-américaine le juge, souvent unique, est le « *trouble shooter* », le « *pacemaker* » armé d'une « *case-law* ».

À l'instar de nos juges de paix, à propos desquels il est admis qu'ils tranchent le conflit de proximité plus par le bon sens que par des solutions alambiquées trouvant leur source dans des lois complexes, le juge anglais et surtout le juge d'outre-Atlantique est nettement plus libre dans la résolution des conflits par la recherche d'une solution « juste », fondée sur un consensus social. La circonstance que bon nombre d'entre eux soient élus sur la base de leur programme « justice », à l'occasion d'élections politiques en vue du renouvellement de fonctions exécutives dans le comté ou les États fédérés ou de petites et grandes assemblées parlementaires, crée une proximité avec le politique. Ainsi, l'un dans l'autre, le « *judge* » ou le « *chief justice* » bénéficie d'une légitimité lui permettant d'être accepté comme un citoyen régulateur dont la référence n'est pas la Bible (et encore...) mais le « *common sense* » et l'œuvre jurisprudentielle de ses collègues. Il est un juge politique !

162. Lorsque le juge (belge) vient au secours du législateur en sa qualité de gardien non seulement de la Loi mais aussi du Droit, viole-t-il le principe de la séparation des pouvoirs et met-il en péril son indépendance et son impartialité ? Je ne le pense pas, pour autant que l'on garde ceci à l'esprit.

D'abord, quant au principe de la « séparation des pouvoirs », nous avons vu précédemment qu'il « ne constitue pas une répartition stricte des domaines législatifs, exécutifs et juridictionnels, comportant des frontières qui traceraient des limites infranchissables. Il s'agit plutôt d'un ensemble fonctionnel dans lequel ces trois acteurs ont des tâches et des missions spécifiques mais qui sont marquées par une grande interactivité, une réelle complémentarité

⁴⁶² L. FRANÇOIS, *Le temps des Tempêtes, Essai de microscopie du droit*, 2^{ème} éd., Bruylant, LGDJ, 2012, n° 169.

et l'impérieuse nécessité de faire preuve de respect, d'écoute et d'ouverture réciproques »⁴⁶³.

Ensuite, si le législateur peine à trouver les formules adéquates pour réagir ou agir à bref délai, dans l'intérêt du bien commun, aux évolutions techniques, économiques et sociales, obligeant le juge à combler ces déficits, encore ce dernier doit-il s'abstenir de « faire de la politique ».

En ferait-il, alors il ne fait de doute à mes yeux qu'il mettrait en péril son indépendance et son impartialité, sans parler du fait qu'il mettrait à mal la déontologie de son corps professionnel !

Cette mise en garde vise à empêcher que le juge « fasse de la politique ». Mais quand est-ce le cas ?

Paragraphe 2.- Les fonctions juridictionnelles (judiciaires) sont des fonctions politiques dans la Cité (Politeia)

163. Quand il est dit aujourd'hui que le juge européen continental est bien un « décideur politique », reconnaissant de la sorte, du moins en apparence, à la fonction de juger un contenu qui se démarque de son acception usuelle en droit romano-canonique, est-ce bien de l'« action politique » rappelée dans la section précédente, et qui fut donc de tout temps inhérente à la fonction de juger, que l'on nous entretient ?

Ou, au contraire, ces propos font-ils le constat d'une autre réalité, plus « politique » encore (peut-être tout aussi ancienne d'ailleurs) : *Politikè*?⁴⁶⁴

En tout état de cause, il semble certain que, sans remettre en cause les constats de l'« action politique » exercée au travers de la subsumation nourrie d'interprétations créatrices (*Politeia*), il est interdit au juge de « faire de la politique » partisane au travers de ses décisions judiciaires, au sens de *Politikè*.

Mais la frontière entre le *Politeia* et le *Politikè* paraît parfois bien tenue.

Et si d'aventure le juge pratiquait plus souvent qu'il n'y paraît un amalgame des deux, comment en serait-on arrivé là ?

164. Pour tenter de rester dans la synthèse, nous puiserons les réponses à cette question essentiellement dans l'étude passionnante que Messieurs Lucien FRANCOIS et Nicolas THIRION ont consacrée au « Juge en politique »⁴⁶⁵, en nous livrant avant tout une définition.

⁴⁶³ A. POTOCKI, « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in *La semaine juridique*, supplément au n° 41 consacré aux « États généraux de la justice civile – Réflexions à partir du rapport Sauvé », Colloque du 15 septembre 2022, n° 7, p. 18.

⁴⁶⁴ L. DUMOULIN, pour savoir si « Les juges sont-ils des décideurs politiques ? » (in Les juges : décideurs politiques) se tourne vers la langue anglaise, et rappelle que « le politique déborde la politique », de sorte que la langue anglaise distingue *politics*, *policy* et *polity*.

⁴⁶⁵ L. FRANCOIS et N. THIRION, « Les juges dans la politique », in Les juges : décideurs politiques ? – Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction, *o.c.*, p. 53 et s.

Ces auteurs recourent à la notion de « gouvernementalité », conceptualisée par le philosophe Michel FOUCAULT⁴⁶⁶, et qui consiste à « conduire les individus tout au long de leur vie en les plaçant sous l'autorité d'un guide responsable de ce qu'ils font ou de ce qui leur arrive »⁴⁶⁷, pour définir le pouvoir politique dans l'État contemporain. Dans cette gouvernementalité, « l'État s'immisce beaucoup plus dans les relations sociales (...), s'inscrivant dans la continuité du pastorat ecclésiastique que le christianisme avait progressivement perfectionné grâce à l'idée de gouvernement des âmes »⁴⁶⁸. À partir du XVII^e siècle, ce thème pastoral serait passé dans la sphère proprement politique au point de voir l'État moderne devenir une structure vouée à la permanence ; « l'objet du pouvoir, c'est désormais l'État ; son objectif, la prospérité croissante de l'État »⁴⁶⁹. C'est à ce moment qu'émerge la « raison d'État » et que l'on passe « à un art de gouverner dont la rationalité a ses principes et son domaine d'application mêmes dans l'État »⁴⁷⁰. Et « en vue d'assurer cette expansion et cette prospérité croissantes de l'État, ceux qui en ont la charge doivent donc orienter, contrôler, superviser, le cas échéant sanctionner les comportements des sujets formant sa population, afin d'atteindre les objectifs jugés nécessaires à la consolidation constante de l'organisation étatique. La gouvernementalité politique consiste donc, désormais, en un art de conduire des conduites. Il s'agit d'obtenir, de façon beaucoup plus systématique qu'auparavant, des comportements déterminés des sujets »⁴⁷¹.

Telle est, pour la suite du propos, la définition de l'activité politique exercée par le pouvoir éponyme. Elle se résume, nous paraît-il, à nouveau davantage à une activité ressortissant du concept de *Politeia* que du *Politikè*.

165. Ces comportements sont obtenus de différentes façons, qui peuvent le cas échéant être combinées : persuasion, conditionnement, pression⁴⁷². La troisième technique – la pression étatique – emprunte régulièrement le vecteur juridique, produisant des « injonctions accompagnées d'un dispositif de pression par menace de sanction »⁴⁷³. Il s'ensuit une trilatérale : « les uns commandent, les autres obéissent (ou doivent obéir) et les troisièmes *font obéir* »⁴⁷⁴. Par conséquent, si la production d'injonctions assortie d'un dispositif de pression par menace de sanctions est une forme de gouvernementalité, c'est-à-dire d'exercice du pouvoir politique, alors commander et faire obéir en fait aussi partie⁴⁷⁵.

Dans cette acception de la notion de pouvoir politique, les juges, à l'instar du législateur ou des autorités administratives, exercent un pouvoir politique ! « Organes de l'État, les juges

⁴⁶⁶ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, coll. Hautes études, Gallimard/Seuil, 2004.

⁴⁶⁷ M. FOUCAULT, *o.c.*, p. 373.

⁴⁶⁸ L. FRANÇOIS et N. THIRION, *o.c.*, p. 65

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *O.c.*, p. 67.

⁴⁷⁴ *Ibid.* ; voir également, L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes*, *o.c.*, n° 162.

⁴⁷⁵ *O.c.*, p. 68.

exercent donc des fonctions éminemment politiques ; plus exactement : les fonctions juridictionnelles *sont* des fonctions politiques »⁴⁷⁶.

Résumons-nous : le droit, qui a pour objet l'organisation harmonieuse du vivre-ensemble dans une société moyennant des règles et des structures idoines, est, par nature, politique. Quand le juge applique le droit voire participe à sa formation, il exerce une action politique.

Mais, ce faisant, il ne fait pas « de la politique », dans l'acception que nous avons retenue à l'entame de cette section.

Paragraphe 3.- Façonnement de la fonction juridictionnelle par la logique de marché : Ordolibéralisme et Rechtstaatlichkeit

166. Ce qui précède n'explique toutefois pas nécessairement en soi le succès du juge contemporain continental, sorte d'antibiotique juridictionnel à (très) large spectre. L'expansion de son action est pluridirectionnelle, pluridisciplinaire et multimédiale.

Comment en est-on arrivé là ?

L. FRANÇOIS et N. THIRION proposent trois explications : (i) les avatars d'une démocratie d'opinion, (ii) le développement d'instances de type juridictionnel à dimension politique et (iii) le triomphe de l'« ordolibéralisme ».

(i) Sur le continent, la démocratie d'opinion « conduit les responsables politiques perçus immédiatement comme tels (en particulier, les ministres et parlementaires) à ne pas intervenir ou à intervenir a minima, là où les sondages d'opinion, la pression médiatique ou les échéances électorales les incitent à une prudence qui peut aller jusqu'à la lâcheté. (...) En d'autres termes, si les juges prennent une place plus importante qu'auparavant, c'est que, en toute conscience, les autres pouvoirs préfèrent parfois se défausser sur eux de leurs responsabilités »⁴⁷⁷.

(ii) S'ajoutent l'essor dans l'après-Seconde Guerre mondiale de nouvelles instances de type juridictionnel, investies d'une mission para-législative, qu'elles soient constitutionnelles, comme en Belgique, ou supranationales, telles la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne.

(iii) Plus fondamentale sans doute est l'influence de l'« ordolibéralisme »⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *O.c.*, p. 70.

⁴⁷⁸ Cette dénomination accolée aux néo-libéraux allemands est un dérivé de leur revue ORDO (sous-titre allemand : *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*), fondée en 1948 par des économistes d'outre-Rhin. L'ordolibéralisme (*Ordoliberalismus* en allemand) est un courant de pensée libéral défendant la thèse que la mission économique de l'État est de créer et de maintenir un cadre normatif permettant la concurrence libre et non faussée entre les entreprises. Ses origines remontent aux années 1920, s'opposant tant au national-socialisme qu'au marxisme. L'ordolibéralisme est l'armature intellectuelle à la base du « miracle économique ouest-allemand ».

167. Je n'insisterai pas spécialement sur les deux premiers points, encore qu'ils pèsent dans l'évolution de la fonction juridictionnelle judiciaire.

Il ne fait guère de doute que là où le législateur faiblit, le pouvoir du juge s'accroît. L'élargissement de son intervention n'est pas l'expression d'une volonté précise d'installer un « gouvernement des juges » mais la suite de choix (ou plutôt de non-choix) opérés par le pouvoir politique.

Par ailleurs, il ne fait pas davantage de doute, comme l'a aussi pointé le Rapport POTOCKI⁴⁷⁹, que « l'eupéanisation et la constitutionnalisation du droit » ont renforcé cette dynamique. Le juge national étant vigoureusement invité, par des instruments conventionnels et des juridictions supranationales, en particulier la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Cour européenne des droits de l'homme, à mettre en balance différents droits et à faire précéder sa décision d'un examen de proportionnalité de la règle au regard du but qu'elle est censée atteindre, comment ne pas admettre qu'il se mette à arbitrer la validité de normes « pratiques » au regard de valeurs universelles « dématérialisées », quitte à écarter les premières en raison d'une violation qu'il voit des secondes ?

168. En francophonie, les travaux de FOUCAULT sur le néo-libéralisme allemand⁴⁸⁰ ont mis en évidence ce que la construction européenne doit à ce dernier, à commencer par le Traité de Rome de 1957, ses révisions et, par ricochet, les systèmes juridiques nationaux impliqués⁴⁸¹.

Les ordolibéraux, « ne veulent pas d'un simple 'gouvernement économique' ; ils plaident au contraire en faveur d'un 'gouvernement de société' qui mène une politique de régulation et de fonctionnement de toutes les relations sociales. Cette *Gesellschaftspolitik* aboutit à deux

⁴⁷⁹ André POTOCKI, conseiller honoraire à la Cour de cassation de France et ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, a présidé à la rédaction du volumineux rapport de la *commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030>.

⁴⁸⁰ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, Cours du Collège de France 1978-1979*, coll. Hautes études, Gallimard/Seuil, 2004. À propos de cette notion, voir l'approche de M. CADELLI, qui y voit un totalitarisme : *La légitimité des élus & l'honneur des juges*, éditions SAMSA s.p.r.l., Bruxelles, 2022, p. 204 et s. La notion et ce qu'elle véhicule ne se lassent pas d'être questionnés : voir J.-P. CHAZAL, *Le néolibéralisme : un projet d'endiguement de la démocratie*, in *Dalloz*, 2023, Éditorial, p. 497, contra J.-Ph. FELDMAN, 'Néolibéralisme' ou antilibéralisme ? in *Rec. Dalloz*, 2023, Éditorial, p. 1169. Et pour d'autres, convaincus « de la nécessité d'un État renforcé », « l'ordolibéralisme peut nous offrir les règles du jeu capables d'accompagner concrètement la mutation de notre société » ; telle est l'opinion de P. WARNIER, publiée dans *La Libre* du 29 décembre 2020 (p. 31), selon qui « pour les ordolibéraux, l'État doit ordonner et réguler l'activité économique mais il doit aussi veiller à moraliser la vie économique ».

⁴⁸¹ Il est difficile de ne pas voir à quel point ce concept d'économie de marché teinte discours et actions des régulateurs européens : libéralisation des politiques économique (publiques) moyennant, notamment, la suppression des monopoles publics ; voir à cet égard N. THIRION (dir.) *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier ; *id*, « Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie de marché », Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 2002, spéc. pp. 145 et s. Cette avance continue doit aussi beaucoup à l'influence du néolibéralisme anglo-américain et à la circonstance que les nouvelles démocraties de l'Est, qui ont rejoint l'Union européenne, bénéficièrent, juste après la chute du rideau de fer, de programmes de formation et de soutien financier en provenance des États-Unis, notamment de l'American Bar Association.

conséquences majeures : d'une part, le modelage de toutes les relations sociales sur la structure de l'entreprise ; d'autre part, la revalorisation du rôle institutionnel et juridique dans la diffusion du modèle de l'entreprise. D'emblée, extension de la logique de marché et accroissement du rôle des juges se trouvent ainsi associés »⁴⁸². En effet, favoriser l'application d'un tel modèle à tous les rouages, économiques, non-économiques et étatiques, conduit inévitablement à en accroître le potentiel de conflits voire d'inégalités. D'où la nécessité de se pencher sur des mécanismes régulateurs et de définir les règles du jeu.

Les ordolibéraux pensent l'avoir trouvé dans le concept de « *Rechtsstaat* » (l'État de droit). Ce concept, né en Allemagne à la fin du XVIII^e siècle, définit un régime qui s'oppose à l'antilibéralisme du « *Polizeistaat* » (l'État policier). Il s'agit au départ d'une réflexion sur la hiérarchie des normes, leurs interactions et leurs subordinations respectives. À l'inverse du *Polizeistaat*, où la loi et ses instruments d'exécution s'entremêlent, au point de faire de l'autorité administrative tatillonne, source de multiples *Verordnungen* (règlements), le législateur ordinaire, le *Rechtsstaat* est le règne de la loi à laquelle règlements et actes administratifs individuels sont subordonnés. S'y ajoute ultérieurement la conscience que l'effectivité de ces subordinations, expressions d'une subordination des pouvoirs répartis entre les organes de l'État, rend nécessaire la possibilité pour le citoyen d'en appeler au juge. Ainsi, hiérarchie des normes, soumettant l'État au règne de la Loi, et contrôle juridictionnel forment l'essence du *Rechtsstaat*.

169. L'effondrement de l'Union soviétique, la chute du mur de Berlin et la nécessité de remédier sans délai à l'émergence d'un vide juridique et de pouvoir dans les pays communistes d'Europe centrale et orientale qui constituaient le bloc de l'Est, ont incité le Conseil de l'Europe à agir. Alors que l'Union européenne a éprouvé de grandes difficultés à élaborer un plan d'urgence rapide, à grande échelle et structuré visant au renforcement de la démocratie, le Conseil de l'Europe a pris l'initiative en la matière (à l'instar de l'*American Bar Association*, qui est passée à l'action encore plus rapidement).

Un programme a dès lors été élaboré par des groupes de travail informels relevant du Conseil de l'Europe, puis par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), officiellement créée en son sein en 2002⁴⁸³. L'objectif poursuivi était de mettre en place la démocratie dans les quelque 50 États membres et de promouvoir une Europe juste et respectueuse des droits de l'homme consacrés par la Convention, en particulier en ses articles 5 (droit à la liberté et à la sécurité), 6 (droit à un procès équitable), 13 (droit à un recours effectif) et 14 (interdiction de la discrimination).

À cette fin, le Conseil de l'Europe et la CEPEJ ont, respectivement, répertorié les normes de qualité en matière de travail judiciaire et formulé des recommandations quant aux manières d'assurer un équilibre entre justice et efficacité. À cette fin, il était notamment nécessaire de voir les autorités judiciaires de ces pays se transformer en tribunaux indépendants et

⁴⁸² L. FRANÇOIS et N. THIRION, *o.c.*, p. 72.

⁴⁸³ Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ/ ECEJ), *Res(2002)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe*.

impartiaux. La création d'un « Conseil judiciaire », à savoir un organe partiellement autonome, semblait également constituer un moyen adéquat d'atteindre cet objectif. Les recommandations ainsi élaborées sont ensuite presque toutes devenues des critères à respecter, en matière de « gouvernance démocratique », par les candidats à l'adhésion à l'Union européenne au fur et à mesure de l'élargissement de celle-ci.

170. Le modèle sur lequel est basé le Conseil de l'Europe repose en grande partie sur les concepts du New Public Management (NPM), issu du monde de l'industrie privée anglo-saxonne puis appliqué aux services publics dans les années 1980, avant d'être exporté vers le continent.

L'objectif poursuivi par le NPM est d'obtenir une production plus rapide, plus rentable et plus élevée à l'aide de ressources égales ou réduites. Le NPM tente de résoudre deux problèmes : (i) le contrôle du personnel, en dehors du processus de production, dans des domaines sensibles qui voient des cadres exécuter des tâches complexes dans l'intimité de leur bureau ; (ii) l'amélioration de la qualité des produits/services par l'optimisation de l'organisation de l'unité de production/du prestataire de services, l'amélioration des processus de production (ISO, etc.) et l'amélioration du produit. À cette fin, plusieurs outils sont indispensables : des indicateurs pour codifier les processus à contrôler et permettre ainsi la comparaison des résultats ; les indicateurs conduisent à des valeurs moyennes qui peuvent être utilisées comme « points de référence » et constituent alors un outil de contrôle important pour le comportement du personnel ainsi qu'un objectif guidant l'allocation des ressources ; le respect de l'objectif à l'aune de tels points de référence doit être contrôlé par des audits systématiques et, si nécessaire, assuré par un « coaching ».

Dans le service public, y compris au sein du pouvoir judiciaire, le NPM est synonyme de tentative de transformer le service - tel que les décisions de justice - en un produit industrialisé par le biais de processus administratifs et de procédures de contrôle standardisés⁴⁸⁴.

171. Il est difficile de ne pas voir à quel point ce concept de l'économie de marché a teinté, et le fait encore, les discours et actions des régulateurs européens, quels qu'ils soient : Conseil européen, Commission, Parlement, Cour de Justice. Les mots d'ordre sont : libéralisation des politiques économique (publiques) moyennant, notamment, la suppression des monopoles publics⁴⁸⁵.

Il n'est toutefois pas certain que ce néolibéralisme economicopolitique, auquel s'adonnent les instances européens, soit encore bien présent dans l'esprit des pères fondateurs de l'ordolibéralisme.

⁴⁸⁴ Pour un aperçu critique, A-L SIBONY, *Quelles leçons tirer des expériences étrangères ?*, in *Evaluer la justice*, Paris, P.U.F., 2002, p. 77 et s., spéc. pp. 86-87.

⁴⁸⁵ V. N. THIRION (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier ; *id*, « Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie de marché », Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 2002, spéc. pp. 145 et s.

Quoi qu'il en soit, ces mutations étaient nécessairement appelées à se répercuter sur le juridictionnel, y compris au niveau national. Le juge, autorité politique mais auréolé d'un statut spécifique inspirant confiance, est mis à contribution, doit davantage arbitrer, là où les autres pouvoirs sur-régulent où, au contraire, s'effacent.

172. Se posant la question de savoir, si la justice est un pouvoir dans la démocratie, quelle est alors sa nature, Dominique ROUSSEAU donne la réponse suivante : d'une part « une mesure ou un équilibre dans l'exercice des pouvoirs » et, d'autre part, « une mesure ou un équilibre dans l'élaboration de la norme »⁴⁸⁶.

Si l'on part de l'idée que de nos jours le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont soudés l'un à l'autre, de sorte que le second n'est plus cantonné au rôle que la trias *politica* constitutionnelle à la Montesquieu lui assigne, et donc n'est plus le Pouvoir qui arrête l'autre Pouvoir, qui d'autre alors peut encore les arrêter, les contrebalancer, forger des équilibres ?

Sans l'avoir vraiment demandé, le Pouvoir judiciaire est celui-là.

Et, en ce qu'ils participent à la « normativisation des énoncés juridiques »⁴⁸⁷, les juges « apportent une temporalité qui est gage de mesure ». ROUSSEAU développe ce propos, auquel nous adhérons pleinement, en ces termes : « notre société, dit-on, est une société de vitesse. Le Parlement délibère de plus en plus vite, de plus en plus mal, et par conséquent il faut là aussi des institutions d'équilibre, des institutions de la lenteur ; la tortue gagne le lièvre ; c'est la lenteur qui permet des décisions raisonnées. Parce que la temporalité introduit la possibilité et l'espace de la réflexion pour décider du sens à donner à tel ou tel mot. Les juges apportent encore la proximité. Quand un juge donne un sens au mot de la loi, il le fait toujours à partir d'une affaire concrète avec des personnes réelles. Le législateur, lui, n'a personne devant lui, il a un être abstrait, il pose des mots de manière générale et abstraite, la loi est générale et impersonnelle. À l'inverse, le devoir du juge est de régler le cas particulier qui est posé devant lui et par conséquent il doit avoir une approche de proximité pour exercer ce travail d'attribution d'un sens aux mots du droit. Réflexivité et proximité sont les deux qualités propres à la justice qu'on ne retrouve ni dans l'exécutif ni dans le législatif, qui obéissent à d'autres qualités et qui font que de la justice un pouvoir démocratique »⁴⁸⁸.

Nous ne pouvons que conclure avec André POTOCKI : « Les juges doivent être conscients de l'ampleur des nouveaux pouvoirs qui leur sont dévolus. Tout en assumant pleinement leur rôle de protection de l'état de droit et des libertés fondamentales, il leur appartient de mettre ces pouvoirs en œuvre avec la sagesse et la mesure nécessaires pour assurer, autant que faire se peut, la sérénité de leurs relations avec les institutions politiques. Au cœur de la constellation complexe des sources du droit, dans les limites de leurs missions, il leur revient

⁴⁸⁶ D. ROUSSEAU, « De la justice pouvoir d'État à la justice pouvoir de la démocratie ? » in *Le Conseil supérieur de la Justice : stop ou encore ?*, o.c., CADELLI (dir.), Collection de l'ASM, Anthémis, 2016, p. 45.

⁴⁸⁷ *Id.*, p. 46. Voir aussi supra, chap. II, sec. 4, § 1^{er}.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 47.

d'agir en co-responsables de la démocratie, qu'ils doivent animer et protéger avec les pouvoirs exécutif et législatif »⁴⁸⁹.

CHAPITRE III.- DU JUGE « POLITIQUE » AU JUGE « GESTIONNAIRE » - JUDICIAL SELF-GOVERNMENT DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

Introduction - Judicial self-government dans l'ordre juridique belge

173. Il reste maintenant à se pencher sur la question de savoir dans quelle mesure cette philosophie politico-économique, consistant à modeler l'ensemble des relations sociales sur la structure de l'entreprise et de la logique du marché, a non seulement entraîné l'extension du rôle des juges associés à ce plan de société mais explique aussi la réorganisation du fonctionnement de l'organisation judiciaire avec des juges « politiques » appelés à devenir des gestionnaires d'unités de production judiciaire.

L'analyse menée au Chapitre 1^{er} montre que l'indépendance judiciaire ne détermine pas seulement le statut personnel d'un magistrat, mais caractérise également les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs étatiques. Plusieurs mécanismes constitutionnels sont appelés à protéger l'indépendance de ce pouvoir étatique qu'est le pouvoir judiciaire, à savoir le principe de légalité, l'interdiction des tribunaux et commissions extraordinaires et la création, par la Constitution même, de juridictions.

174. Les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs étatiques ne sont pas seulement caractérisées par ces principes constitutionnels classiques. À la suite d'une évolution relativement récente, elles le sont également par le principe de *judicial self-government* (auto-régulation judiciaire). En vertu de celui-ci, les décisions concernant le pouvoir judiciaire et ses membres - telles celles concernant la nomination, la discipline et la promotion des juges - sont de plus en plus souvent prises par des organes composés au moins en partie de juges⁴⁹⁰.

Il est généralement admis que cette évolution vers le *judicial self-government* contribue tout d'abord à l'indépendance judiciaire (par exemple, en permettant au pouvoir judiciaire de jouer un rôle dans les décisions relatives à la carrière des juges). De cette manière, le *judicial self-government* s'inscrit facilement dans une « logique traditionnelle de séparation des pouvoirs », étant ainsi soulignée la nécessité de protéger le pouvoir judiciaire des pressions extérieures (section 1).

Mais les implications du *judicial self-government* sont plus étendues. Comme nous l'avons mentionné, les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs étatiques ne sont pas uniquement marquées par l'indépendance du pouvoir judiciaire : des liens

⁴⁸⁹ A. POTOCKI, *o.c.*, n° 19, p. 21. Sur « les nouveaux superpouvoirs du juge de l'exécution en droit de la consommation », G. POISSONNIER, in *Rec. Dalloz*, 23 juin 2023, n° 23, 1162.

⁴⁹⁰ D. KOSAR, « Beyond Judicial Councils : Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe », *German Law Journal* 2018, 1571 ; M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, 3-24.

d'interdépendance existent entre ces pouvoirs étatiques, un équilibre étant recherché entre autonomie et coopération. Le *judicial self-government* peut également contribuer à l'émergence de telles relations plus complexes d'interdépendance, notamment en permettant au pouvoir judiciaire de jouer un rôle, d'une manière ou d'une autre, dans des domaines traditionnellement réservés à l'exécutif, comme l'est par exemple la gestion du pouvoir judiciaire (section 2).

Section 1^{ère}.- Domaines traditionnels de coopération - Nominations judiciaires et discipline - Déplacement du centre de gravité opérationnel

Paragraphe 1^{er}.- Nomination judiciaire – Rôle du CSJ

175. Comme déjà indiqué, les juges sont nommés par le pouvoir exécutif. Ainsi en a décidé le Congrès national, après quelques discussions, au moment où la Constitution a été établie⁴⁹¹. Ce procédé de nomination était considéré comme « moderne » et comme protégeant mieux les juges contre les pressions extérieures que d'autres solutions telles que l'élection par le peuple⁴⁹².

À l'origine, il a été décidé de conférer au Roi une liberté absolue pour les nominations aux « échelons inférieurs » de la pyramide judiciaire (juges de paix, juges du tribunal de première instance). S'agissant des juridictions hiérarchiquement supérieures (cours d'appel, Cour de cassation) et des (vice-)présidents du tribunal de première instance, le Roi était appelé à choisir parmi les candidats provenant de deux listes. L'une était établie par la cour concernée et l'autre était présentée soit par les conseils provinciaux et le Conseil de Bruxelles-Capitale pour les cours d'appel soit, alternativement, par la Chambre et le Sénat pour la Cour de cassation⁴⁹³. Ce faisant, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire conservaient une certaine influence sur les nominations aux plus hautes fonctions judiciaires⁴⁹⁴.

Progressivement, le centre de gravité de la décision de nomination s'est déplacé du Roi vers les partis politiques, les diverses nominations faisant l'objet d'une répartition entre les familles politiques⁴⁹⁵. Cette manière de procéder fut légitimée par l'argument selon lequel le pouvoir judiciaire se doit de refléter la société pluraliste dans son ensemble⁴⁹⁶.

Mais ce système de nomination a ensuite été remis en question pour la raison que, dans les années 70 et 80 du siècle dernier, les candidats ayant fait l'objet d'une nomination ou d'une

⁴⁹¹ E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique (1830-1831)*, II, 236-237.

⁴⁹² O. ORBAN, *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, II, Liège, Dessin, 1908, 619.

⁴⁹³ Ancien art. 99 de la Constitution.

⁴⁹⁴ M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 6, n° 14.

⁴⁹⁵ Voir P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 4, n° 6 ; P. TAELEMAN, « De toegang tot de magistratuur », in X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, die Keure, 2020, 168.

⁴⁹⁶ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 1995, 253 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 4-5, n° 6.

promotion n'étaient pas toujours les plus adéquats⁴⁹⁷. Sans surprise, le système en vigueur a conduit à une politisation de la magistrature à laquelle les décideurs politiques, confrontés à l'affaire Dutroux, ont entendu mettre fin par ledit « accord Octopus » de mai 1998, alors qu'une étape importante en ce sens avait déjà été franchie en 1991⁴⁹⁸.

176. Dans le prolongement de cette réforme, l'article 151 de la Constitution a été substantiellement modifié de manière à rendre la politique de nomination et de promotion au sein du pouvoir judiciaire plus objective. Certes, les juges des différents cours et tribunaux sont toujours nommés par le Roi, mais ils le sont désormais sur proposition motivée de la Commission de nomination et de désignation (CND) compétente du CSJ, dont l'existence, résultant de l'accord Octopus, se trouve consacrée à l'article 151 de la Constitution⁴⁹⁹.

Il s'agit d'un organe *sui generis*, qui ne peut être rattaché à l'un des trois pouvoirs étatiques et qui, dans l'exercice de ses compétences, doit veiller au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire, tout en respectant son indépendance⁵⁰⁰. L'objectif est de placer le CSJ au centre d'un dialogue entre la magistrature et les décideurs politiques et d'ainsi établir un lien entre les différents pouvoirs⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt », *R.W.* 1973-74, 123-127 ; M. STORME, « De achterkant van het gerecht. Kanttekeningen bij een openingsrede », *R.W.* 1973-74, col. 457-459, n° 12-15 ; R. DE CORTE et B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht*, Gent, Larcier, 2011, p. 268, n° 747.

⁴⁹⁸ La loi du 18 juillet 1991 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la formation et au recrutement des magistrats a constitué un premier pas important en direction de nominations de magistrats plus objectives. Cette loi, qui prévoyait deux voies d'accès à la magistrature (l'examen donnant accès au stage judiciaire et l'examen d'aptitude professionnelle), s'inspirait du rapport établi en 1976 par un groupe de travail dirigé par le procureur général à la Cour cassation KRINGS (E. KRINGS, *De opleiding en de recrutering van magistraten*, Bruxelles, Ministre de la Justice, 1976, 130 p.). La magistrature « politisée » : un bien étrange reproche ! Que fallait-il en déduire sur le terrain ? Des décisions partisans, partiales, etc. ? Les accusateurs sont restés en défaut de le démontrer. Ce n'est pas le moindre des paradoxes que ceux-là même qui nommaient criaient à la scandaleuse « politisation » de la magistrature et étaient les mêmes qui reprochaient aux juges et procureurs leur posture « du devoir d'ingratitude » une fois nommé ! Pour une analyse du contexte, voy. Chr. MATRAY, C. MATRAY, *Le chagrin des juges-Essai sur une crise exemplaire*, Ed. COMPLEXE, 1998.

⁴⁹⁹ La création du CSJ a été achevée par la loi du 22 décembre 1998 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la Justice, la nomination et la désignation de magistrats et instaurant un système d'évaluation pour les magistrats. Le CSJ est devenu opérationnel le 1^{er} janvier 2000.

⁵⁰⁰ *Doc. Parl.* Chambre 1997-98, 1675/1, 5. Le fonctionnement du CSJ a fait l'objet de l'arrêt *Loquifer* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 20 juillet 2021, *Loquifer c. Belgique*), dans lequel la Cour a conclu à la violation du droit d'accès à un tribunal, consacré par l'article 6 de la Convention, au motif de l'impossibilité d'introduire recours judiciaire contre une décision par laquelle l'assemblée générale du CSJ suspend l'un de ses membres. M. LELOUP identifie deux options permettant de satisfaire à cette jurisprudence : (i) adapter la procédure interne au CSJ pour rendre celle-ci conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention et permettre de considérer le CSJ comme un « tribunal », ou (ii) faire en sorte que certaines décisions du CSJ, telles que la suspension de ses membres, puissent faire l'objet d'un recours devant une instance judiciaire. (M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 6, note 26).

⁵⁰¹ X. DE RIEMAECKER, « De Hoge Raad voor de Justitie », in X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, die Keure, 2020, 14 ; M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 6, note 17.

La composition du CSJ est garante d'un tel dialogue. Il se compose d'un collège néerlandophone et d'un collège francophone, comptant tous deux un nombre égal de membres, répartis entre la CND et la commission d'avis et d'enquête (CAE). Un équilibre est également assuré entre membres issus de la magistrature et membres extérieurs à celle-ci par le biais de l'article 151, § 2, de la Constitution, conformément auquel les collèges francophone et néerlandophone doivent être composés paritairement, d'une part de magistrats du siège et du parquet directement élus par leurs pairs, d'autre part de membres désignés par le Sénat.

177. Le Roi nomme les magistrats sur présentation motivée de la CND compétente, qui statue sur cette présentation à la majorité des deux tiers, conformément aux modalités déterminées par l'article 259ter du Code judiciaire et après examen de la compétence et l'aptitude des candidats⁵⁰². En cas de nomination en qualité de conseiller auprès d'une cour d'appel, d'un tribunal du travail ou de la Cour de cassation, les assemblées générales concernées de ces juridictions émettent au préalable un avis motivé.

Le Roi peut uniquement nommer le candidat présenté par le CSJ⁵⁰³. Il n'appartient pas au Roi de substituer son propre avis concernant la capacité et l'aptitude du candidat présenté à celui de la CND⁵⁰⁴. Si le Roi refuse de nommer le candidat présenté (un tel refus devant nécessairement prendre la forme d'une décision motivée), une nouvelle présentation doit avoir lieu. À défaut de nouvelle présentation par la CND, la procédure doit être recommencée depuis le début et un nouvel appel aux candidats doit être publié au *Moniteur belge*⁵⁰⁵.

178. Il est manifeste que, par la création du CSJ, le centre de gravité du pouvoir décisionnel en matière de nominations judiciaires s'est déplacé du pouvoir exécutif à un organe composé paritairement de membres internes et externes à la magistrature, de sorte que l'influence du pouvoir judiciaire sur le processus de nomination (à supposer que les membres magistrats du CSJ se considèrent comme les représentants de ce pouvoir) s'est considérablement accrue⁵⁰⁶.

⁵⁰² Art. 151, § 4, Const.

⁵⁰³ C.E. 16 août 2001, *J.T.* 2001, 827. Voir également P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 6-7, n° 10.

⁵⁰⁴ C.E. 21 janvier 2002, *R.W.* 2001-02, 1606, note I. OPDEBEEK : « Considérant que, tel que la Constitution l'a elle-même conçu, ce système traduit l'intention de confier, dans une large mesure, la responsabilité de la nomination des juges et d'autres membres de la magistrature à un organe institué par la Constitution et composé, de manière paritaire, de membres du pouvoir judiciaire et de membres désignés par le pouvoir législatif, et que seul un rôle rectificatif est encore assigné au pouvoir exécutif, en ce sens que le Roi peut refuser à deux reprises de nommer l'unique candidat présenté et peut demander une nouvelle présentation ».

⁵⁰⁵ J. LAENENS et crts, *Handboek Gerechtig recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 204, n° 369 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », in *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, p. 7, n° 10 ; P. TAELMAN, « De toegang tot de magistratuur », in X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (eds.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, die Keure, 2020, 216 e.s.

⁵⁰⁶ M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 7, n° 19.

En contrepartie, le Roi (le ministre de la justice) paraît vouloir renoncer à son pouvoir en la matière au profit du CSJ, dont tout porte entretemps à croire qu'il agit dans l'autoperception d'être de facto l'organe de nomination⁵⁰⁷.

179. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁰⁸ et de la Cour de justice⁵⁰⁹, le simple fait qu'un juge soit désigné par le pouvoir législatif ou exécutif ne porte pas atteinte à son indépendance, à condition qu'il soit ensuite libre de toute forme d'influence ou de pression dans l'exercice de ses fonctions. Ces deux juridictions soulignent toutefois que la participation d'un autre organe (tel le CSJ) au processus de nomination peut rendre ce processus plus objectif, à la condition que cet organe soit lui-même indépendant et impartial⁵¹⁰.

La jurisprudence européenne n'impose pas de normes claires s'agissant de la composition d'un tel organe. Ainsi, la CJUE a considéré que la désignation de la majorité des membres d'une commission de sélection judiciaire par le parlement ne suffit pas à mettre en doute l'indépendance des juges nommés par celle-ci⁵¹¹. La composition actuelle du CSJ n'est donc pas problématique au regard des normes européennes en matière de droits de l'homme⁵¹².

Les récents développements qu'ont connus les deux divisions linguistiques et culturelles du CSJ, initialement unitaires, et devant l'obstination du CSJ de ne pas se mettre à l'écoute des critiques de (nombreux) chefs de corps, ont, selon nous, mis en lumière la nécessité d'entamer, de préférence au niveau parlementaire, une concertation visant à apporter, si besoin en est, un certain nombre de réformes.

Paragraphe 2.- Création des tribunaux disciplinaires

180. Les sanctions disciplinaires pouvant être infligées à un magistrat constituent l'expression la plus directe de la responsabilité judiciaire. Il existe une variété impressionnante de régimes disciplinaires en Europe, certains systèmes juridiques confiant l'ouverture et la

⁵⁰⁷ En vertu de l'article 259ter du Code judiciaire, « Dans un délai de quarante jours à compter de la demande de présentation, la commission de nomination communique la liste du candidat présenté et des candidats non présentés ainsi que le procès-verbal de la présentation au Ministre de la Justice par voie électronique contre accusé de réception. (...) (Si aucune présentation n'est communiquée dans le délai prescrit, le Ministre de la Justice peut, à partir du quarantième jour et jusqu'au cinquante-cinquième jour à compter de la demande de présentation, mettre en demeure la commission de nomination par voie électronique de faire une présentation. La commission de nomination dispose d'un délai de quinze jours à compter de l'envoi de la mise en demeure pour faire encore une présentation. » La Cour de cassation a été amenée à devoir activer cette disposition en demandant au ministre de la Justice d'agir en ce sens. Le ministre s'y est refusé par la justification que le CSJ était un organe indépendant. Argument singulier au vu du pouvoir que la loi lui reconnaît!

⁵⁰⁸ Voir par exemple CEDH 1^{er} décembre 2020, *Gudmundur Andri Astradsson c. Islande*, n° 207 ; CEDH 18 octobre 2018, *Thiam c. France*, n° 80 ; CEDH 20 novembre 2017, *Haarde c. Islande*, n° 105.

⁵⁰⁹ CJUE 2 mars 2021, C-824/18, *A.B. et crts (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, n° 122 ; CJUE 9 juillet 2020, C-272/19, *Land Hessen*, n° 54 ; CJUE 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 et C-625/18, *AK, CP et DO*, n° 133.

⁵¹⁰ CJUE 2 mars 2021, C-824/18, *A.B. et crts (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, n° 124-125 ; CEDH 21 avril 2020, *Anzelika Simaitiene c. Lituanie*, n° 82.

⁵¹¹ CJUE 9 juillet 2020, C-272/19, *Land Hessen*, n° 55-58.

⁵¹² M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 8, n° 22.

préparation d'un dossier disciplinaire à des membres du pouvoir judiciaire, alors que d'autres choisissent d'impliquer également des membres des pouvoirs politiques⁵¹³. La composition des collèges qui prennent la décision finale est tout aussi variée⁵¹⁴.

181. Avant la réforme de 2013, la discipline des magistrats en Belgique s'articulait autour de trois acteurs : le chef de corps, le Conseil national de discipline et la première chambre de la cour d'appel, de la cour du travail ou de la Cour de cassation.

Le chef de corps avait le pouvoir d'infliger des sanctions disciplinaires légères et devait saisir le Conseil national des faits passibles de sanctions disciplinaires lourdes. Le Conseil national de discipline était compétent pour prononcer en première instance la sanction lourde qu'était le retrait du mandat du chef de corps ou d'un mandat adjoint, et statuer sur les sanctions disciplinaires légères en appel. Lorsqu'il estimait qu'une autre sanction disciplinaire lourde était adéquate, l'affaire devait être renvoyée à la première chambre de la cour d'appel, de la cour du travail ou de la Cour de cassation et le Conseil national de discipline n'avait que le pouvoir de rendre un avis.

Le Conseil national de discipline, instauré par la loi de 1999⁵¹⁵, était un organe composé de cinq magistrats et de deux non-magistrats⁵¹⁶. Cette composition mixte était considérée comme protectrice des citoyens et permettait au pouvoir judiciaire d'échapper aux soupçons de corporatisme⁵¹⁷. Le législateur a volontairement opté pour une telle composition afin de favoriser la confiance du public envers l'institution⁵¹⁸.

182. En 2013, le législateur a décidé de revoir le système en profondeur dans le but de répondre aux critiques incessantes dénonçant l'inefficacité, le manque de transparence, la partialité et le manque d'indépendance des procédures disciplinaires menées à charge des magistrats⁵¹⁹. Le rôle confié au chef de corps, surtout, posait problème : le législateur craignait

⁵¹³ M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 14, n° 48.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Loi du 7 mai 1999 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le régime disciplinaire applicable aux membres de l'Ordre judiciaire, *M.B.* 30 juillet 1999. Voir à ce propos C. MATRAY, « Le nouveau régime disciplinaire des magistrats », *J.T.* 2000, 133-146.

⁵¹⁶ En 2004, la Cour d'arbitrage a déclaré non fondé un recours portant sur la composition de ce Conseil de discipline. La Cour avait été saisie par des greffiers, par des secrétaires de parquet et des membres du personnel de greffes, selon lesquels il était inopportun que le Conseil de discipline ne soit pas composé d'une majorité de leurs « pairs ». La Cour a souligné qu'il appartient au législateur de déterminer quelles autorités sont les mieux à même d'instruire et de statuer sur une plainte disciplinaire et que les requérants n'ont pas démontré en quoi leurs droits auraient été affectés par la situation dénoncée (C.A. 17 mars 2004, n° 39/2004, B.5.1. et B.5.5.).

⁵¹⁷ Proposition de loi modifiant le livre II, titre V, de la seconde partie du Code judiciaire, *Doc. parl.* Chambre 1998-99, 1942/1, 3 ; K. BROECKX, « Samenstelling van de Nationale Tuchtraad », in J. VAN COMPENOLLE et M. STORME (éds.) *La discipline des magistrats – het tuchtrecht voor magistraten*, Bruxelles, Kluwer, 2001, 83.

⁵¹⁸ B. MAES, « De keuze van de gepaste tuchtstraf voor een magistraat die bewust volhardt in het niet-tijdig uitspreken van vonnissen », *R.A.B.G.* 2010, 297.

⁵¹⁹ Proposition de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline, *Doc. Parl.*, Sénat 2010-11, 5-1067/1, 2-6 ; S. VERBIST, « Nieuw tuchtrecht voor magistraten. De wet van 15 juli 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht », *M.B.* 25 juillet 2013, *D&T* 2014, 143.

qu'il soit réticent à sanctionner une personne dont il se serait senti (trop) proche⁵²⁰. En quelque sorte, la discipline s'exerçait dans l'environnement immédiat de l'intéressé, l'impression étant ainsi suscitée que tout pouvait se régler « en toute discrétion »⁵²¹.

Parallèlement, l'intention était de mettre fin à la fragmentation institutionnelle du droit disciplinaire. Il a été décidé de créer quatre tribunaux disciplinaires non permanents (un francophone et un néerlandophone, tant au premier degré de juridiction qu'en appel)⁵²². L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été déclaré applicable aux procédures menées devant les juridictions disciplinaires⁵²³. Le Conseil national de discipline a été supprimé et les premières chambres des cours ont également perdu les compétences qui étaient les leurs en matière de discipline judiciaire.

L'élaboration de la loi de 2013 a été le cadre d'un débat animé portant sur la composition, mixte ou non, des tribunaux disciplinaires, principaux acteurs de la procédure disciplinaire en matière judiciaire, ainsi que sur les avantages et inconvénients inhérents à chacune des deux options. Certains considéraient la présence de membres externes comme un moyen d'éviter le moindre soupçon de corporatisme⁵²⁴. Le Conseil d'État n'était pas opposé à une composition mixte⁵²⁵ et le CSJ y était favorable⁵²⁶. Le législateur s'est néanmoins écarté de cette option, celle-ci supposant une modification de l'article 157 de la Constitution⁵²⁷. Une solution de compromis a été trouvée dans l'adjonction, à chaque chambre du tribunal disciplinaire, d'un bâtonnier du Conseil de l'Ordre⁵²⁸, dont la présence devait permettre d'éviter les « réflexes corporatistes »⁵²⁹ ... mais a aussi été dépeinte comme vide de sens, dès lors que le bâtonnier n'avait que voix consultative⁵³⁰.

Cette décision du législateur a parfois été considérée comme un pas en arrière⁵³¹, la substitution de tribunaux disciplinaires, à caractère exclusivement judiciaire, au Conseil

⁵²⁰ Proposition de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline, *Doc parl.* Chambre 2010-11, 1067/1.

⁵²¹ J.F. FUNCK, « La discipline judiciaire. Examen de jurisprudence (2014-2018) », *J.T.* 2018, 796.

⁵²² M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 15, n° 51 ; S. VERBIST, « Nieuw tuchtrecht voor magistraten. De wet van 15 juli 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tucht, BS 25 juli 2013 », *D&T* 2014, 146.

⁵²³ Voir avis C.E. 51.119/AV/3 des 22 mai et 5 juin 2012 sur une proposition de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline, *Ann.*, Sénat 2011-12, 5-1067/4, 9-10.

⁵²⁴ Voir l'amendement n° 8 (VANLOUWE et BOOGAERTS), *Ann.*, Sénat, 2011-12, 5-1067/3, 4.

⁵²⁵ Avis C.E. 51.119/AV/3 des 22 mai et 5 juin 2012 sur une proposition de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline, *Ann.* Sénat 2011-12, 5-1067/4, 9.

⁵²⁶ Avis du CSJ du 19 octobre 2011 concernant la proposition de loi modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline, p. 6.

⁵²⁷ *Doc. parl.* Chambre 2012-13, 2790/005, 30-32.

⁵²⁸ Art. 409, § 2 et 3, C. jud. et art. 410, § 2 et 3, C. jud. Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 26 décembre 2022 et, désormais, un suppléant au bâtonnier peut également être désigné.

⁵²⁹ Voir l'amendement n° 8 (VANLOUWE et BOOGAERTS), *Ann.*, Sénat, 2011-12, 5-1067/3, 4.

⁵³⁰ *Ann.*, Sénat, 2012-13, 5-1067/8, 112 ; *Ann.*, Sénat 2012-13, 2 mai 2013, 5-100, 11.

⁵³¹ B. VERVOORT, « Quis iudicat ipsos iudices ? Een eerste verkenning van het nieuwe tuchtrecht voor magistraten en personeelsleden van de rechterlijke orde », in F. DERUYCK (ed.) *Strafrecht in breed spectrum*, Bruges, die Keure, 2014, 129.

national de discipline, dont la composition était mixte, ayant fait disparaître le peu d'influence pouvant être exercé par des externes sur les procédures disciplinaires menées à charge des magistrats⁵³².

En tout état de cause, la substitution des tribunaux disciplinaires au Conseil national de discipline⁵³³ peut être considérée comme concrétisant à nouveau le concept de *judicial self-government*⁵³⁴. Ce renforcement du *judicial self-government* est en tous les cas conforme au droit à un juge indépendant consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵³⁵, selon laquelle les organes disciplinaires doivent toujours être composés d'une majorité de membres issus du pouvoir judiciaire⁵³⁶, les membres de tels organes issus, le cas échéant, du pouvoir législatif ou exécutif devant toujours constituer une minorité⁵³⁷.

Section 2.- Gestion autonome et autonomie financière

Paragraphe 1^{er}.- La loi du 28 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire

A) Genèse sociologique et politique

183. Les prérogatives dévolues au pouvoir judiciaire sur le plan de sa propre gestion et de ses finances étaient traditionnellement très restreintes depuis 1831. Or il est permis de considérer que les compétences attribuées aux pouvoirs politiques en matière financière constituent pour ceux-ci l'un des moyens les plus efficaces de contrôler le pouvoir judiciaire⁵³⁸. En matière de financement, la dimension individuelle est généralement clairement distinguée de la dimension structurelle. Certes, l'article 154 de la Constitution, selon lequel les traitements des membres du pouvoir judiciaire sont fixés par le législateur, garantit l'indépendance du juge *individuel (supra)*, mais la Constitution ne consacre en rien l'autonomie financière et logistique du pouvoir judiciaire « en tant que pouvoir étatique »⁵³⁹.

Concrètement, cela signifie qu'en pratique, le ministre de la Justice est en charge de la gestion et de l'attribution des moyens qui sont ceux du pouvoir judiciaire.

Les magistrats occupant des postes à responsabilités au sein des juridictions et parquets ont de plus en plus pris pour cible, au fil du temps, cette forte centralisation du pouvoir de gestion de l'organisation judiciaire entre les mains du ministre et de son administration. Cette centralisation était critiquée comme faisant obstacle à l'utilisation optimale des moyens et

⁵³² M. LELOUP, « Judicial self-government in de Belgische rechtsorde: over rechterlijke onafhankelijkheid, rechterlijke verantwoordelijkheid en de scheiding der machten », *T.B.P.* 2022, p. 17, n° 55.

⁵³³ Pour une présentation technique assortie de commentaires, voir J. de CODT, « La réforme de la discipline judiciaire : jamais deux sans trois », *J.T.*, 15 février 2014, pp. 101 et s.

⁵³⁴ M. LELOUP, *o.c.*, p. 17, n° 55.

⁵³⁵ M. LELOUP, *o.c.*, p. 18, n° 60.

⁵³⁶ CEDH 9 janvier 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, n° 109-117.

⁵³⁷ CEDH 9 mars 2021, *Eminagaoglu c. Turquie*, n° 99.

⁵³⁸ M. LELOUP, *o.c.*, p. 19, n° 61.

⁵³⁹ M. LELOUP, *o.c.*, p. 19, n° 62; J. VELAERS, *De Grondwet: een artikelsgewijze commentaar*, III, Bruges, die Keure, 2019, 159.

ressources. De là à souhaiter que l'Ordre judiciaire puisse disposer d'une certaine autonomie dans la gestion des moyens mis à sa disposition, il n'y avait qu'un pas. Il fut franchi, et non par des moindres : dans sa mercuriale de rentrée consacrée à la séparation des pouvoirs, Madame le procureur général LIEKENDAEL réfléchissait à l'idée de confier un budget propre à chaque juridiction de l'Ordre judiciaire et souhaitait qu'une concertation soit menée à ce sujet entre les différents pouvoirs⁵⁴⁰.

184. Il ne fait aucun doute que la réforme dite « Copernic », par laquelle le gouvernement a entrepris d'introduire dans l'administration fédérale des éléments de techniques managériales censés la dynamiser⁵⁴¹, a influencé les susdites réflexions. Cette réforme était la manifestation la plus audible de la logique de marché, évoquée ci-dessus et prônée depuis l'après-Seconde Guerre mondiale au sein des instances européennes.

Conscient de l'impossibilité de transposer le New Public Management tel quel, le Conseil supérieur de la Justice se pencha sur la question en rassemblant divers acteurs concernés, dans le cadre d'une sorte de plateforme de réflexion.

185. Dans son accord du 10 juillet 2003, le gouvernement a annoncé la mise en œuvre d'un « plan Thémis pour une administration rapide de la justice ». Dans cette optique, les chefs de corps sont « non seulement responsables de la gestion du personnel mais aussi du fonctionnement financier de leur siège ou de leur parquet, et ce sur la base d'une enveloppe attribuée »⁵⁴².

Dans la foulée, le conseil des ministres, sur proposition de la ministre de la Justice ONKELINX, a adopté en juin 2005 une première note d'orientation visant à la réforme de l'organisation judiciaire. Celle-ci pointait l'inadaptation de l'organisation des juridictions « à une gestion rationnelle des moyens, tenant à la fois à une forte centralisation au niveau du Service public fédéral Justice, à une trop grande dispersion des entités et au particularisme des structures mêmes des juridictions ».

Retravaillée, la note a ensuite débouché sur une note fondatrice du 10 mars 2006. Le gouvernement entendait alors « responsabiliser les autorités judiciaires par une décentralisation de la gestion financière et budgétaire des services judiciaires et de la gestion des ressources humaines ». Il s'agissait de créer des structures de gestion distinctes au sein du parquet et du siège, au niveau des arrondissements et des ressorts, d'accorder des budgets à ces organes de gestion, de donner aux chefs de corps un véritable pouvoir en matière de gestion du personnel et de consacrer la mobilité des magistrats au niveau du ressort des cours

⁵⁴⁰ E. LIEKENDAEL, « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire », Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre, *J.T.*, 1997/28, p. 553 ; J. DELVA, « De onafhankelijkheid van de Belgische rechter ten aanzien van de uitvoerende macht », *T.B.P.* 1988, 240.

⁵⁴¹ Voir notamment, au sujet de la réforme « Copernic » de l'administration fédérale, J. SOHIER, « La fonction publique face à l'effet 'Copernic' : mythe ou réalité ? », *J.T.*, 2003, p. 221.

⁵⁴² Accord de Gouvernement fédéral du 10 juillet 2003, p. 28.

d'appel⁵⁴³. Pour ce faire, la note prévoyait la décentralisation progressive de quatre catégories de compétences : le budget (confection, gestion, exécution), la gestion des ressources humaines (magistrat et non-magistrat), les frais de justice, les bâtiments et matériels⁵⁴⁴.

Le 20 juillet 2006, une loi fut adoptée instaurant « la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires de l'Ordre judiciaire ». La mission de ladite commission était notamment de « mener une réflexion générale portant sur la modernisation de la gestion de l'Ordre judiciaire » et d'« organiser et mener une réflexion portant sur les structures des organes de gestion du pouvoir judiciaire et les fonctions judiciaires ».

Certes, cette commission s'est montrée active, mais les plans de réformes successifs (Thémis I, II, etc.) ne sont pas parvenus à convaincre et la législature s'est terminée sans réelle avancée⁵⁴⁵.

L'accord de Gouvernement du 18 mars 2008 évoquait laconiquement « l'informatisation, l'autonomie de gestion et la formation » de la justice devant, « à court terme », lui procurer « des instruments modernes devenus depuis longtemps courants ailleurs »⁵⁴⁶.

Il allait de même de la « Déclaration de politique générale du Ministre de la Justice Jo VANDEURZEN » d'avril 2008, qui s'est bornée à faire mention de l'autonomie de gestion⁵⁴⁷.

186. Le ministre DE CLERCK⁵⁴⁸ a ensuite mis sur la table, en 2009, un plan pour la réorganisation de la gestion de l'organisation judiciaire contenant des avancées notables.

La note d'orientation « Vers une nouvelle architecture de la Justice »⁵⁴⁹ contenait la majorité des ingrédients repris ultérieurement :

- fusion des arrondissements en 16 ensembles plus grands, comportant plusieurs lieux d'audience avec une mobilité accrue des magistrats ;

⁵⁴³ Voir le document « Réforme de l'organisation judiciaire - le plan Thémis - note fondatrice » du 10 mars 2006, repris en annexe du projet de loi instaurant la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires de l'Ordre judiciaire, *Ann.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1720/1, p. 17 et s.

⁵⁴⁴ Voir « Réforme de l'organisation judiciaire - le plan Thémis - note fondatrice » du 10 mars 2006, *o.c.*, pp. 23 et s.

⁵⁴⁵ J.-P. JANSSENS, « Management, qualité et indépendance du magistrat », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, p. 40 et 41. En définitive, les propositions ne sont pas reprises.

⁵⁴⁶ Accord de Gouvernement fédéral du 18 mars 2008, p. 28.

⁵⁴⁷ Déclaration de politique générale du Ministre de la Justice Jo VANDEURZEN, Avril 2008, disponible à l'adresse http://justice.belgium.be/fr/binaries/declaration_tcm421-161351.pdf.

⁵⁴⁸ M. DE CLERCK a remplacé au pied levé Jo VANDEURZEN, démissionnaire à la suite de l'« Affaire Fortis ». Sans doute le choix posé en faveur de M. DE CLERCK s'expliquait-il par la circonstance que ce dernier avait occupé cette fonction dans un gouvernement précédent, moment auquel il s'était déjà penché sur ces questions en voulant convenir avec l'Ordre judiciaire d'une « Charte pour la modernisation ». M. DE CLERCK avait ensuite démissionné dans le cadre de l'« affaire Dutroux ».

⁵⁴⁹ Note d'orientation du Ministre de la Justice S. DE CLERCK, « Le Paysage Judiciaire - Vers une nouvelle architecture de la Justice », 2009.

- création d'un organe de gestion collectif propre au siège (Collège du siège) et au ministère public (Collège des procureurs généraux, appelé à hériter de nouvelles compétences) ;
- mise en place d'un « Service Commun de Gestion » (SCG), dérivé des services « autonomisés » du SPF Justice, destiné à devenir la « plateforme commune pour le siège, le ministère public et le ministre de la Justice, au sein de laquelle ils agiront en partenariat et s'occuperont de manière collective des directives et du fonctionnement » ;
- conclusion de contrats de gestion, « entre le ministre de la Justice, les collèges et le SCG, entre le SCG et les entités individuelles, ainsi qu'entre les entités individuelles entre elles » ; ces contrats seront des « instruments directifs » qui « lient l'octroi de moyens à la réalisation d'objectifs déterminés » ;
- mise en œuvre du principe du management intégral, qui « implique que la responsabilité pour la gestion et la politique se situe entre les mêmes mains, de manière à pouvoir décider de manière autonome de l'affectation du personnel et des moyens alloués et à pouvoir également être appelé à se justifier à ce sujet »⁵⁵⁰ et qui s'est ainsi trouvé invoqué pour la première fois dans le cadre des réformes, même si cette logique était déjà bien présente dans le plan Thémis.

La fin de la législature ne verra, pas davantage que les précédentes, de résultats législatifs concrets.

187. Il faudra attendre l'issue de la plus longue crise politique de l'histoire de notre pays pour voir la volonté de réformer l'appareil judiciaire refaire surface⁵⁵¹. L'accord de gouvernement conclu en décembre 2011, assez sommaire sur la question, reprenait des points-clé du projet De Clerck :

- réduction du nombre d'arrondissements judiciaires ;
- accroissement de la mobilité des magistrats entre les différents arrondissements ;
- autonomie de gestion accordée à des organes de l'Ordre judiciaire par (i) la mise en place au niveau de chaque arrondissement ou de chaque ressort d'une « structure unique » responsable de la gestion « des budgets, du personnel et des moyens matériels, ainsi que de la mobilité horizontale du personnel et d'une meilleure valorisation de l'expertise », et (ii) le recours à un « accord de gestion » conclu avec chacune de ces entités, contenant des objectifs clairs et opérationnels auxquels devaient être assortis des crédits de fonctionnement.

Nous savons que les deux premiers points de l'accord de Gouvernement sont devenus du droit positif par la loi du 1^{er} décembre 2013 « portant réforme des arrondissements judiciaires et modifiant le Code judiciaire en vue de renforcer la mobilité des membres de l'Ordre judiciaire ».

⁵⁵⁰ Note d'orientation du Ministre de la Justice S. DE CLERCK, o.c., p. 86.

⁵⁵¹ Accord du Gouvernement fédéral du 1^{er} décembre 2011, p. 135 et s.

Le troisième point de l'accord, plus fastidieux à mettre en œuvre, a été coulé dans la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014.

B) Le projet de loi – Résistance et solutions

188. Malgré le caractère fondamental que la réforme revêt pour le fonctionnement de l'appareil judiciaire, le projet de loi visant à accorder l'autonomie de gestion au pouvoir judiciaire est rédigé et adopté à la hâte⁵⁵².

Le Conseil supérieur de la Justice⁵⁵³ et le Conseil consultatif de la magistrature⁵⁵⁴ se montrent plutôt négatifs à l'égard de l'élaboration de la loi du 18 février 2014.

Le CSJ estime que les collèges se voient accorder trop de pouvoir et qu'il s'agit dès lors davantage d'une centralisation que d'une décentralisation. Il indique en outre que, « vu l'importance de cet avant-projet pour le bon fonctionnement du pouvoir judiciaire [...], les aspects fondamentaux de la gestion de l'Ordre judiciaire devraient être réglés expressément par le législateur et [...] ne devraient de préférence pas être confiés au pouvoir exécutif »⁵⁵⁵.

De son côté, le Conseil consultatif souligne que, si la magistrature est rendue responsable du bon fonctionnement du pouvoir judiciaire, il n'y a, par contre, aucune garantie qu'elle disposera des moyens nécessaires à cette fin.

La Conférence permanente des chefs de corps a, dans son avis du 20 juin 2013, critiqué l'étendue des pouvoirs d'exécution accordés au Roi, l'approche générale et abstraite « des notions fondamentales » et l'absence de précisions quant aux matières dont la gestion sera transférée au Pouvoir judiciaire.

Le Conseil d'État, en sa section Législation, a rendu son avis le 11 juillet 2013⁵⁵⁶.

Contestant la constitutionnalité de l'initiative législative, l'ASM et l'UPM portent la cause devant la Cour constitutionnelle. Son jugement paraît bien sans appel ; la Constitution est

⁵⁵² Le Conseil supérieur de la Justice est sollicité par un courrier du 31 mai 2013 pour qu'il rende un avis pour le 30 juin 2013 ! Le Conseil consultatif de la magistrature n'est pas mieux loti ; il mentionne dans son avis du 20 juin 2013 avoir reçu la demande d'avis de la ministre par courrier électronique du 3 mai 2013 « accompagné d'un projet de texte sans exposé des motifs », puis avoir reçu « des versions successives de l'avant-projet et de l'exposé des motifs, les 14 et 30 mai 2013 » ! Quant au Conseil d'État, sa section Législation est consultée le 10 juin 2013 pour rendre son avis sur l'avant-projet de loi dans les 30 jours de sa saisine, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État !

⁵⁵³ Conseil supérieur de la Justice, avis du 1^{er} juillet 2013 sur l'avant-projet de loi relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire et avis du 8 novembre 2013 sur le projet de loi relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire.

⁵⁵⁴ Conseil consultatif de la magistrature, avis du 20 juin 2013 sur le texte de l'avant-projet de loi relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire.

⁵⁵⁵ Conseil Supérieur de la Justice, Avis sur l'avant-projet de loi relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire, approuvé par l'Assemblée générale le 1^{er} juillet 2013, 4.

⁵⁵⁶ Avis de la Section de législation du Conseil d'État, n° 53.519/3, du 11 juillet 2013, *Doc. parl.*, Ch., n° 3068/1, 50.

saue. À l'issue d'un examen fouillé des arguments de la Cour, le conseil de l'UPM, dans un courrier adressé le 25 octobre 2015 à la présidente de l'Union, en résumé comme suit l'enseignement : « [les] deux arrêts de la Cour constitutionnelle⁵⁵⁷ sont décevants à tous points de vue. La Cour a systématiquement interprété de la manière la plus restrictive possible les garanties d'indépendance accordées par la Constitution au pouvoir judiciaire. D'une part, elle nie l'existence d'un principe général du droit de « légalité » de l'organisation judiciaire, dont les articles 146, 152, 154, 155 et 157 seraient les révélateurs. L'exigence de légalité – qui n'est dès lors plus un principe - ne s'applique donc que dans les matières précises envisagées par ces différents articles, et non dans d'autres aspects de l'organisation judiciaire. Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exigence d'une intervention législative dans les matières pour lesquelles la Constitution prévoit expressément la compétence du législateur (voir l'article 154 de la Constitution et le statut pécuniaire des magistrats), la Cour constitutionnelle estime toutefois qu'un simple renvoi par la loi à des arrêtés royaux s'appliquant à l'administration est suffisant. La portée du principe de « légalité », y compris dans la fixation du statut des magistrats, devient donc particulièrement évanescence à l'issue de ces deux arrêts. D'autre part, la Cour estime que l'indépendance des magistrats ne s'examine qu'à l'aune de leur liberté de traiter, sans influence indue des pouvoirs exécutif et législatif, les dossiers particuliers qui leur sont confiés. Les ingérences du pouvoir exécutif dans l'organisation générale de l'ordre judiciaire sont permises, dès lors qu'elles sont autorisées par le pouvoir législatif et qu'elles n'ont pas pour objectif d'influencer des dossiers particuliers. La Cour refuse donc d'envisager que la « gestion » et le financement des activités des parquets, cours et tribunaux, et des services qui y sont liés, aient des implications sur le fait de rendre la Justice en toute indépendance. À aucun moment la Cour constitutionnelle ne cherche à produire une réflexion sur l'équilibre des pouvoirs et sur la nécessité de maintenir cet équilibre, par exemple lorsque la législation évolue dans un sens que le constituant de 1831 n'avait pas envisagé ».

Le projet de loi « relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'Organisation judiciaire » est finalement déposé à la Chambre le 14 octobre 2013.

Une majorité des articles de la loi du 18 février 2014 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014⁵⁵⁸. Par contre, le chapitre IV, intitulé « Des contrats de gestion et des plans de gestion », du Titre IV du Code judiciaire, qui en est un élément clé, n'entrera en vigueur qu'à une date déterminée par le Roi⁵⁵⁹.

189. La philosophie est « simple » : la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire⁵⁶⁰, qui a introduit dans le Code judiciaire un

⁵⁵⁷ Arrêt n° 138/2015 concernant la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire et arrêt n° 139/2015 concernant la loi du 1^{er} décembre 2013 portant réforme des arrondissements judiciaires et modifiant le Code judiciaire en vue de renforcer la mobilité des membres de l'ordre judiciaire.

⁵⁵⁸ Article 46 de la loi du 18 février 2014.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire, *M.B.*, 4 mars 2014.

nouveau titre intitulé « *De la gestion de l'organisation judiciaire* », constitue une loi cadre qui établit les principes de l'autonomie de gestion de l'ordre judiciaire et prévoit la création d'un certain nombre de structures.

L'objectif final est d'atteindre l'autonomie de gestion des collèges juridictionnels, même s'il s'agit, à l'évidence, d'un travail de longue haleine⁵⁶¹. La gestion, encore pour une bonne part assurée aujourd'hui par le service public fédéral Justice, sera transférée en partie au pouvoir judiciaire lui-même : les chefs de corps responsables de la réalisation des objectifs pourront ainsi décider de l'engagement des moyens alloués et seront responsabilisés⁵⁶².

C) Une loi cadre

190. L'explication pour le démarrage différé et la relative imprécision de la loi sur une série de questions, en fin de compte fondamentales, est fournie dans l'exposé des motifs du projet, qui précise d'emblée qu'il s'agit d'une « loi cadre »⁵⁶³, car de nombreuses mesures d'exécution devront être prises avant son entrée en vigueur⁵⁶⁴, le but n'étant pas de fixer les détails d'un modèle définitif⁵⁶⁵. Il s'agit d'« une étape initiale »⁵⁶⁶.

Ce *modus operandi* est justifié, dans les travaux parlementaires, par le constat que la capacité de gestion n'est pas suffisamment présente au sein de l'organisation judiciaire et que « développer une gestion autonome au sein de l'organisation judiciaire est un travail de longue haleine ». Pour le gouvernement, il convient donc, avant de transférer la responsabilité de gestion, que les connaissances en matière de management, ainsi que l'organisation, les structures et les instruments d'appui soient développés⁵⁶⁷.

191. Et, il est vrai, la loi du 18 février 2014 accorde au Roi une série impressionnante de délégations. Bornons-nous à mentionner deux exemples emblématiques : les articles 41 et 46 de la loi.

L'article, qui se situe dans l'important chapitre des dispositions transitoires, dispose que « Le Roi détermine, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, l'ampleur, le phasage et les modalités selon lesquels les compétences visées dans la présente loi sont transférées du Service public fédéral Justice aux Collèges ou à la gestion commune visée à l'article 185/1 du Code judiciaire ».

Pour le Conseil d'État cette délégation est critique au regard du principe, de valeur constitutionnelle, de légalité de l'organisation judiciaire déduit des articles 146, 152, alinéa 1^{er}, 154, 155 et 157 de la Constitution⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ Projet de loi relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'Organisation judiciaire, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. 2013-2014, 53-3068/001, 5.

⁵⁶² *Ibid.* 4.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*, 5.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, 4.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, 5.

⁵⁶⁸ C.E., Section Législation, Avis n°. 53.519/3, 11 juillet 2013, *Doc. Parl. Ch.*, 2013-14, nr. 53-3068/001C.E., p. 57.

Par ailleurs, l'article 46 de la loi, qui fixe les parties de la loi entrées en vigueur le 1^{er} avril 2014, laisse au Roi le soin de déterminer quand les différents articles du chapitre IV, intitulé « Des contrats de gestion et des plans de gestion », du Titre IV du Code judiciaire entreront en vigueur.

En outre, en vertu de l'article 27 de la loi, « Une loi détermine les modalités de financement des entités judiciaires ainsi que la manière dont les moyens pécuniaires sont gérés par les Collèges ou par le comité de direction de la Cour de Cassation ».

Toutefois, puisqu'il faut bien commencer quelque part, l'article 44 de la loi – autre mesure transitoire – dispose que « Dans l'attente de l'entrée en vigueur de l'article 27, les Collèges reçoivent pour leur propre fonctionnement une enveloppe de fonctionnement au moyen de crédits inscrits au budget administratif du Service public fédéral Justice.»

D) La tentative non aboutie d'une dotation pour la Cour de cassation

192. L'équipe dirigeante de la Cour de cassation adopta à l'origine une attitude très critique par rapport à la loi de 2014. Sa position est parfaitement rendue dans une communication publique ultérieure du premier président de Codt⁵⁶⁹.

Considérant (i) la situation particulière de la Cour, avec un parquet qui ne l'est que de nom, que la loi de 2014 avait parfaitement assimilée en créant l'« Entité Cassation » avec un comité de direction présidé par les deux chefs de corps, et (ii) la circonstance qu'il s'agissait d'une loi cadre, l'idée constructive, dépassant la simple critique, était de doter la Cour et son parquet – l'Entité Cassation – d'une dotation, à l'instar de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État.

Les lignes directrices, discutées et négociées avec le ministre de la Justice Geens (qui n'était pas vice-premier ministre et donc pas membre du « Kernkabinet ») et son équipe, validées par l'Inspection des Finances, seront rendues publiques plus tard dans l'avant-propos du rapport d'activité de la Cour pour l'année 2016⁵⁷⁰ :

« Au-delà de la modernisation bienvenue de ses procédures, la Cour doit se préoccuper, à l'instar de l'ensemble de l'organisation judiciaire dont elle fait partie, des conditions matérielles encadrant l'accomplissement de sa mission. Il y a ici un virage qui est en train de se prendre et qu'il ne faut pas manquer. Jusqu'à ce jour le pouvoir judiciaire est le seul des trois pouvoirs constitués à ne pas avoir la maîtrise de ses moyens. L'Exécutif les lui accorde ou les lui refuse pour des motifs qui lui sont propres. Le fonctionnement de l'État n'a pas toujours été indemne d'une méfiance historique à l'égard des juges. On peut donc parler d'une révolution copernicienne en évoquant la loi du 18 février 2014 relative à l'autonomie de la gestion des cours et tribunaux. Leur indépendance fonctionnelle sera-t-elle mieux garantie par la décentralisation qui s'annonce ? L'avenir le dira et cet avenir est à nos portes car la loi

⁵⁶⁹ J. de CODT, *Les structures de gestion des cours et tribunaux à l'horizon 2018-2019*, Institut de formation judiciaire – Palais d'Egmont, 26 avril 2017.

⁵⁷⁰ Cour de cassation, Rapport annuel 2016, à consulter sur le site web de la Cour.

susdite est une loi cadre dont la mise en œuvre fait l'objet d'âpres discussions susceptibles d'aboutir avant la fin de la législature.

Dans ce contexte, les propositions de la Cour de cassation pour ce qui la concerne tiennent en trois articles à inscrire dans le Code judiciaire : d'une part, les crédits nécessaires au fonctionnement de l'entité Cassation seront inscrits au budget des dotations. D'autre part, la demande de dotation sera adressée annuellement au président de la Chambre des représentants avec le budget qui la justifie. Et enfin, les comptes seront soumis au contrôle de la Cour des comptes puis vérifiés par la commission de la comptabilité de la Chambre. Les modalités pratiques seront, pour le surplus, détaillées dans un règlement d'ordre à adopter par une assemblée plénière réunissant les magistrats du siège et du parquet.

Il ne reste plus qu'à donner un contenu effectif à cette architecture et c'est ce que la Cour est invitée à réaliser par la confection d'un premier avant-projet de budget, exercice difficile s'il en est. Le projet est ambitieux. Il a contre lui d'être mis en œuvre en pleine période de vaches maigres, dans un contexte d'austérité budgétaire qui favorise plus la compétition que la solidarité. Mais il est également porteur d'un espoir : celui de voir reculer cette tutelle bicentenaire que le premier président Marchal évoquait dans l'avant-propos du rapport annuel 2001 ».

En octobre 2015, le comité de direction est informé de ce que l'intention du ministre est de déposer les textes avant la fin 2015, non seulement pour « l'entité Cassation » mais aussi pour les deux autres Collèges et la filiale de gestion commune. Le conseil des ministres doit approuver les textes au plus tard le 11 décembre 2015, ce qui signifie que les textes sont à finaliser pour le 15 novembre au plus tard.

Dans la foulée, les deux chefs de corps adressent au ministre une lettre à laquelle est joint un « Avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire et la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire » dont l'exposé des motifs explique le choix :

Fort de l'accord de l'Inspection des Finances, le projet part en réunion inter-cabinets (« IKV ») où, pour faire bref, les délégués du premier ministre et de la ministre du budget feront barrage. Une réunion IKV avec la présence du premier président et du procureur général pour secondier le délégué du ministre de la Justice et défendre le projet n'y changera rien. Des entrevues séparées avec un représentant de la ministre du budget et avec un vice-premier ministre confirmèrent néanmoins que la pertinence du budget, élaboré avec soin, n'était nullement en cause. Par contre, ce qui paraissait avoir gêné d'aucuns, c'est, d'une part, la relative autonomie budgétaire ainsi accordée à la Cour « suprême » de l'ordre judiciaire, la mettant de la sorte sur un pied d'égalité avec la Cour constitutionnelle ; or, selon ces interlocuteurs, d'apparentes rivalités entre ces deux cours « suprêmes », de tous ordres d'ailleurs, ne plaident pas pour un parallélisme, de surcroît difficile à expliquer à l'étranger... Et, d'autre part, le contrôle budgétaire par la Chambre des représentants était -comment dire ?- rencontré avec méfiance...

L'année 2017 se solda donc par un échec ; la cause du refus, ce sera le délégué du premier ministre qui la résuma dans une formule percutante: « ce n'était pas le bon moment politiquement » ! Il faut bien le croire puisqu'aucun des cabinets ministériels concernés ne mit en cause les chiffres du budget proposé et dûment motivé.

Après avoir accusé le coup, la Cour élaborait un plan B et le défendit début de l'année 2018. Il était censé donner à la Cour une latitude de gestion justifiant la notion d'« autonomie ». Las, il n'eut pas davantage de succès. Le Momentum était passé !

Paragraphe 2.- Structures de gestion

193. La loi prévoit des structures de gestion centralisées différenciées pour le siège et le ministère public, sauf pour la Cour de cassation, dont le siège et le parquet constituent conjointement une entité de gestion distincte, chapeautée par un comité de direction commun⁵⁷¹.

194. Les deux institutions centralisées sont le Collège des cours et tribunaux et le Collège du ministère public. Ces deux collèges peuvent gérer ensemble les matières communes ou agir conjointement avec le service public fédéral Justice⁵⁷². En tant qu'organisation chargée de coordonner les cours et tribunaux (à l'exception de la Cour de cassation), le Collège des cours et tribunaux est appelé à se substituer à terme à l'actuel 'morcellement organisationnel', une mosaïque dans laquelle chaque tribunal et chaque cour ont développé leurs propres instruments ou méthodes de gestion et viennent frapper en ordre dispersé à la porte du ministre de la Justice, ce qui engendre une possible inégalité et du gaspillage⁵⁷³. Le Collège devient ainsi le nouvel interlocuteur central du gouvernement pour les questions de gestion⁵⁷⁴.

La mission du Collège est double et comprend, d'une part, une mission commune exercée pour l'ensemble des cours et tribunaux (l'organisation, entre autres, de la communication, de la gestion des connaissances et de la politique de qualité, la gestion stratégique des ressources humaines, les statistiques, la mesure et la répartition de la charge de travail) et, d'autre part, une mission exercée au bénéfice de chacune des entités judiciaires (soutien de la gestion au sein de chacune de ces entités)⁵⁷⁵. Pour assurer l'exécution de ces missions, le Collège dispose de la compétence lui permettant d'adresser des recommandations et des directives contraignantes aux entités⁵⁷⁶. Ces directives ne peuvent en rien toucher à

⁵⁷¹ À propos de la situation particulière de la Cour de cassation, voir J. de CODT, « L'indépendance fonctionnelle de la justice sera-t-elle mieux garantie par la décentralisation de sa gestion ? », *Pyramides* 2017, numéro 29, 13-14, n° 72-81.

⁵⁷² C. jud., art. 185/1.

⁵⁷³ Proposition de loi relatif à l'introduction d'une gestion autonome pour l'Organisation judiciaire, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. 2013-2014, n° 53-3068/001, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 7.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, 8.

⁵⁷⁵ C. jud., art. 181, al. 1^{er}.

⁵⁷⁶ C. jud., art. 181, al. 2.

l'indépendance des magistrats du siège ni influencer les décisions qu'ils sont appelés à prendre dans les affaires qui leur sont soumises⁵⁷⁷.

195. En outre, chaque entité judiciaire se voit dotée d'un comité de direction, soit l'organe de gestion de l'entité locale réunie autour du chef de corps, qui continue à porter la responsabilité finale⁵⁷⁸. Le comité de direction assiste le chef de corps dans la direction générale, l'organisation et la gestion de l'entité judiciaire⁵⁷⁹. Chaque comité de direction établit un plan de gestion⁵⁸⁰ avec ses objectifs qui constituent la base pour le fonctionnement de l'entité et pour la répartition des moyens⁵⁸¹.

Afin de garantir l'indépendance fonctionnelle des juges individuels, il a été précisé, sur la suggestion du Conseil d'État⁵⁸², que, dans l'exercice de ses compétences, le comité de direction n'intervient pas dans l'examen procédural des litiges ou des affaires individuelles⁵⁸³. En d'autres termes, les décisions d'un comité de direction ne peuvent, en principe, avoir d'incidence directe ou indirecte sur l'examen concret d'une affaire par un magistrat individuel⁵⁸⁴.

Paragraphe 3.- Modèle de gestion

196. Dans le modèle de gestion prévu par la loi, la répartition des moyens entre les différentes juridictions s'opère en deux étapes.

- (i) D'abord, le ministre de la Justice s'entend avec le Collège des cours et tribunaux sur l'organisation judiciaire dans son ensemble.
- (ii) Ensuite, le Collège assure la répartition des moyens attribués entre les différentes juridictions sur la base des plans de gestion respectifs de ces entités⁵⁸⁵.

Le Collège fait ainsi office de zone tampon entre le pouvoir exécutif et les différentes juridictions où la jurisprudence est organisée, de sorte que le ministre ne peut imposer d'objectifs spécifiques à l'une ou l'autre juridiction lors de l'allocation des ressources. Ce modèle renforce l'indépendance des juridictions vis-à-vis du pouvoir exécutif⁵⁸⁶.

⁵⁷⁷ *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 17.

⁵⁷⁸ *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 10.

⁵⁷⁹ C. jud., art. 185/2, § 5, al. 1^{er}.

⁵⁸⁰ C. jud., art. 185/2, § 5, al. 2.

⁵⁸¹ *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 10-11.

⁵⁸² Avis C.E. n°53.519/3 du 11 juillet 2013 sur un avant-projet qui a conduit à la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire, *Doc. parl.*, Ch. 2013-2014, 53-3068/001, 53-54, n° 4.

⁵⁸³ C. jud., art. 185/2, § 5, al. 4.

⁵⁸⁴ I. DUPRÉ, « Het College van de hoven en rechtbanken », X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (éd.) *Statuut en deontologie van de magistratuur*, Bruges, die Keure, 2020, 82 ; P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 25, n° 29.

⁵⁸⁵ C. jud., art. 185/6, al. 1^{er}.

⁵⁸⁶ *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 12.

197. Les accords conclus entre le ministre et le Collège sont inscrits dans un contrat de gestion, qui est valable trois ans⁵⁸⁷. Le législateur a expressément exclu l'allocation directe d'une dotation par le parlement afin que le ministre de la Justice conserve la compétence sur le budget de la Justice, lequel est d'abord déterminé au sein du gouvernement⁵⁸⁸.

Le recours en annulation de ces dispositions devant la Cour constitutionnelle a été rejeté. La Cour a dit pour droit qu'il ne peut se déduire ni de la Constitution, ni de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni du principe général du droit de la séparation des pouvoirs que le pouvoir judiciaire se doit de disposer d'une autonomie financière et budgétaire, de sorte que l'absence de financement du pouvoir judiciaire par une dotation n'est pas incompatible en soi avec la séparation des pouvoirs et avec l'indépendance des magistrats⁵⁸⁹. En outre, le contrat de gestion se borne à définir, pour l'organisation judiciaire, des objectifs qui portent sur la gestion générale et le fonctionnement général du pouvoir judiciaire et non pas sur la compétence juridictionnelle des juges, de sorte que ces contrats ne sont, sur ce plan, pas incompatibles avec les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juges⁵⁹⁰.

198. Il va sans dire que la répartition des moyens entre les entités judiciaires par le Collège des cours et tribunaux peut s'avérer complexe et conduire à ce que certaines entités se voient attribuer moins de ressources que ce qu'elles escomptaient ou espéraient. Si une décision concernant la répartition des moyens met manifestement en péril l'administration de la justice, le comité de direction concerné peut introduire un recours auprès du ministre de la Justice, qui décide de la répartition des moyens après avoir entendu les deux parties⁵⁹¹.

En d'autres termes, c'est le pouvoir exécutif qui tranche le litige entre deux organes du pouvoir judiciaire⁵⁹². Pour justifier cette procédure, le gouvernement a mis en avant la responsabilité politique du ministre de la Justice⁵⁹³.

Cette procédure a également été attaquée devant la Cour constitutionnelle, qui constate que le recours adressé au ministre ne peut être introduit que contre une décision du Collège concernant la répartition des moyens, et considère que ce recours ne porte en aucune manière sur l'exercice, par les juges, de leur pouvoir juridictionnel. Par ailleurs, la décision du ministre constitue une décision administrative dont la légalité peut être contrôlée par le juge compétent en la matière, à savoir le Conseil d'État. La Cour conclut que les dispositions réglant l'introduction d'un recours auprès du ministre ne sont pas incompatibles avec les principes qui garantissent l'indépendance du pouvoir judiciaire et la séparation des pouvoirs⁵⁹⁴.

⁵⁸⁷ C. jud., art. 185/4, § 1^{er}.

⁵⁸⁸ *Doc. parl., Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 13.*

⁵⁸⁹ C. Const., 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.27 et B.28.

⁵⁹⁰ C. Const., 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.35.2.

⁵⁹¹ C. jud., art. 185/7.

⁵⁹² P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 59, n° 70.

⁵⁹³ *Doc. parl., Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 26.*

⁵⁹⁴ C. Const., 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.46.1 et B.47.

Paragraphe 4.- Contrôle de l'utilisation des moyens alloués

199. L'utilisation des moyens alloués fait l'objet d'un contrôle *a posteriori* sur la base de rapports de fonctionnement des entités judiciaires et du Collège. Le rapport du Collège doit notamment indiquer la façon dont les ressources octroyées au moyen du contrat de gestion ont été utilisées, les résultats obtenus par l'organisation judiciaire à l'aide de ces ressources, ainsi que les indicateurs permettant de constater si les objectifs de l'organisation ont été réalisés⁵⁹⁵.

Chaque année, les comptes des différentes entités sont communiqués au ministre de la Justice et au ministre du Budget et transmis ensuite pour vérification à la Cour des comptes⁵⁹⁶. Toutefois, le Collège est déjà soumis au pouvoir de contrôle du ministre de la Justice et du ministre du Budget au cours de l'année de fonctionnement⁵⁹⁷.

Ce contrôle est exercé par deux délégués du ministre, l'un désigné par le ministre de la Justice, l'autre par le ministre du Budget. Ils peuvent assister avec voix consultative aux réunions du Collège. Chacun d'eux peut former un recours contre une décision de gestion du Collège qu'il estime contraire à la loi ou au contrat de gestion. Le ministre concerné se prononce sur ce recours⁵⁹⁸.

Il s'agit là d'une énième ingérence du pouvoir exécutif dans le processus décisionnel mis en œuvre au sein du pouvoir judiciaire, même si elle ne touche que les décisions de gestion⁵⁹⁹. Le gouvernement a justifié cette mesure en invoquant l'importance de l'organisation judiciaire au sein de la société et l'ampleur des moyens mis à disposition par le gouvernement, de sorte que l'autorité qui attribue les moyens doit avoir la capacité d'intervenir dans le cas d'une violation manifeste de la loi ou du contrat de gestion⁶⁰⁰.

200. Le Conseil d'État s'est cependant demandé s'il est souhaitable qu'une autorité elle-même associée au contrat de gestion puisse statuer sur le respect de celui-ci par une autre partie⁶⁰¹. Quant à la Cour constitutionnelle, elle considère, à l'instar du gouvernement, que ces dispositions ne violent pas les principes d'indépendance du pouvoir judiciaire et de la séparation des pouvoirs. Elle estime que le recours formé par un commissaire du gouvernement ne porte en aucune manière sur l'exercice, par les juges, de leur pouvoir

⁵⁹⁵ C. jud., art. 185/9, al. 2.

⁵⁹⁶ C. jud., art. 185/10.

⁵⁹⁷ C. jud., art. 185/12, § 1, al.^{er}.

⁵⁹⁸ C. jud., art. 185/12, §§ 2 et 3.

⁵⁹⁹ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 60, n° 71. Pour une critique à ce sujet, voir e.a. J. de CODT, « L'indépendance fonctionnelle de la justice sera-t-elle mieux garantie par la décentralisation de sa gestion ? », *Pyramides* 2017, numéro 29, 9-10, n° 48-52.

⁶⁰⁰ *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 29.

⁶⁰¹ Avis C.E. n°53.519/3 du 11 juillet 2013 sur un avant-projet qui a conduit à la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire, *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, 53-3068/001, 64, n° 31.

juridictionnel et souligne que la décision du ministre compétent constitue une décision administrative dont la légalité peut être contrôlée par le juge compétent en la matière⁶⁰².

Paragraphe 5.- Et maintenant ?

201. Depuis deux ans, sous la houlette de la cellule stratégique du vice-premier ministre et ministre de la Justice (et de la mer du Nord), des délégués des deux collèges s'emploient, aux côtés de leur président (et vice-président pour le collège du siège, ainsi que des Procureurs généraux membres du Collège des procureurs généraux) et de membres de leurs services d'appui, directeurs en tête, et de l'Entité Cassation, à finaliser les nouveaux mécanismes dans des avant-projets de loi et d'arrêtés royaux.

Un élément clé pour la réussite est et reste la fameuse mesure de la charge de travail, ce monstre du Loch Ness de la réforme ! Deux décennies et une équipe, sous la conduite d'un haut magistrat chef de corps, y ont été dédiés, sans avoir pu finaliser un mécanisme à la fois fiable et non contesté ! Où en est-on avec IAMA (Intern allocatiemodel - Modèle d'allocation interne) ? « Amai », le moins que l'on puisse dire c'est que la confiance dans les chiffres et processus en projets n'est pas au rendez-vous. D'aucuns écrivent même que c'est « l'angoisse d'une navigation dans le brouillard, des réponses insatisfaisantes et la foi des collèges, non partagée par les chefs de corps et les magistrats, dans la volonté du monde politique de régler les difficultés patentes du monde judiciaire »⁶⁰³

202. Cette mesure de la charge de travail est d'autant plus importante qu'elle est étroitement liée à une autre initiative destinée à obtenir une gestion plus flexible des besoins en personnel. L'article 13, 6°, de la loi du 26 décembre 2022 portant des dispositions diverses en matière d'organisation judiciaire (II)⁶⁰⁴ modifie l'article 186 du Code judiciaire (modifié en dernier lieu par la loi du 23 décembre 2021), en y insérant le paragraphe 1/1 suivant : « § 1/1. Le Roi peut, sur la base d'un avis conforme selon le cas du Collège des cours et tribunaux ou du Collège du ministère public, déroger provisoirement aux cadres des magistrats ou des greffiers visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 8, exceptés les cadres de la Cour de cassation, dans une limite de maximum 20 pourcent ou, lorsque le cadre ne prévoit que cinq personnes ou moins, à raison d'une unité, et considérant que les cadres contenant une seule entité ne peuvent jamais être supprimés au profit d'une autre entité. L'avis conforme doit établir que l'augmentation de cadre et la diminution qui en découle dans une autre entité repose sur les résultats de la mesure de la charge de travail la plus récente à ce moment et sur les données concernant les flux de dossiers entrants et sortants des entités concernées et que la dérogation temporaire tend à rétablir un équilibre dans la répartition des moyens humains entre les entités à la suite de l'évolution de la charge de travail des entités concernées. Cette dérogation provisoire aux cadres s'effectue sans dépassement du total national des cadres. Le membre de l'ordre judiciaire nommé à une place temporaire est nommé en surnombre dans la juridiction, le parquet ou le greffe qui bénéficie de l'augmentation de cadre

⁶⁰² C. Const., 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.46.1 et B.47.

⁶⁰³ H. LOUVEAUX et P. VANHOVE, « La mesure de la Charge de travail : le grand fossé », in Justine, Bull. ASM, novembre 2022, 21.

⁶⁰⁴ M.B. du 12 janvier 2023, 6021.

temporaire. Aucune personne nommée sur la base du présent paragraphe ne peut être déplacée sans une nouvelle nomination et sans son consentement ».

Il s'agit du mécanisme des « cadres flexibles », censé constituer une étape intermédiaire dans la suppression du régime des « cadres légaux », jugé trop rigide et inadapté à une gestion dynamique des besoins en personnel.

Pour le C.S.J., « le mode de répartition des cadres tels que proposé par l'avant-projet de la loi du 26 décembre 2022, manque de souplesse et figera une situation pour des années et ce, alors que les résultats de la mesure de la charge des cours et tribunaux sont attendus dans un délai proche. À défaut de créer un cadre légal temporaire tel que suggéré ci-dessus - et dans le souci de maintenir l'enveloppe globale - la technique de la délégation de magistrats permettrait de rencontrer les besoins de certaines entités de manière flexible, en attendant les résultats de la mesure de la charge de travail. En pratique, il existe déjà certains mécanismes comme la délégation, quelles que soient leurs imperfections, qui permettent à des magistrats, sur base volontaire, de renforcer les effectifs d'une entité. Les mécanismes de nomination temporaire et de nomination simultanée dans plusieurs tribunaux peuvent également être utilisés. La modification proposée présente aussi deux risques importants. Premièrement, elle pourrait entraîner une concurrence délétère entre entités judiciaires. Deuxièmement, en l'absence de critères nettement définis, les décisions des Collèges risqueraient d'être perçues comme arbitraires »⁶⁰⁵.

Là-dessus se greffe en outre un « *redesign* » du département de la Justice, opération complexe et pour partie dépendante des options prises par les groupes de travail chargés de mettre la dernière touche au projet de l' « autonomie de gestion », et vice versa !

Cela n'a rien d'une balade de santé !

203. Les anciennes critiques remontent lentement à la surface⁶⁰⁶. Nonobstant des séances d'information dans différents cénacles et assemblées pour pallier la critique du manque de

⁶⁰⁵ CSJ, avis sur l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'organisation judiciaire et introduisant le parquet de la sécurité routière, approuvé par l'Assemblée générale le 15 septembre 2021, à consulter sur le site du CSJ.

⁶⁰⁶ En 2020, Th. WERQUIN, magistrat, candidat à l'élection au CSJ, déclarait : « L'autonomie de gestion des juridictions et des parquets se présente comme un jeu de dupes dès lors que le montant qui sera alloué aux deux Collèges ne tiendra pas compte des besoins des entités mais sera constitué d'une enveloppe fixée arbitrairement par le ministre en fonction de ses possibilités budgétaires, à charge pour les Collèges de répartir les montants entre les entités selon leur modèle d'allocation. Il s'ensuit qu'en cas d'insuffisance du budget reçu par une entité, la responsabilité d'un dysfonctionnement, qui trouve sa source dans un manque de moyens humains ou matériel, sera attribuée aux Collèges », Bulletin de l'UPM, mars 2020 ; M. MESSIAEN, présidente de l'ASM, courriel du 9 mai 2023 adressé aux chefs de corps (notamment), auquel est annexée une « Note critique du projet 'gestion autonome' » laquelle aborde trois points : « d'abord la critique de la situation existante telle que déduite de la loi du 18 février 2014 ; ensuite la critique du projet proposé par le ministre ; enfin la proposition d'une révision de la loi, basée sur le *Plan pour une gestion autonome des cours et tribunaux et du ministère public* conçu par le précédent Collège des cours et tribunaux et qui a été rendu public le 26 juillet 2017 ». La Libre du 31 mai 2023 relaye largement ces craintes, ce à quoi le Collège des cours et tribunaux répond par une note pour clarifier la situation, ce que La Libre intitule le 1^{er} juin « La réforme de la justice serait loin d'aboutir » (p.7)

concertation avec la « base » et de l'absence de transparence, il a fallu, le 23 juin 2023, dans la précipitation en raison de l'approche des vacances judiciaires, organiser une journée de réflexion dans les locaux du bâtiment « Justitia » à Evere. L'Association syndicale des magistrats (ASM) avait réussi à se faire entendre au niveau gouvernemental, grâce à une formidable mobilisation médiatique et une pétition en ligne, et le processus des discussions en IKW avait été provisoirement suspendu. L'Union professionnelle des magistrats (UPM) fit bloc avec l'ASM et l'on ne put s'empêcher de penser que les vives réticences, surtout dirigées vers le Collège des cours et tribunaux, étaient à nouveau davantage une réaction de la magistrature francophone⁶⁰⁷.

L'UPM, l'ASM et le CCM préconisent l'élaboration d'un régime de dotation à négocier avec le Parlement. La proposition formulée par l'ARM en 2013 définit, sous réserve de nuances propres à chacun des protagonistes, les grandes lignes du système auquel ces organes aspirent concrètement.

Le modèle proposé par le Conseil consultatif de la magistrature se décrit comme suit :

« De manière plus fondamentale, il est préférable de recourir à un modèle fondé sur des plans de gestion présentés au Parlement, plutôt qu'à un 'contrat de gestion' conclu avec le ministre de la Justice. Le Conseil consultatif de la magistrature estime qu'un autre modèle de gestion que celui du 'contrat de gestion' conclu avec le ministre de la Justice, doit être envisagé, modèle qui consacre le rôle du Parlement, pour mieux garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La Constitution, considérée dans son ensemble, consacre l'application du principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État. Le respect de ce principe implique que, si une autonomie de gestion du fonctionnement du pouvoir judiciaire lui est confiée, le pouvoir judiciaire devrait recevoir directement du pouvoir législatif, à l'instar de la Cour constitutionnelle, les crédits nécessaires pour remplir sa mission légale, sur la base d'un budget détaillé, reposant sur des plans de gestion élaborés d'une part par le Collège des cours et tribunaux et par le Collège du ministère public, avec la collaboration des entités judiciaires, et d'autre part par le Comité de direction de la Cour de cassation composé de membres de la Cour et de son parquet. Le pouvoir exécutif ne devrait intervenir que pour assurer la mise en œuvre des plans de gestion soumis au Parlement.

Il s'ensuit que l'utilisation de ces crédits serait évaluée par le Parlement sur la base de rapports de fonctionnement élaborés par les collèges en collaboration avec les entités judiciaires et par le Comité de direction de la Cour de cassation, et être contrôlée par la Cour des comptes. Actuellement déjà, les juridictions soumettent leur rapport de fonctionnement au Parlement. C'est donc tout naturellement au départ de ce système que s'opérerait le passage vers le régime ici préconisé. Le transfert de la responsabilité de la gestion des crédits et du personnel au pouvoir judiciaire serait ainsi réalisé dans le respect de l'indépendance de ce pouvoir »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Nous apprenons par la presse que l'ASM n'est pas rassurée (« *Le projet de réforme pour une justice plus autonome inquiète toujours* », interview de Mme MESSIAEN, *La Libre*, 7 juillet 2023, 10).

⁶⁰⁸ Conseil consultatif de la magistrature, avis, o.c., 21.

204. Quoi qu'il en soit, au moment de clôturer le présent état des lieux, qui se contentera de cet examen très sommaire de la refonte des mécanismes de la gestion de l'Ordre judiciaire, l'on ne peut préjuger du résultat des travaux par ailleurs déjà fortement avancés, il est vrai.

L'on ne peut, du reste, pas davantage s'empêcher de penser que, pour la magistrature belge, et en particulier pour les juges, l'apprentissage du management dans l'autogestion tant désirée reste un exercice non sans périls.

Enfin, reste malgré tout une interrogation centrale : en quoi ceci va véritablement être de nature à donner une réponse efficace aux situations très préoccupantes de l'état matériel et des ressources humaines des cours, tribunaux et parquets, sans cesse dénoncées ?⁶⁰⁹.

CONSIDÉRATIONS FINALES

205. Il va sans dire que toute société a fondamentalement besoin de bons magistrats, qui ont pour mission essentielle de trouver des solutions au champ de tension qui oppose des individus entre eux ou la liberté individuelle à la nécessité d'un ordre communautaire⁶¹⁰. L'indépendance, en tant que condition absolue du fonctionnement du pouvoir judiciaire et du fonctionnement du magistrat individuel, s'impose par son évidence.

L'*indépendance institutionnelle* du pouvoir judiciaire face aux autres pouvoirs de l'État est protégée par diverses dispositions constitutionnelles. Elle se reflète ainsi dans de multiples aspects du statut du magistrat individuel, qui sont réglés de manière à lui permettre de juger en toute indépendance et donc en toute impartialité.

Les règles destinées à protéger l'*indépendance fonctionnelle* du magistrat lui offrent aussi un cadre pour agir en toute impartialité : en ce sens, l'indépendance fonctionnelle peut être comprise comme une condition *sine qua non* d'une justice impartiale.

206. L'analyse qui précède montre clairement que les pouvoirs de l'État ne sont pas des châteaux forts isolés. Le pouvoir judiciaire entretient en effet des relations d'interdépendance

⁶⁰⁹ Depuis 2015, chaque année le 20 mars, sous le leitmotiv « Je crois en l'État de droit ! », un ensemble d'associations du monde judiciaire et civil (ASM, UPM, URJPP-KVVP, M&M, VDM, ARM/CCM, Avocats. be, Syndicat des avocats pour la démocratie, Ligue des droits humains et Liga voor de mensenrechten) organisent un événement au cours duquel elles souhaitent informer les citoyens sur les actualités au sein de l'organisation judiciaire et alerter les politiques sur les problèmes préoccupants dans le fonctionnement de la justice ; depuis 2019, les thèmes se concentrent sur les principaux problèmes (cons. <https://66jours.be/revendications/>). Quelques exemples au hasard : « À Bruxelles, le pouvoir judiciaire s'effondre », propos recueillis auprès de M KRINGS, Bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, (La Libre, 15 juin 2021, 38 et 39), « Par manque de magistrats, le parquet de Bruxelles ne poursuivra plus toutes les infractions » (La Libre, 21 avril 2023, 10 - Certes, le ministre a répondu que cela relèverait du collège du ministère public, qui aurait les moyens financiers pour revoir les cadres, les adapter et combler les manques d'effectifs. Sans surprise, le collège visé ne partage pas du tout cette analyse.) ; « Rechters moeten hun rol als tegenmacht behouden » (De Standaard, 20 mars 2023, 26), « Brussels gerecht niet opgewassen tegen Brussel » (De Standaard, 8 juillet 2022, 11) ; voir aussi les avis très critiques du CSJ rendus publics sur leur site web, ou encore la « Proposition de résolution visant à rendre plus attractive la fonction de magistrat » du 4 février 2022, déposée par Mme MATZ et crts. (Doc. parl., Ch., n° 55-2488/001), etc.

⁶¹⁰ R. MORTIER, « Rechterlijke onafhankelijkheid in België. Enkele reflecties », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 66.

et de coopération avec les autres pouvoirs constitués, dans le respect de la mission, de la spécificité et de l'indépendance de chacun.

Concrètement, cette 'coopération' se traduit à la fois par l'élargissement des champs d'action du juge individuel en dehors du cadre de référence traditionnel et par la participation accrue du pouvoir judiciaire à sa propre organisation : on peut bien sûr penser au rôle que le Conseil supérieur de la Justice (CSJ) joue, par l'intermédiaire de ses membres magistrats (et de représentants de la société civile désignés par des majorités parlementaires), dans la nomination de nouveaux magistrats, de même qu'à l'autonomie de gestion de l'organisation judiciaire : deux domaines dans lesquels le pouvoir exécutif occupait traditionnellement un rôle prépondérant, mais où la magistrature acquiert - à juste titre - sa place.

Qu'en contrepoint d'une justice devenue par la force des choses peut-être plus « militante »⁶¹¹ (v. supra), l'on soit depuis peu condamné à observer que sur des questions sociétales couvertes en principe par des droits fondamentaux, socles d'une démocratie digne de ce nom, des décisions judiciaires dérangeantes matériellement voire politiquement soient purement et simplement ignorées et non exécutées, ne peut laisser indifférent. C'est là une rupture du pacte constitutionnel scellé en 1831, ce qui est tout autant condamnable !

207. Il est permis de formuler quelques commentaires quant au rôle accru du juge (et des procureurs).

(i) La profession des juges et, de manière plus large, les deux autres pouvoirs constitués doivent se rendre à l'évidence : le juge est un acteur « politique » (*politeia*) dans la société. Il tient sa légitimité de la Constitution, étant qu'une élection n'est pas la seule source de légitimité. Cela lui donne une grande responsabilité et son pouvoir, considérable, est à exercer avec discernement et modération, de même que la liberté d'expression qui lui permet une opinion autorisée dans le champ du débat public dédié aux domaines dont il a la garde. André POTOCKI résume exactement cet exercice délicat : « Les juges doivent être conscients de l'ampleur des nouveaux pouvoirs qui leur sont dévolus. Tout en assumant pleinement leur rôle de protection de l'État de droit et des libertés fondamentales, il leur appartient de mettre ces pouvoirs en œuvre avec sagesse et la mesure nécessaires pour assurer, autant que faire se peut, la sérénité de leurs relations avec les institutions politiques. Au cœur de la constellation complexe des sources du droit, dans les limites de leurs missions, il leur revient d'agir en coresponsables de la démocratie, qu'ils doivent animer et protéger avec les pouvoirs exécutif et législatif »⁶¹².

(ii) Plus le pouvoir judiciaire acquerra une indépendance externe, plus il devra rendre des comptes. Plus le rôle du pouvoir judiciaire dans sa propre gestion s'étendra, plus il sera jugé en conséquence. La société nourrira inévitablement des interrogations à cet égard, ce qui,

⁶¹¹ M. CADELLI, « La justice des années 2020 sera militante ou ne sera pas » in M. CADELLI et J. ENGLEBERT, (dir.) *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, coll. Association syndicales des magistrats, Limal, Anthemis, 2002, pp. 33-97.

⁶¹² A. POTOCKI, *o.c.*, n° 19, 21.

dans certaines circonstances, pourrait évidemment exercer une pression supplémentaire sur l'indépendance du pouvoir judiciaire⁶¹³.

(iii) S'agissant de l'*indépendance fonctionnelle* du pouvoir judiciaire en tant que 'pouvoir constitué' vis-à-vis du pouvoir exécutif, il va de soi qu'une 'véritable' autonomie de gestion est mise en danger lorsque c'est le pouvoir exécutif qui décide des moyens de fonctionnement des cours et tribunaux et impose, comme condition de leur attribution, que les contrats de gestion respectifs formulent des objectifs opérationnels en termes de nombre de jugements rendus. D'aucuns diront que c'est normal, lorsque d'autres y verront un risque d'ingérence dans le fonctionnement même du pouvoir judiciaire. Il s'agit là d'un délicat équilibre à trouver, surtout pour l'entité de gestion Cassation, qui coïncide avec la juridiction⁶¹⁴.

(iv) Tant sur le plan 'constitutionnel que sur le plan 'individuel', les magistrats deviennent plus 'loquaces'. Ils s'unissent au sein d'associations professionnelles et d'organisations syndicales et les décideurs politiques les incitent à participer à des organes tels que le Conseil supérieur de la Justice (CSJ) et le Conseil consultatif de la magistrature (CCM). Les magistrats individuels trouvent également leur place dans le *forum public* : la retenue que l'on attend traditionnellement de leur part semble céder la place à des opportunités élargies de participer au débat public.

À mon sens, c'est précisément cette double évolution qui a contribué à ouvrir la voie à une participation plus large de la magistrature à sa propre organisation, avec pour point d'orgue la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire.

(v) L'autonomie de gestion accroît l'indépendance externe du pouvoir judiciaire dans son ensemble. Dans ce processus, les chefs de corps et les comités de direction, qui se voient confier un rôle plus important, subiront aussi des pressions de la part des collèges des cours et tribunaux et du ministère public. Et la tendance à 'plus' de management ne fera que s'accroître.

Cette perspective invite à s'interroger d'emblée sur la position du juge individuel qui se verra confronté à un périlleux exercice d'équilibriste. En effet, il sera amené à concilier la liberté de traiter les affaires de la manière qui lui semble la plus adéquate avec l'obligation de se conformer à certains objectifs de nature plus générale⁶¹⁵. En cas de déséquilibre, l'indépendance institutionnelle accrue du pouvoir judiciaire en tant que pouvoir constitué risque de peser sur l'indépendance fonctionnelle 'interne' du magistrat individuel. En pareil cas, l'autonomie de gestion dégénèrera pour se transformer en un *ouroboros*, le fameux serpent qui se mord la queue dans la mythologie grecque.

⁶¹³ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, « De onafhankelijkheid van de rechter en de rechtsprekende macht in België », *Rechterlijke onafhankelijkheid*, LeA Uitgevers, 2023, 64, n° 75.

⁶¹⁴ R. MORTIER, *o.c.*, 70.

⁶¹⁵ P. LEMMENS et R. VAN RANSBEECK, *ibid.*

En d'autres termes, une magistrature axée à la fois sur un dialogue constructif et une coopération loyale en interne et sur une communication responsable vis-à-vis de l'extérieur forme le terreau – et la condition *sine qua non* –, entre autres, d'une autonomie de gestion réussie.

(vi) Le pouvoir judiciaire assure la tranquillité juridique, garantit la protection juridique du citoyen et la sécurité juridique de tous, et défend ainsi finalement l'État de droit. Ce faisant, il remplit une fonction stabilisatrice indispensable dans notre société. Et c'est à juste titre que la société attend un maximum de rigueur et de justice dans la gestion des affaires individuelles.

Mais l'on attend plus. Dans toute l'Europe, le pouvoir judiciaire subit des transformations et des bouleversements. Le *New Public Management*, testé avec succès ailleurs, avec ses éléments de budgétisation, de comptabilité analytique et de contrôle, avec ses chiffres clés et ses normes de qualité, est souvent transposé au monde de la justice sans la moindre réflexion.

L'ambiguïté des discours exploitant des intérêts et des besoins n'est pas moins évidente : qui veut quoi de la justice ? Car il existe certainement un potentiel de conflits, ce qui explique le double discours !

Le NPM n'est pas un modèle neutre. Il ne vise pas à optimiser les valeurs démocratiques traditionnelles que sont la liberté, l'égalité et la solidarité. Il s'agit plutôt d'une technique permettant d'augmenter la production et d'améliorer les produits avec des ressources en déclin.

Cependant, il n'est pas réaliste de s'opposer purement et simplement au NPM ; c'est peine perdue, tant le mot clé « management » a une connotation positive auprès du public. Les citoyens aiment ce mot, car il est synonyme de rationalité, de qualité, de rapidité et de réduction des coûts ! Et donc de services judiciaires de base dont ils pourront bénéficier. Les décideurs politiques au niveau exécutif l'ont bien compris !

Et le NPM peut certainement trouver son utilité. Car les membres du pouvoir judiciaire veulent aussi changer des choses jugées obsolètes ou qui ne servent pas le mandat constitutionnel.

(vii) Le dogme professionnel classique, selon lequel la qualité du travail judiciaire n'est en fin de compte pas mesurable, est caractéristique de cette tension permanente entre la gestion axée sur les coûts, d'une part, et les normes de qualité traditionnelles, d'autre part.

Ce dogme est justifié comme suit : quand bien même le travail des juges et des procureurs (et donc eux-mêmes) devraient être « mesuré » en remplissant des critères de qualité, la mesurabilité de ces critères au sens d'une analyse mathématiquement vérifiable est exclue. Certes, il existe des paramètres objectifs, tels que le temps de traitement nécessaire, la fréquence des recours, le quota d'annulations, de règlements et de transactions, les frais de procédure, etc. Toutefois, ces sous-aspects n'ont pas de signification absolue pour

l'évaluation de la qualité de l'application du droit. Les décisions des juges et des procureurs sont des processus cognitifs créatifs, qui échappent précisément pour cette raison à toute mesure⁶¹⁶.

(viii) La fin de la tutelle exercée par le pouvoir exécutif, tant souhaitée en termes d'autogestion et de séparation des pouvoirs chère à Montesquieu, ne doit en aucun cas être acquise en renonçant à la *Wesensaufgabe* du Pouvoir judiciaire⁶¹⁷.

« La justice n'a pas à rendre un jugement économique, elle a à rendre un jugement judiciaire, par conséquent il lui faut du temps pour le rendre, il lui faut de la proximité, de la réflexion. Elle n'a pas à être soumise aux impératifs d'une entreprise privée »⁶¹⁸ car son principe de fonctionnement n'est ni le profit ni la rentabilité mais dire la juste mesure dans la régulation du vivre-ensemble!⁶¹⁹ Cela a un prix et un coût : dire le droit n'est pas une offre « last-minute ».

⁶¹⁶ Deutscher Richterbund (DRB) (Bundesvorstand), *Thesepapier zur Qualität der Arbeit in Gerichten und Staatsanwaltschaften* (avril 2014), 2.

⁶¹⁷ Sur les inquiétudes soulevées par ces changements, v. J. de CODT, « *La justice vit une révolution culturelle, elle perd son humanité* », *Le Soir*, 23 juin 2020, 8 et 9.

⁶¹⁸ D. ROUSSEAU, *o.c.*, p. 49.

⁶¹⁹ De pénétrantes études ont été consacrées à la question de savoir quel management pourrait servir la justice (Th. MARCHANDISE (dir.), *Quel management pour quelle justice ?*, Larcier, Bruxelles, 2019, not. P. MARTENS, « La mangement modifie-t-il le rapport du juge à sa profession ? », pp.107 et s., et l'incidence sur l'indépendance des juges (B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, 2011, spéc. D. ROUSSEAU, « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », p. 57 et s.) et B. FRYDMAN, « Concilier le management avec les valeurs du judiciaire », p. 81 et s. Les professeurs R. DEPRE et A. HONDEGHEM (éd.), *Management, bestuur en beleid in de rechterlijke organisatie*, die Keure, Brugge, 2000, ont procédé à un examen approfondi des multiples aspects reliés à la situation belge, jetant un regard croisé sur l'organisation judiciaire belge et néerlandaise. Les enseignements sont variés et multidirectionnels ! Nous n'avons pas le sentiment que sur le terrain des réformes concrètes, au-delà d'envoies lyriques se voulant rassurantes, ces réflexions, mises en garde et recommandations aient véritablement laissé des traces tangibles !