

LE POUVOIR JUDICIAIRE ET L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS : RÉFLEXIONS À PROPOS DES RÉCENTES RÉFORMES

Frédéric BOUHON¹ et Quentin PIRONNET²

« *Quel respect donner à un État qui marchandise sa fonction la plus archaïque, qui est de rendre la Justice ? [.] Cet État n'est plus un État de droit, mais un État voyou* ». C'est par ces mots que le Chevalier Jean de Codt, premier président de la Cour de cassation, a fait trembler la sphère médiatique belge le dimanche 15 mai 2016, à l'occasion d'une interview télévisée remarquée³. Sorti de sa réserve selon certains, incarnant sa fonction pour d'autres, l'évènement mérite d'être plus amplement analysé. Il éveille en effet une myriade de réflexions sur la place du pouvoir judiciaire et de l'acte de juger à l'heure actuelle.

Paul Somers résume la problématique en ces mots « *en cherchant à moderniser l'appareil judiciaire, la Belgique aurait-elle renoncé à affirmer la séparation des pouvoirs, le respect du procès équitable et l'indépendance de la justice ?* »⁴. Nous proposons de nous focaliser, dans la présente contribution, sur la question de savoir si les réformes judiciaires qui ont été menées au cours des dernières années ont affecté – et le cas échéant, dans quelle mesure – le principe de la séparation des pouvoirs.

Il s'agit là d'un principe bien connu et souvent évoqué par les acteurs et les commentateurs de la vie politique. La règle est cependant plus difficile à cerner et certainement moins absolue qu'il n'y paraît de prime abord. Pour tenter de répondre à la question que nous avons formulée, il sera donc nécessaire de revenir sur la portée du principe (I). Ce n'est qu'ensuite que nous pourrions nous intéresser aux enjeux actuels et nous demander si les réformes entreprises par le législateur sont de nature à entrer en conflit avec

¹ F. Bouhon, chargé de cours à l'Université de Liège. Texte rédigé en mars 2017.

² Q. Pironnet, assistant et maître de conférences à l'Université de Liège.

³ De Mulder V, « La Belgique se rapproche d'un État voyou, pour le plus haut magistrat du pays », *RTBF.be*, 15 mai 2016, disponible à l'adresse suivante <https://www.rtf.be/>, consulté le 1^{er} janvier 2017.

⁴ Somers P, « Le printemps de la justice - Actes du colloque du 27 février 2015 organisé par l'Union professionnelle de la Magistrature », *Ius & Actores*, 2015/2, p. 10.

le principe fondamental (II). Nous poursuivrons enfin la réflexion en nous fondant sur une série d'exemples choisis, dans le but d'essayer de concilier certains antagonismes que l'analyse aura fait apparaître (III).

I. Séparer ou équilibrer les pouvoirs

Pour asseoir notre réflexion sur des bases suffisamment solides, il convient de revenir en premier lieu sur l'origine et la signification de la notion de séparation des pouvoirs. Le concept, comme celui de démocratie, est un de ceux qu'on utilise beaucoup sans être nécessairement en mesure de lui donner une portée précise. On a ainsi pu relever que « [l]a séparation des pouvoirs est paradoxalement l'un des concepts juridiques les plus connus du grand public et l'un des moins étudiés des juristes »⁵.

Dans les pages qui suivent, nous aborderons successivement la conception présente dans l'œuvre classique de Montesquieu (I.1.), puis la théorie établie par les pères fondateurs des États-Unis d'Amérique (I.2.), avant de nous focaliser sur le principe tel qu'il s'est développé en droit belge (I.3.)

I.1. La séparation des pouvoirs selon Montesquieu

L'idée selon laquelle il est préférable de partager le pouvoir étatique entre différentes personnes ou différents organes n'est pas neuve. Elle était, dans une certaine mesure, mise en œuvre dans bon nombre de systèmes politiques dès l'Antiquité. Pour ne prendre qu'un seul exemple, on sait que, sous la République romaine, l'autorité publique était répartie entre différentes assemblées et magistratures.

La théorisation de la séparation des pouvoirs, dans son acception contemporaine, remonte toutefois à des siècles plus récents. Contrairement à l'idée reçue, ce n'est pas au baron de Montesquieu, mais à John Locke, que revient la paternité de la division tripartite des pouvoirs⁶ et la recommandation d'une certaine séparation dans leur attribution⁷. Néanmoins, élément fort intéressant pour notre propos, cet auteur n'identifiait pas, à l'époque, de pouvoir judiciaire à part entière. À côté des

⁵ Pariente A. (dir.), *La séparation des pouvoirs – Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2006, p. 3.

⁶ Locke J., *Deux traités de gouvernement civil* (1690), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1997. Voy. en particulier le chapitre 12 du Deuxième Traité.

⁷ Idem, p. 219.

Le pouvoir j
récentes réfi

pouvoirs lé;
pouvoir dit j
de conclure
avec toutes
république)

L'apport de
non seulem
insistant sur
l'autonomie

« il
pou

Selon le pl
structure ir
constitution
différents, (r
concerne le

« Il
sép.
jour
cité
jour
op
des
poi
pul
pai

Si l'on se
Montesqui
sur les par
emprise F
situation, l

⁸ Locke J., c
⁹ Montesqu
¹⁰ Ibid, p. 2

pouvoirs législatif et exécutif dont il affirmait l'existence se trouvait un pouvoir dit *fédératif*, lequel incluait le pouvoir « *de faire la guerre et la paix, de conclure des ligues et des alliances et de traiter n'importe quelle affaire avec toutes les personnes et toutes les communautés qui sont en dehors de la république* »⁸

L'apport de Montesquieu est dès lors significatif, à deux titres au moins il a non seulement mis en évidence l'intérêt de la séparation des pouvoirs, en insistant sur les conséquences néfastes de leur réunion, mais il a aussi prôné l'autonomie du pouvoir judiciaire. On lui connaît cette phrase célèbre.

*« il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »*⁹

Selon le philosophe, la séparation des pouvoirs doit donc découler de la structure institutionnelle d'un État, de préférence par le moyen d'une constitution qui prévoit que les pouvoirs sont exercés par des titulaires différents, dans le but de se prémunir de l'autoritarisme. Ainsi, en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, le magistrat bordelais affirme qu'

*« Il n'y a point [...] de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. 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 exécutrice, 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 »*¹⁰

Si l'on se penche plus avant sur le pouvoir judiciaire, on remarque que Montesquieu le distingue des deux autres en ce qu'il s'exerce directement sur les particuliers, de sorte que ceux-ci sont immédiatement soumis à son emprise. Pour pallier les risques accrus d'arbitraire que présente cette situation, Montesquieu développe une conception du juge en retrait par

⁸ Locke J, *op cit*, p 220

⁹ Montesquieu, *op cit*, p 206

¹⁰ *Ibid*, p 208.

rapport au pouvoir politique ; celle-ci a fait date à travers deux phrases-clés de l'*Esprit des lois* : d'une part,

« les juges de la nation ne sont (.) que la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹¹

D'autre part, « Des trois puissances (..), celle de juger est, en quelque façon, nulle »¹².

Cette idée continue à marquer la vision de la justice et du juge, en Belgique comme d'ailleurs en France. La crainte d'un « gouvernement des juges », expression que l'on doit à Édouard Lambert¹³, y est devenue un marronnier de la doctrine juridique. En France, la mission de rendre la justice est attribuée, selon la Constitution de 1958, à l'*autorité judiciaire*¹⁴, plutôt qu'au *pouvoir judiciaire* – la différence est symboliquement forte. En Belgique, le Congrès national était, en 1830-1831, imprégné de la conception de Montesquieu ; comme l'a écrit Francis Delpérée, il a choisi de confier la fonction judiciaire dans l'optique de placer les juges « hors du jeu politique »¹⁵.

1.2. La notion américaine des *checks and balances*

Quelques années après la publication de *L'esprit des lois*, la pensée de Montesquieu a joué un rôle important dans l'élaboration de la Constitution des États-Unis d'Amérique. On retrouve en particulier l'idée dans la pensée d'Alexander Hamilton, James Madison et John Jay. Ces trois hommes politiques ont rédigé, sous le pseudonyme de *Publius*, les célèbres *Federalist papers*, à travers lesquels ils plaident pour l'adhésion de l'État de New York à la Constitution de 1787. Selon les auteurs,

« L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, dans les mêmes mains (.) peut justement être considérée comme la véritable définition de la tyrannie »¹⁶.

¹¹ *Ibid*, p 216

¹² *Ibid*, p 212

¹³ Lambert E, *Le Gouvernement des juges*, Paris, Giard, 1921, pp 4-5

¹⁴ Voy. le titre VIII de la Constitution de la République française

¹⁵ Delpérée F., « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *AP T*, 1990, p 126

¹⁶ Hamilton A, Jay J et Madison J., *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p 379

Le pouvoir ju
récentes réfo.

Les auteurs
séparation l
interaction.
personne ou
différents C
exercée par
département
renversés »¹
biais des c
mécanismes
prenne l'as
strict¹⁸

« [
goi
les
co,
lég

Si Montes
semble qu
contraire
Wodon, c
Montesqu

Sans app
leurs aut
Conseil c
qui reço
duquel le
mesure c

¹⁷ Hamilt

¹⁸ Pour
contempo

1787 », l

¹⁹ Hamil

²⁰ Wodo
public b

²¹ Pour

théorie l

²² Behre

Les auteurs américains insistent sur le fait que l'objectif n'est pas tant la séparation hermétique entre les pouvoirs, que leur équilibre et leur interaction. Il n'est donc pas inconcevable, selon eux, qu'une même personne ou un même organe contribue à l'exercice de plusieurs pouvoirs différents. Ce n'est que « lorsque la *totalité* du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre département, [que] les principes fondamentaux d'une Constitution libre sont renversés »¹⁷. L'équilibre des pouvoirs peut en pratique être atteint par le biais des *checks and balances* (les freins et contrepoids), qui sont des mécanismes structurels et institutionnels destinés à éviter qu'un pouvoir prenne l'ascendant sur un autre, sans pour autant requérir un cloisonnement strict¹⁸.

« [C]e que nous cherchions ce n'était pas seulement un gouvernement qui repose sur des principes libres, mais encore dont les pouvoirs soient ainsi divisés et équilibrés entre les différents corps de magistrature qu'aucun ne puisse dépasser ses limites légales sans être effectivement freiné et contenu par les autres »¹⁹

Si Montesquieu n'a guère développé cette dimension dans son œuvre, il semble qu'elle ne soit pas incompatible avec sa pensée et qu'elle vient au contraire adéquatement la compléter. Nous pensons en effet, avec Louis Wodon, que « [c]e n'est pas tant à la séparation des pouvoirs [...] que Montesquieu attache de l'importance [...] qu'à leur équilibre »²⁰.

Sans approfondir ici l'analyse des *Federalist papers*²¹, on peut relever que leurs auteurs distinguent les aménagements externes (recours au peuple, Conseil des censeurs), qu'ils ne préconisent pas, des aménagements internes, qui reçoivent leur faveur. Ces derniers consistent en un « système au sein duquel les organes auxquels est confié l'exercice d'un Pouvoir seraient en mesure d'empêcher les abus éventuels d'autres organes »²². Nous verrons

¹⁷ Hamilton A., Jay J. et Madison J., *op cit*, p. 381, c'est nous qui soulignons.

¹⁸ Pour une analyse des oppositions, voy. Mann B., « Frontières, freins et contrepoids : la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787 », *Revue française de science politique*, n°2, 1994, pp. 257-293.

¹⁹ Hamilton A., Jay J. et Madison J., *op cit*, p. 390, c'est nous qui soulignons.

²⁰ Wodon L., *Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1942, p. 19.

²¹ Pour une plus ample analyse, voy. Behrendt C. et Bouhon F., *Introduction à la théorie générale de l'État - Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 161-166.

²² Behrendt C. et Bouhon F., *op cit*, p. 165.

que c'est le parti qu'a pris l'ordre juridique belge en ce qui concerne la séparation des pouvoirs.

1.3. La séparation ou l'équilibre des pouvoirs en droit belge

La Belgique connaît le principe de la séparation des pouvoirs dans son ordre juridique. Son importance et son application à l'égard du pouvoir judiciaire était déjà affirmée à la naissance de l'État belge ; on peut notamment lire ce qui suit dans le rapport de Raikem, présenté au Congrès National de Belgique au cours des discussions sur la future Constitution :

« Le projet qui vous est présenté a rétabli l'existence des trois pouvoirs () Ainsi, le pouvoir exécutif ne pourra pas empiéter sur les autres branches de pouvoirs Le pouvoir judiciaire en est indépendant, il est exercé par les cours et tribunaux, l'action du pouvoir exécutif ne commence que lorsqu'il s'agit d'exécuter leurs décisions »²³.

Si le terme « séparation » est communément utilisé, il nous semble que c'est bien l'idée d'équilibre des pouvoirs, telle que nous l'avons décrite *supra*²⁴, qui s'applique au Royaume²⁵. Il est dès lors admis que la règle n'a pas une valeur absolue et que des interactions entre les pouvoirs ont lieu dans une certaine mesure²⁶. Ainsi, selon Walter Ganshof van der Meersch, la

²³ Huyttens É, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Bruxelles, Société typographique belge, Tome IV, Pièce justificative n° 53, p. 68. C'est nous qui soulignons.

²⁴ Voy. Section I 2.

²⁵ On peut cependant considérer qu'une conception plus rigide a pu prévaloir et avoir des implications concrètes considérables. On peut ainsi se rappeler que c'est « au nom de cette conception métaphysique du pouvoir « souverain » en trois personnes qui travestissait et les idées de Montesquieu et l'esprit de la Constitution que les Cours et Tribunaux belges avaient consacré la théorie de l'immunité de la puissance publique, du Pouvoir Exécutif, de l'Administration » (Philippart R., *Séparation des Pouvoirs - discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, Imp. H. Vaillant-Carmanne S.A., 16 novembre 1946, p. 7).

²⁶ Alen A., « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *AP T*, 1990, pp. 221-236, ici p. 222 ; Lemmens P., « The Independence of Judiciary in Belgium », in *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian report at the II International Congress of Procedural Law*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 49-82, ici p. 51.

Le pouvoir
récentes ré

séparation
législateur

Même si la
désormais
comme un
Cour const

« I
do.
L'i
gé.
l'n

Ce princip
dédit des

²⁷ Conclusi

²⁸ Ceci sen
judiciaire e
Muller, *La
naissance c
extension d*

²⁹ Lemmen
*judicial p
Internation*
pp. 49 et s.
principes g

³⁰ C.C., 15
99/2011, I
pouvoirs n
l'ordie ju
exceptionn
³¹ La quest
ou seuleme
même dérc
celle que l
indéniable
institution
pouvoirs q
dans l'exer
C'est ()
dans laque

séparation des pouvoirs est « un précepte, sans valeur absolue, pour le législateur et pour le juge »²⁷

Même si la règle n'est pas consacrée explicitement par la Constitution, il est désormais acquis qu'elle a une valeur juridique²⁸ et peut être considérée comme un principe général de droit²⁹. Ceci a notamment été affirmé par la Cour constitutionnelle :

*« La séparation des pouvoirs est un principe général de droit qui doit être interprété conformément au texte de la Constitution. L'indépendance du pouvoir judiciaire garantie par le principe général de la séparation des pouvoirs porte par conséquent sur l'indépendance fonctionnelle des magistrats »*³⁰.

Ce principe, dont on a reconnu la valeur constitutionnelle³¹, est notamment déduit des articles 33, 36, 37, 40 et 41, alinéa 1^{er}, de la Constitution³². Bien

²⁷ Conclusions devant Cass, 7 mars 1963, *Pas*, 1963, I, p. 750

²⁸ Ceci semble s'opposer à la thèse de Ch. Faider, qui considère que le pouvoir judiciaire est en quelque sorte inféodé aux deux autres, qui sont prépondérants (F. Muller, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs de sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle*, Bruges, La Chartre, 2011, p. 287).

²⁹ Lemmens P., « The Independence of Judiciary in Belgium », in *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian report at the II International Congress of Procedural Law*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 49-82, ici pp. 49 et s.; W. Ganshof van der Meersch, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *JT*, 1970, pp. 557-573 et 581-596, ici pp. 583-584.

³⁰ C.C., 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.26. Voy. aussi C.C., 31 mai 2011, n° 99/2011, B.41, et C.C., 24 mars 2016, n° 48/2016, B.9. « la séparation des pouvoirs n'autorise [] toutefois le législateur décrétoire à modifier rétroactivement l'ordre juridique sans qu'il soit démontré qu'il existe des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général ».

³¹ La question s'est posée de savoir si le principe avait une valeur constitutionnelle, ou seulement législative. La seconde hypothèse implique que le législateur peut lui-même déroger au principe qui ne s'impose pas à lui. Cette conception semble être celle que la Section de législation du Conseil d'État a exprimée en 1989 : « il est indéniable que la séparation des pouvoirs est l'un des fondements de notre système institutionnel, et singulièrement de la répartition des fonctions de l'État entre des pouvoirs qui, l'un par rapport à l'autre, sont dotés chacun d'une certaine autonomie dans l'exercice des fonctions de législation, d'administration et de juridiction (.) 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

entendu, la règle n'est pas directement invocable devant la haute juridiction, puisqu'elle ne constitue pas en tant que telle une norme de référence à l'aune de laquelle la Cour exerce son contrôle. Le principe peut toutefois être pris en considération en combinaison avec les articles de la Constitution dont la Cour est la gardienne en application de sa législation organique³³, sans préjudice de la théorie de l'ensemble indissociable³⁴.

La Cour de cassation reconnaît elle aussi la séparation des pouvoirs comme principe général de droit. Elle estime d'ailleurs que la règle est d'ordre public et qu'elle est susceptible d'être soulevée pour la première fois devant elle³⁵. La haute juridiction judiciaire y voit également une des sources du principe d'indépendance et d'impartialité du magistrat, lequel est présumé, « jusqu'à preuve du contraire, [...] statuer en toute impartialité, indépendance et objectivité »³⁶.

Un auteur belge a d'ailleurs qualifié l'indépendance judiciaire de « pierre angulaire de la séparation des pouvoirs, qui certainement sur ce point conserve sa pleine signification en droit positif »³⁷. Ainsi, alors que dans les

positif du principe de la séparation des pouvoirs, compte tenu des nécessités du présent et des conceptions prédominantes » (Avis du 3 octobre 1989, *Doc Parl*, Ch repr, 1988-89, n° 675/2, points 4.1 et 4.2). La Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ont en revanche affirmé le caractère constitutionnel du principe (voir not C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014, B 3 et Cass., 22 mai 1987, *Pas*, I, p. 1177). Avec d'autres auteurs, nous pensons aussi que « [l]a séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel. Son sens et sa portée ne peuvent donc se déduire que de la Constitution elle-même et non des décisions nouvelles que prendrait le Pouvoir législatif. Ce principe constitutionnel signifie, nécessairement, à peine de le vider de sa substance, que le Pouvoir législatif ne possède pas une 'suprématie' () à l'égard du Pouvoir judiciaire qui lui permettrait de 'contrôler celui-ci' » (Ganshof van der Meersch W., Delange R., Dumon F. et Charles R., « À propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *JT*, 1990, pp. 423-426).

³² C.C., 26 novembre 2011, n° 186/2009, B 7.

³³ C.C., 12 novembre 2011, n° 67/92, B 2.2.

³⁴ C.C., 22 juillet 2004, n° 136/2004, B 5.2. Voy. ég. Rosoux G., *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, thèse (Liège, 2014), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 148-164.

³⁵ Cass., 4 septembre 2014, *Pas*, 2014, pp. 1731-1740.

³⁶ Cass., 8 mai 2012, comm. H. Lamont, *Juristenkrant*, 16 mai 2012, pp. 10 et 11.

³⁷ Alen A., « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *APT*, 1990, pp. 221-236, ici pp. 231-232. Pour le dire autrement : « [d]e scheiding der machten betekent

Le pou
récentes

régimes
frontière
séparati
restée p
Constitu
autres po

II. Réfo

Après av
pouvoirs
convient
échéant,
judiciair

À cet ég
une crisi
juridicti
manquer
parution
cadre de
les juge
répondu

eerst en v
die door
2009, p
Amicorum
531. Le r
séparati
l'indépen
aujourd'h
³⁸ Nous
d'inamov
traitemen
règles d'i
³⁹ Grandj
sur le pc
Bruylant,
⁴⁰ Voy. Fr
Wildemets
politiques
53-77.

régimes parlementaires contemporains – tel celui de la Belgique – la frontière entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se serait atténuée, la séparation entre ces deux pouvoirs et le troisième – le judiciaire – serait restée plus marquée. Ceci pourrait être expliqué par le fait que la Constitution assure l'indépendance des juges, notamment par rapport aux autres pouvoirs, à travers une série de règles dont les effets sont concrets³⁸

II. Réformer la justice

Après avoir rappelé sommairement la portée de la notion de séparation des pouvoirs, ce qui nous a amené à insister sur l'idée d'équilibre entre eux, il convient à présent de nous demander si cet équilibre est affecté – et, le cas échéant, dans quelle mesure – par les récentes réformes du système judiciaire

À cet égard, il peut être opportun de nous demander si l'on vit actuellement une crise de légitimité du juge ou encore une remise en cause du rôle des juridictions dans la société belge. Force est de constater que ces questions ne manquent pas d'être soulevées. On peut notamment mentionner la récente parution d'un ouvrage collectif sur le pouvoir politique des juges³⁹. Dans le cadre de la présente contribution, il ne s'agira toutefois pas de démontrer que les juges exercent des fonctions politiques – d'autres auteurs ont déjà répondu par l'affirmative à cette question⁴⁰ – mais d'analyser, à la suite des

eerst en vooral dat men het recht heeft op een onpartijdige en onafhankelijke rechter die door de wet is aangesteld » (Interview de M. Storme, *Juristenkrant*, 14 janvier 2009, p. 8). Voy. aussi Delpérée F., « Propos sur la justice, ici et là », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 531-539, ici p. 531. Le même auteur, dans une autre contribution, affirme que « la doctrine de la séparation des pouvoirs est essentiellement conçue comme le moyen de garantir l'indépendance des cours et tribunaux » (Delpérée F., « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *A P T*, 1990, pp. 126-131, ici pp. 126-127).

³⁸ Nous pensons en particulier au principe de nomination à vie et à la règle d'immovibilité des juges (article 152 de la Constitution), mais aussi au fait que le traitement des juges est fixé par la loi (article 154 de la Constitution) et que des règles d'incompatibilité sont imposées (article 155 de la Constitution).

³⁹ Grandjean G. et Wildemeersch J. (dir.), *Les juges décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 371 p.

⁴⁰ Voy. François L. et Thirion N., « Les juges dans la politique », in Grandjean G. et Wildemeersch J. (dir.), *Les juges décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 53-77.

récentes réformes en matière judiciaire, la place et l'importance que revêt encore le principe de séparation des pouvoirs, spécialement quant à la marge d'appréciation dont bénéficie le législateur pour organiser les cours et tribunaux ainsi que pour encadrer leurs missions

Afin de répondre à la question posée, nous tenterons de montrer qu'il existe une certaine tension entre d'une part les aspirations de la société actuelle, qui motivent certaines évolutions des institutions judiciaires (II.1), et d'autre part les caractéristiques irréductibles du principe d'équilibre des pouvoirs (II.2.)

II.1. Les nouveaux défis de la justice

Nous remarquons que, depuis plusieurs décennies, une aspiration nouvelle émane de l'opinion publique et du monde politique : le désir d'efficacité de la justice. Dans ce contexte, le rapport du justiciable à la justice a subi une mutation profonde. Celle-ci a connu deux étapes⁴¹ : « un "courant modernisateur", puis un tournant managérial »⁴².

Autrefois, la justice s'imposait comme une « fonction régaliennne spécifique »⁴³, hétéronome et émanant directement de Dieu. La justice est une machinerie, lourde, imposante et verticale. Le juge, lui, profite toujours d'une construction millénaire d'aura « sacrée » qui entoure son office⁴⁴. Certes, on peut raisonnablement estimer que la remise en cause de l'institution judiciaire et de ses membres n'est pas neuve. De façon intemporelle, chaque procès fait un heureux et un malheureux, la justice n'étant pas destinée à complaire. La remise en question est toutefois marquée par une nouvelle donne à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. L'évolution s'attache à déconstruire les structures, jugées complexes et archaïques, dans un monde qui connaît une juridicisation des comportements et une judiciarisation des conflits. Nous y reviendrons.

Nous sommes actuellement engagés dans le second tournant. Il consiste à axer la réflexion autour de l'amélioration du système judiciaire sur

⁴¹ Vigour C, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2/2006 (n°63-64), p. 429

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibid*, p. 426

⁴⁴ Voy. Jacob R, *La grâce des juges, l'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014, 516 p.

Le pouvo
récentes r

l'assimilat
administré
profit du
délégation
considérer
longues z
l'inadéqua
peut four
sont donc
lexique qu
de résulta
motifs de
illustratif.

nc
ra
ac

qu
di
un
di

pl
l'i
pl
de
ge
cc

⁴⁵ Munung
l'indépend
judiciaire
constitutio

⁴⁶ Voy. la 1

L'assimilation de la justice à un service public, au même titre que les autres administrations étatiques. La perspective d'un service efficace conçu au profit du justiciable-consommateur se substitue dès lors à l'idée de la délégation d'un pouvoir régalien. Dans ce contexte, on peut par exemple considérer que l'arriéré judiciaire, qui engendre souvent des procédures longues au point de désespérer les concernés, est un symptôme de l'inadéquation entre la forte demande des justiciables et l'offre limitée que peut fournir l'État à travers ses institutions. Les techniques managériales sont donc entrées dans le champ de l'activité judiciaire, au même titre que le lexique qui leur est propre. Ainsi, on n'hésite plus à y parler de productivité, de résultats, de feedback et de rationalisation des moyens⁴⁵. L'exposé des motifs de la loi « Pot-pourri I »⁴⁶ nous semble à cet égard particulièrement illustratif.

« Le projet vise à adapter le procès civil aux besoins de notre époque, de sorte que les procédures se déroulent plus rapidement sans compromettre la qualité avec laquelle la justice est administrée »

Tout d'abord, le droit de procédure civile est adapté afin que la Justice puisse se concentrer sur ses tâches essentielles et diminuer le nombre de procédures. Ces propositions ambitionnent une diminution du nombre de causes en degré d'appel ainsi qu'une diminution des affaires devant le tribunal de commerce.

Ensuite, les mesures proposées visent à rendre les procédures civiles plus simples et plus rationnelles grâce à l'adaptation de règles concernant les vices de forme, une motivation plus simple, un accent mis sur les éléments essentiels en cas de défaut, une limitation de l'intervention du ministère public, une généralisation du juge unique et une informatisation de la communication au sein de la Justice.

⁴⁵ Munungu Lungungu K, « Chapitre 4 le management judiciaire ou le glas de l'indépendance du juge ? un éclairage de droit constitutionnel », in *Le management judiciaire ou le glas de l'indépendance du juge ? Un éclairage de droit constitutionnel*, Rev Dr ULB, 2014, n° 41, p 126

⁴⁶ Voy la référence *infra* à la note 51

Enfin, ce projet contient également un certain nombre de modifications urgentes concernant l'ordre judiciaire et la procédure pénale »⁴⁷.

Sous l'impulsion de ce vœu de rationalisation, certaines mutations de la justice sont désormais souhaitables. Elles sont parfois imposées par la Cour européenne des droits de l'homme, en application des droits fondamentaux qui sont consacrés par la Convention dont elle assure le respect. L'illustration la plus éclatante est certainement la notion de « délai raisonnable ». C'est précisément la demande d'efficacité de la justice qui a abattu le culte de la lenteur, synonyme de sérieux, que l'on prêtait à l'activité juridictionnelle traditionnelle⁴⁸. Désormais, le non-respect d'un délai raisonnable implique non seulement une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également la responsabilité de l'État dans sa fonction de juger, au profit du justiciable « lésé » (sans égard d'ailleurs à son éventuelle culpabilité), lequel peut ensuite prétendre à une réparation financière⁴⁹.

À titre d'exemple actuel de la prise en compte de ce second tournant de la justice contemporaine, on peut certainement mentionner le nouvel article 860 du Code judiciaire, tel que modifié par la loi « Pot-pourri I » précitée, qui modifie le régime des nullités procédurales pour y intégrer la notion de grief. Les nullités absolues sont assurément les ennemies du *management*. Si la justice est un service public dont l'objectif est l'efficacité, comment encore justifier que le non-respect de normes purement formelles, sans aucune incidence sur le principe du contradictoire ou de l'égalité des armes, puissent entacher la procédure au point de la déclarer nulle ? Il ne paraît dès lors plus opportun de tolérer ces *technicalities*, pour reprendre le terme employé en anglais. D'autre part, l'équilibre des pouvoirs n'impose pas leur existence. Par conséquent, ce point de réforme rejoint les aspirations actuelles sans empiéter sur la séparation des pouvoirs.

⁴⁷ *Doc parl*, Chambre, sess 2014-2015, n° 54 1219/001, p 3

⁴⁸ Verougstraete I, « Comment travailler vite et bien (et pour peu d'euros) », *JT*, 2015, p 153

⁴⁹ Et ce sous la forme d'une « satisfaction équitable » aux termes de l'article 41 de la Convention. Celle-ci est calculée en équité, en fonction de l'ensemble des circonstances pertinentes, mais consiste en pratique en une forme de réparation intégrale (Sohier J, « L'action en responsabilité contre des pouvoirs publics à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le conseil d'État ? », *R G A R*, 2015, n°15138)

Le pouvoir
récentes re

II.2. Le no

Face au r
principe d
faire preuve
principe et
la réduire a

En effet, le
tout justifi
l'objectif c
juridiques.
Publius, d
notamment
Pour ce f
caractéristi
des juges e
un *tribunc*
concernent
pouvoirs e
est tout au
judiciaire
disparition

Ces quelq
la conform
des pouvoi
du législat
accorde u
pouvoirs, c
réformes p
principe l
animée pa
réforme d
mesure qui
sur les du
l'équilibre
suite de no

⁵⁰ *Voy. sup*

II.2. Le noyau dur de l'équilibre des pouvoirs

Face au mouvement que nous venons d'évoquer se dresse toujours le principe d'équilibre des pouvoirs, principe général de droit Nul besoin de faire preuve de perspicacité pour apercevoir la tension potentielle entre ce principe et la conception managériale de la justice qui peut avoir tendance à la réduire à une administration comme les autres.

En effet, les aspirations actuelles, si louables qu'elles soient, ne peuvent pas tout justifier. Pour que soit respecté le principe d'équilibre des pouvoirs, l'objectif d'efficacité de la justice doit composer avec plusieurs axiomes juridiques Ainsi, le pouvoir judiciaire, dans la droite ligne des théories de Publius, doit rester un *contre-pouvoir* afin de préserver l'État de droit et notamment de garantir aux individus l'effectivité des droits fondamentaux. Pour ce faire, il convient à tout le moins de veiller au maintien de caractéristiques invariables et propres à la justice, à savoir l'*indépendance des juges* et le principe selon lequel les individus doivent pouvoir *accéder à un tribunal* pour qu'y soient tranchés les différends juridiques qui les concernent. Le premier trait est inhérent au principe de séparation des pouvoirs et tend finalement à garantir des jugements impartiaux ; le second est tout aussi fondamental puisque son absence impliquerait que le pouvoir judiciaire pourrait être privé de ses missions, comme résultat d'une disparition du contentieux.

Ces quelques éléments constituent des balises qui sont utiles pour examiner la conformité de mesures concrètes au principe de séparation ou d'équilibre des pouvoirs. Elles permettent de tracer la limite de la marge de manœuvre du législateur dans le domaine judiciaire En effet, pour autant que l'on accorde une portée juridique effective au principe de séparation des pouvoirs, ce qui s'impose en droit belge⁵⁰, on doit en déduire que certaines réformes pourraient être inconstitutionnelles parce qu'elles affectent ledit principe Dès lors, l'existence d'une volonté du législateur, même si elle est animée par des objectifs louables, ne suffit pas à rendre admissible toute réforme du système judiciaire À titre d'exemple, nul n'imagine qu'une mesure qui consisterait à attribuer au gouvernement fédéral un droit de veto sur les décisions de la Cour de cassation puisse prétendre respecter l'équilibre des pouvoirs et, partant, la Constitution Dans cette perspective, la suite de notre réflexion se propose de contribuer à déterminer la mesure dans

⁵⁰ Voy *supra*, section I 3.

laquelle le principe de l'équilibre des pouvoirs peut constituer un argument valable pour s'opposer à certaines mesures législatives.

III. Concilier les antagonismes

Nous proposons de traiter la tension que nous venons de décrire à travers l'examen de trois problématiques concrètes, dont le choix est inspiré par les récentes réformes du pouvoir judiciaire belge, juridiquement concrétisées par les lois « pots-pourris »⁵¹. Pour chacune d'entre elles, nous verrons que l'on peut soit mettre l'accent sur la recherche d'efficacité, soit favoriser le respect d'une conception stricte de la séparation des pouvoirs. Nous évoquerons ainsi successivement les dichotomies entre contrôle et principe d'indépendance (III.1), entre judiciarisation et accès au juge (III.2.) puis entre devoir de réserve et contrepouvoir (III.3). Nous tenterons de montrer que ces tendances ne sont pas nécessairement irréductibles et qu'il est parfois possible de concilier des objectifs *a priori* antagonistes, à condition notamment de privilégier une vision consistante mais souple de l'équilibre des pouvoirs.

III.1. Contrôle versus Indépendance

On a vu que le principe d'équilibre des pouvoirs contenait notamment le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire. Cette indépendance, dont la principale finalité consiste à garantir une justice impartiale, peut-elle s'accommoder d'une forme de contrôle exercé sur le pouvoir judiciaire ? Nous pensons que le principe d'équilibre des pouvoirs ne l'interdit pas d'une manière absolue et appelle au contraire à ce que chaque pouvoir subisse une forme de surveillance. Certes, un contrôle d'ampleur, qui impliquerait la soumission du pouvoir judiciaire, serait inadmissible car elle le priverait de sa faculté d'agir. À l'inverse, toutefois, l'absence de tout contrôle ouvrirait la porte à l'arbitraire judiciaire. Dès lors, si l'idée d'un contrôle du travail du magistrat est considérée comme souhaitable⁵², on ne perdra pas de vue qu'un

⁵¹ On dénombre quatre lois dites « pot-pourri ». Dans la présente contribution, l'analyse se focalise sur deux d'entre elles dont les références suivent : la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *MB*, 22 octobre 2015, dite « pot-pourri I » (dénomination dont nous ferons usage ci-après) et la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *MB*, 13 mai 2016, dite « pot-pourri III » (dénomination dont nous ferons usage ci-après).

⁵² Vigour C., « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2/2006 (n°63-64), p. 432.

Le pouvoir
récentes re

contrôle n
d'équilibre

En vertu d
de l'affaire
l'autorité -
Il serait tou
forme de
disposition
titre en 198
Constitutio
(article 97
et 97) et
possibilité
dans l'inté
constituent
judiciaire,
dysfonctio
songe noté
d'efficacité
ces mécanis

L'importan
contexte À
simplifier
« responsa
leur sont al

Cette réform
instaurerait

⁵³ Révision d
⁵⁴ Krings E,
pouvoir judic

⁵⁵ La loi du
modifiant le
judiciaire, *M*
l'introductio
2014

⁵⁶ Philips C
principe de la
2.

contrôle invasif de son activité ne pourrait être concilié avec le concept d'équilibre des pouvoirs.

En vertu de l'article 151 de la Constitution, inséré en 1998 dans le contexte de l'affaire *Dutroux*⁵³, le pouvoir judiciaire et les juges sont désormais sous l'autorité – plus ou moins contraignante – du Conseil supérieur de la Justice. Il serait toutefois inexact de penser que les juges n'ont été soumis à aucune forme de contrôle entre la naissance du pays et l'introduction de cette disposition constitutionnelle. Le Procureur général Krings signalait à juste titre en 1989 qu'une surveillance du pouvoir judiciaire était organisée par la Constitution dès 1831, il mentionnait à cet égard l'obligation de motiver (article 97 de la Constitution de 1831), la publicité des audiences (articles 96 et 97) et l'existence de la Cour de cassation (article 95) ainsi que la possibilité pour le Procureur général près la Cour de cassation de se pourvoir dans l'intérêt de la loi⁵⁴. On relève cependant que ces différents éléments constituent avant tout les rouages d'un système d'autocontrôle du pouvoir judiciaire, dont la Cour de cassation est la pièce maîtresse. Les dysfonctionnements ponctuels de la justice dans des dossiers marquants – on songe notamment à l'affaire *Fortus* – auxquels s'ajoute la demande d'efficacité mentionnée précédemment ont finalement amené à considérer ces mécanismes comme insuffisants.

L'importante réforme opérée en 2013-2014 doit être examinée dans ce contexte. À travers deux lois importantes, il s'agissait de rationaliser et de simplifier le paysage judiciaire⁵⁵ et notamment de rendre les juges « responsables de la gestion des moyens de fonctionnement généraux qui leur sont alloués »⁵⁶.

Cette réforme a parfois été critiquée de façon véhémente, au motif qu'elle instaurerait une véritable « tutelle » d'un pouvoir sur l'autre, en l'espèce de

⁵³ Révision de la Constitution du 20 novembre 1998, *MB*, 24 novembre 1998

⁵⁴ Krings E., *Considérations sur l'État de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp 30-31

⁵⁵ 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, *MB*, 12 décembre 2013, et la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire, *MB*, 4 mars 2014.

⁵⁶ Philips C., « La gestion autonome pour l'organisation judiciaire : atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ? », *Bulletin social & juridique*, avril 2014, p 2.

l'exécutif sur le judiciaire. L'introduction des contrats de gestion, qui déterminent les enveloppes financières allouées par le Ministre de la Justice aux différents corps de magistrats en se fondant notamment sur une évaluation des performances des acteurs judiciaires, a tout spécialement suscité des inquiétudes en référence au principe de séparation des pouvoirs. Clémence Philips observe ainsi que c'est l'exécutif « qui aura la maîtrise des contrats de gestion et des moyens de fonctionnement, ainsi que le pouvoir d'annuler des décisions prises par les collègues »⁵⁷. Georges de Leval y voit quant à lui « un pouvoir de direction et de contrôle du pouvoir exécutif sur une forme de "politique judiciaire" »⁵⁸. On a été jusqu'à juger qu'à l'instar du système imaginé par Orwell, la « force de ce système est de contrôler la pensée et d'évincer la contradiction »⁵⁹. Cette utilisation d'école d'un argument *ad dystopia*⁶⁰ nous montre les réticences farouches du monde judiciaire à l'égard de cette réforme.

Si l'inquiétude, face à un risque d'empiétement du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire, paraît légitime, nous constatons que la Cour constitutionnelle n'a pas condamné l'évolution législative. À l'occasion d'un arrêt du 15 octobre 2015⁶¹, la haute juridiction a examiné la constitutionnalité de la loi du 18 février 2014 relative à l'introduction d'une gestion autonome pour l'organisation judiciaire avec les principes généraux de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le résultat est sans appel : tous les motifs d'annulation tirés du principe de séparation des pouvoirs ont été considérés comme non fondés. Cela signifie que la Cour constitutionnelle laisse au législateur une marge d'appréciation importante lorsqu'il entreprend des réformes judiciaires, même si celles-ci affectent dans une certaine mesure les rapports entre les pouvoirs.

La récente réforme soulève aussi l'épineuse question de l'autonomie budgétaire du pouvoir judiciaire, qui entretient également des liens avec la réflexion sur l'équilibre des pouvoirs. La dépendance financière s'analyse en effet comme une forme de lien de subordination. Une fois encore, il s'agit d'une question de balance et d'équilibres. Dans cette perspective, il nous

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ De Leval G, « Le printemps de la justice - Actes du colloque du 27 février 2015 organisé par l'Union professionnelle de la Magistrature », *Ius & Actores*, 2015/2, p. 69.

⁵⁹ Cadelli M, « Tribune judiciaire – La gestion autonome des entités judiciaires bienvenue en Oceania », *JT*, 2014, p. 795.

⁶⁰ Voy Pironnet Q, « Droit et dystopies », *RIEJ*, 2016/2, vol. 77, pp. 363-392.

⁶¹ C. C., 15 octobre 2015, n° 138/2015.

Le pouvoir ju
récentes réfo

semble possi
du débat

D'une part, li

« [a]
prévi
finan
être
La ci
d'une
judic

D'autre part,
un affaibliss
constituer un
pouvoirs Pa
juges du Con
cours et tribu
et financier »
vertu du prin

En définitive
règle qui aff
induit une m
dehors de ce
touchent au
pouvoirs ; a
d'appréciatio

⁶² C. C., 15 oct
constitutionne
JLMB, 2015
⁶³ Texte dispos
⁶⁴ Gilliaux P,
équitable », *Ré*

semble possible de repérer deux balises pertinentes pour préciser les limites du débat

D'une part, la Cour constitutionnelle a pu juger qu'

« [a]ucune disposition constitutionnelle ou conventionnelle ne prévoit que le pouvoir judiciaire doive disposer d'une autonomie financière et budgétaire. Pareille obligation ne saurait davantage être déduite du principe général de la séparation des pouvoirs () La circonstance que d'autres institutions sont financées au moyen d'une dotation n'oblige pas le législateur à financer le pouvoir judiciaire par une dotation »⁶².

D'autre part, un sous-financement significatif de la justice, qui entraînerait un affaiblissement du pouvoir judiciaire au point qu'il ne pourrait plus constituer un contre-pouvoir violerait le principe général de séparation des pouvoirs. Pascal Gilliaux rappelle à cet égard, citant la *Magna Carta* des juges du Conseil consultatif des juges européens⁶³, que « l'indépendance des cours et tribunaux doit être assurée d'un point de vue statutaire, fonctionnel et financier », admettant toutefois que le dernier mot revient aux États, en vertu du principe de subsidiarité⁶⁴.

En définitive, on peut penser que la Cour constitutionnelle ne censurerait une règle qui affecte le budget de la justice que si elle constatait que la mesure induit une mise sous tutelle du pouvoir judiciaire par l'autorité politique. En dehors de cette hypothèse, le législateur peut prendre des décisions qui touchent au financement de la justice sans enfreindre l'équilibre des pouvoirs, au regard de la jurisprudence constitutionnelle, sa marge d'appréciation paraît – ici aussi – assez large.

⁶² C C, 15 octobre 2015, n° 138/2015, B 27 à B 29., obs F Georges, La Cour constitutionnelle avalise dans une très large mesure la réforme "Turtelboom", *JLMB*, 2015, pp. 1789-1792.

⁶³ Texte disponible à l'adresse suivante <https://wcd.coe.int/>

⁶⁴ Gilliaux P, « Le droit à un tribunal indépendant et le management dans le procès équitable », *Rev dr ULB*, 2014/1-2, p 86

III.2. Juridiciarisation versus Accès au juge

Le mouvement qui secoue la société belge contemporaine – et européenne en général – est un mouvement profond et repérable. C'est ce que Gaëlle Hubert appelle le « *double processus de juridicisation et judiciarisation du lien social* »⁶⁵. D'une part, on assiste à une montée en puissance de l'entrée du droit dans tous les domaines de la vie sociale. Des problèmes intrafamiliaux au droit de la consommation de masse, il n'est aucun pan des relations humaines qui ne doive désormais faire l'objet de son corpus normatif propre. L'idée de l'absence de cadre juridique, assimilable à une peur du chaos déstructurant, devient insupportable à l'être humain contemporain, ce qui, par le « *repli sur les textes et les procédures, [permet] de se dégager de ses responsabilités ou de faire porter sur les cadres juridiques et techniques le poids de décisions peu agréables à prendre* »⁶⁶. D'autre part, et corrélativement, la demande de règlement des litiges, quels qu'ils soient, devant une instance judiciaire, ne cesse de croître et on assiste à une « *explosion du judiciaire* »⁶⁷. Le juge est davantage sollicité, cependant qu'il dispose à bien des égards toujours des mêmes moyens et prérogatives qu'autrefois. Face à ce constat, deux voies sont théoriquement envisageables : la première – qui n'est sans doute pas assez suivie – consiste à augmenter l'offre judiciaire, en renforçant le cadre de la magistrature et les outils dont elle dispose pour mener ses missions, afin de s'adapter à la croissance de la demande. La seconde se focalise davantage sur la demande et, à défaut de pouvoir la réduire, cherche à la dévier en développant des moyens alternatifs de résolution des litiges.

Face à cette dernière tendance, se pose la question du droit à l'accès à un tribunal. Il y a en effet lieu de se demander s'il n'est pas porté atteinte à ce droit à chaque fois qu'une prérogative est soustraite aux juges judiciaires pour être confiée à une autre instance, surtout si celle-ci est davantage soumise à l'influence potentielle du pouvoir exécutif. Le droit d'accéder à un juge est certes explicitement consacré, notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁸, mais il est aussi

⁶⁵ Hubert G, « Les déplacements des frontières de la justice : vers une nouvelle cartographie de la gestion des risques ? », *Pyramides* [En ligne], 11/2006, disponible à l'adresse suivante <http://pyramides.revues.org/307>, consulté le 17 janvier 2017, p. 7. C'est l'auteur qui souligne.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Le droit à l'accès à un juge est un des droits les plus fondamentaux tirés l'article 6 C.E.D.H., sans lequel la Convention cesserait d'être effective (arrêt *Golder* du 21

Le pouvoir récentes réj

intrinsèque l'effectivité qu'il puisse lui assure réservé. Er valoir en ju Constitutio peuvent en la raison de juge limite visent à réa

À cet éga constituent Trois type: retiendront

En premier traitement judiciaire, c la loi « Po d'argent ne la cinquièm qui favoris sommes du en raison c temps de l mise en ce

février 1975 disposer de d'obtenir l'e ⁶⁹ Voy auss *entre pouvo pouvoirs à l* 2011, pp. 45 Constitution des droits ci les contestat les exceptio ⁷⁰ Voy Bert

intrinsèquement lié à l'équilibre des pouvoirs, dont il contribue à assurer l'effectivité. En effet, le pouvoir judiciaire, aussi indépendant et impartial qu'il puisse être, n'a de rôle effectif que si, par la disposition des choses, on lui assure que, dans une certaine mesure au moins, le contentieux lui est réservé. En tout état de cause, un particulier doit être en mesure de faire valoir en justice ses prétentions. À cet égard, les articles 144 et 145 de la Constitution fixent les tâches dévolues aux cours et tribunaux, qui ne peuvent en être dépossédés, en raison de la séparation des pouvoirs⁶⁹. C'est la raison de l'interrogation suivante : dans quelle mesure le droit à l'accès au juge limite-t-il la marge de manœuvre du législateur dans ses projets qui visent à réagir à la judiciarisation ?

À cet égard, les différentes lois dites « pots-pourris », déjà évoquées, constituent un terrain pertinent pour des analyses concrètes et actuelles. Trois types de mesures nous semblent particulièrement intéressantes et retiendront notre attention dans les lignes qui suivent.

En premier lieu, nous pensons à la dévolution aux huissiers de justice du traitement des créances non contestées. L'article 519, §1^{er}, 1^obis, du Code judiciaire, qui concerne les missions des huissiers de justice a été modifié par la loi « Pot-pourri I » afin d'y intégrer : « *Le recouvrement des dettes d'argent non contestées conformément au chapitre Iquinquies du titre 1^{er} de la cinquième partie* ». Si l'on mesure bien l'intérêt pratique de cette réforme, qui favorise une réduction de l'arriéré judiciaire et facilite la récupération de sommes dues⁷⁰, nous pensons qu'elle soulève la question de l'accès au juge en raison de l'inversement du contentieux et du report corrélatif dans le temps de l'éventuelle contestation du débiteur. La matière n'est pas encore mise en œuvre mais il est évident que l'éventuelle friction avec le principe

février 1975) On en déduit également le droit pour un justiciable sans moyens de disposer de l'assistance judiciaire (arrêt *Arey* du 9 octobre 1979) ou le droit d'obtenir l'exécution des jugements prononcés (arrêt *Hornsby* du 1^{er} avril 1998).

⁶⁹ Voy aussi en ce sens Muller F, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs de sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle*, Bruges, La Chartre, 2011, pp 45 et s. À toutes fins utiles, nous rappelons que les articles 144 et 145 de la Constitution attribuent aux cours et tribunaux toutes contestations qui ont pour objet des droits civils, sans possibilité pour le législateur de déroger à cette règle, ainsi que les contestations qui ont pour objet des droits politiques, sauf – dans ce second cas – les exceptions établies par la loi.

⁷⁰ Voy Berthe A, *L'injonction de payer*, Bruxelles, Larcier, à paraître en 2017

de l'équilibre des pouvoirs et l'accès au juge tiendra à la définition et à l'appréciation du caractère « contesté » ou non des créances visées

En second lieu, on peut pointer le cas de la transaction pénale. On rappelle qu'une loi de 2011 a étendu le champ d'application et revu les modalités de la transaction pénale, mécanisme qui permet au Parquet de décider de mettre fin, dans certains cas, à des poursuites – c'est-à-dire d'éteindre l'action publique – à la condition qu'une somme d'argent soit versée par l'auteur de faits punissables au Trésor public⁷¹. Il y a, dans cette mesure, une forme de justice négociée, puisque le concerné reçoit une offre du Ministère public qui, s'il l'accepte et paie le montant proposé dans le délai imparti, le dispense de subir un procès dont l'issue est incertaine. La Cour constitutionnelle, appelée à examiner ce mécanisme, a cependant considéré qu'on ne pouvait pas admettre que le rôle du juge soit confiné à un simple contrôle de légalité⁷². Selon la haute juridiction, il s'agit d'une atteinte au principe du procès équitable et la disposition légale est dès lors déclarée inconstitutionnelle.

Enfin, à titre de troisième illustration, nous proposons d'évoquer la déclaration préalable de culpabilité. Cette procédure semble s'inspirer de la technique du « plaider coupable » (*guilty plea*) qui est répandue dans le droit anglo-saxon. Le nouveau système belge permet au Procureur du Roi, pour un grand nombre d'infractions, de proposer des peines inférieures à celles qu'il estime devoir requérir à l'égard d'un suspect ou d'un prévenu qui reconnaît dans une déclaration officielle qu'il est coupable des faits qui lui sont imputés⁷³. Quand cette technique est utilisée, le juge du fond doit certes encore intervenir, mais sa tâche se borne à homologuer l'accord conclu entre le Parquet et l'auteur des faits punissables, après avoir vérifié s'il satisfait à certaines conditions. Malgré les réticences qu'il suscite, ce système, qui existe depuis longtemps dans les pays de *common law*, ne viole pas, du moins dans son principe, la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁴. La limite de ce qui est juridiquement acceptable serait franchie s'il n'existait aucun recours effectif à un juge compétent pour vérifier si le justiciable a, en

⁷¹ Article 216bis du Code d'instruction criminelle, tel que modifié par la loi du 14 avril 2011 (*MB*, 6 mai 2011). Cette disposition doit cependant être lue à la lumière de l'arrêt n° 83/2016 de la Cour constitutionnelle, qui met partiellement en cause le système.

⁷² C C, 2 juin 2016, n° 83/2016, B 13.

⁷³ Article 216 du Code d'instruction criminelle, tel que modifié par la loi du 5 février 2016 (*MB*, 19 février 2016).

⁷⁴ Voy not Cour eur dr h, *Natsvshvili et Togonidze c Géorgie*, 29 avril 2014.

Le pouvoir ju
récentes réfo

pleine conna
raccourcie L
à une certai
contentieux
l'équilibre de

III.3. Devoir

Après l'analy
notre référen
Président de
ces potentiel
concernés pe
équilibre des
n'existait po
troisième ant
comme repèr
pouvoir judi
s'exprimer ce
S1, en revan
peut-être de
représentants

On analyse
prescrit au ju
ébranler la
serait) plus
politique, élu
démocratique
À cet égard, 1

Il importe d
l'obligation
principe géné
plutôt à appre
maintenir en

⁷⁵ Cass (ass g
devoir de résér

pleine connaissance de cause, marqué son consentement sur cette procédure raccourcie. Dans cette hypothèse, en effet, le Parquet – qui peut être soumis à une certaine influence du pouvoir exécutif – pourrait infléchir seul le contentieux dévolu au pouvoir judiciaire, ce qui porterait atteinte à l'équilibre des pouvoirs

III.3. Devoir de réserve versus Contrepouvoir

Après l'analyse des deux antagonismes précédents, il convient de revenir à notre référence initiale, faite au discours télévisé retentissant du Premier Président de la Cour de cassation. Quel serait l'intérêt de mettre en exergue ces potentielles violations de l'équilibre des pouvoirs si les premiers concernés par les réformes judiciaires étaient contraints au silence ? Cet équilibre des pouvoirs resterait lettre morte si un certain droit à la parole n'existait pour chacun d'entre eux. Ceci nous mène par conséquent à notre troisième antagonisme, intrinsèquement lié aux deux premiers. Si l'on prend comme repère le principe de l'équilibre des pouvoirs, il s'agit de maintenir le pouvoir judiciaire en position de contrepouvoir, pouvant le cas échéant s'exprimer contre des réformes initiées par les pouvoirs législatif et exécutif. Si, en revanche, on vise prioritairement l'efficacité de la justice, il s'agit peut-être de contrôler la liberté d'expression des juges et de leurs représentants, au nom d'une conception stricte de leur devoir de réserve.

On analyse classiquement le devoir de réserve comme un principe qui prescrit au juge de « *s'abstenir de tout acte ou comportement de nature à ébranler la confiance du justiciable ou à donner l'impression qu'il (ne serait) plus indépendant ou impartial* »⁷⁵. Contrairement au mandataire politique, élu par la population et dépositaire, à ce titre, d'une légitimité démocratique, le magistrat est vu, on l'a dit, comme la « bouche de la loi ». À cet égard, il doit se garder d'entrer dans l'arène.

Il importe de ne pas confondre la violation du devoir de réserve avec l'obligation d'impartialité du juge. Celle-ci est inhérente, on l'a vu, au principe général de droit de séparation des pouvoirs. Le droit de réserve est plutôt à apprécier comme une précaution de prudence que le juge se doit de maintenir en toute circonstance, qu'il soit ou non dans l'exercice de sa

⁷⁵ Cass (ass. gén.), 9 septembre 1999, *Pas*, 1999, I, p. 1102, cité par Kuty F, « Le devoir de réserve du magistrat dans ses relations avec la presse », *JT*, 2005, p. 268

fonction de juger. Toutefois, ceci « *dépend des propos tenus, du contexte et du moment auquel ils ont été exprimés* »⁷⁶

La tension est résumée par les questions suivantes : À partir de quel moment le droit de réserve cède-t-il devant la nécessité de préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire, prérogative nécessaire à son rôle de contre-pouvoir ? Peut-on considérer qu'il existe à l'opposé du devoir de réserve un « droit d'indignation » du magistrat⁷⁷, ou un « devoir d'intervention »⁷⁸ ?

La Cour européenne des droits de l'homme a prononcé à cet égard un arrêt intéressant en 2009⁷⁹. En l'espèce, il s'agissait d'un magistrat russe, M^{me} Koudechkina, révoquée de la magistrature en 2004 au motif qu'elle avait accusé publiquement des hauts magistrats d'exercer des pressions sur elle au sujet d'une importante affaire pénale. La Cour rappelle que les magistrats bénéficient bel et bien de la protection de l'article 10 de la Convention – consacrant la liberté d'expression –, qui s'étend à la sphère professionnelle, tout en rappelant que la divulgation d'informations obtenues dans le cadre de leur travail, même sur des questions d'intérêt général, doit toujours être appréciée à la lumière de leur devoir de loyauté et de discrétion. En l'espèce, la Russie est condamnée pour la révocation du magistrat, sanction jugée trop sévère, et « *de nature à avoir un "effet inhibiteur" sur les juges souhaitant participer au débat public sur le fonctionnement des institutions judiciaires* »⁸⁰

Dans le prolongement de cette ouverture européenne, le *Guide pour les magistrats*, adopté en 2012 par le Conseil supérieur de la Justice, contient en son point 4 concernant la réserve et la discrétion du magistrat la mention suivante : « *[l]orsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en*

⁷⁶ Kutry F, *op cit*, p 269

⁷⁷ Cadelli M, « Du devoir de réserve des magistrats aux vertus d'indignation et de courage », *JT*, 2013, pp 297-305

⁷⁸ Mandoux P et Vandermeersch D., « Le point de vue du magistrat », in *Le devoir de réserve l'expression censurée ?*, coll. Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, p 44.

⁷⁹ Cour eur dr h, *Koudechkina c Russie*, 26 février 2009.

⁸⁰ Delgrange X et Lagasse N, « La liberté d'expression du juge. Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ? », in Englebert J (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« Affaire Fortis »*, Bruxelles, Larcier, 2011, p 218

Le pouvoi
récentes r

péril, la r
ce texte n

Le « pouv
de Public
l'exceptio
de la Cou

Conclusio

Le princip
institution
l'intérêt c
générale,
d'abus de
est le soc
indispensa
libertés. F
suspectes
séparatio
judiciaire,

Le princip
à toute ré
stagnation
qu'on lui j
elle impos
où il exi
l'arbitraire
que le poi
rapport au
qui sont lé
certains éc
pouvoirs ,

⁸¹ Guide p
consultatif
du Conseil
[http //www](http://www)

⁸² Proc gér
cit, pp 457

péril, la réserve cède devant le droit d'indignation »⁸¹. On sait toutefois que ce texte n'a qu'un poids tout relatif et s'apparente à de la *soft law*

Le « pouvoir arrêtant le pouvoir » de Montesquieu, les freins et contrepoids de Publius, nous amènent à voir d'un bon œil la faculté d'autoriser l'exception au devoir de réserve. La sortie médiatique du Premier Président de la Cour de cassation, à cet égard, relève selon nous de cette faculté.

Conclusion

Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas un simple objet de design institutionnel, il s'agit d'une règle fondamentale pleinement dirigée vers l'intérêt de la société et des individus qui la composent. De manière générale, la règle contribue à assurer l'effectivité des libertés face au risque d'abus de l'autorité publique ; dans le domaine particulier de la justice, elle est le socle de l'indépendance judiciaire qui, à son tour, est un vecteur indispensable de l'impartialité et donc de la jouissance effective des droits et libertés. Pour ces raisons, les atteintes qui sont portées au principe sont suspectes et suscitent des craintes légitimes. En effet, « [n]ier la réalité de la séparation des Pouvoirs, spécialement en ce qui concerne le Pouvoir judiciaire, c'est nier l'existence de la justice »⁸².

Le principe en cause ne doit cependant pas être compris comme un obstacle à toute réforme du système judiciaire ou comme un moyen de justifier la stagnation des institutions. D'une part, la règle n'a pas la portée absolue qu'on lui prête parfois – plutôt qu'une séparation – au sens strict du terme –, elle impose un équilibre des pouvoirs, c'est-à-dire un système institutionnel où il existe des mécanismes de contrôle mutuels aptes à empêcher l'arbitraire. À ce titre, il ne semble donc pas indispensable de rechercher à ce que le pouvoir judiciaire bénéficie d'une autonomie parfaite et radicale par rapport aux autres pouvoirs. D'autre part, la volonté d'atteindre des objectifs qui sont légitimes – car utiles à l'intérêt collectif – peut contribuer à justifier certains écarts par rapport à l'idéal incarné par une séparation stricte des pouvoirs, ce peut notamment être le cas du vœu politique de renforcer

⁸¹ Guide pour les magistrats, approuvé par l'assemblée générale du Conseil consultatif de la magistrature le 25 juin 2012 et approuvé par l'assemblée générale du Conseil supérieur de la Justice le 27 juin 2012, disponible à l'adresse suivante <http://www.csj.be/fr/content/guide-pour-les-magistrats>

⁸² Proc. gén. F. Dumon, « Le Pouvoir Judiciaire. Cet inconnu et ce méconnu », *op. cit.*, pp. 457-474.

l'efficacité du système judiciaire, spécialement pour faire face à la demande croissante des justiciables

Il convient donc d'apprécier les réformes avec mesure en recourant, comme souvent, au principe de proportionnalité. L'équilibre des pouvoirs peut survivre à des règles qui libèrent les juges de certaines tâches afin qu'ils puissent mieux se concentrer sur leurs missions essentielles, il succombe en revanche à celles qui, en définitive, reviennent à priver le justiciable de la possibilité d'accéder à un juge impartial pour trancher tout litige relatif à des droits civils