

LA RESPONSABILITÉ POLITIQUE ET SOCIALE DES MAGISTRATS *

PAR

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LOUVAIN (UCL)



La Constitution belge élève la justice au rang d'un véritable pouvoir et définit la place qui lui revient aux côtés des autres pouvoirs (1). Elle lui assigne une mission, celle de juger, qui, comme les autres fonctions étatiques, est une mission sociale, mais aussi politique (2). L'inscription d'un pouvoir juridictionnel au cœur même de la société étatique ne justifie-t-elle pas que ce dernier, à l'instar des pouvoirs de légiférer et d'administrer, assume une responsabi-

* Un séminaire a été organisé sur ce thème, le 18 octobre 2006, à la Maison de l'Avocat (Bruxelles), sous la direction de l'auteur et avec la participation de Mesdames Clotilde Nysens et Marie-Françoise Rigaux et de Messieurs Robert Andersen, Benoît Frydman, Jean Gillardin, Jean-Paul Goffinon, Michel Leroy, Paul Martens et Jean-Claude Scholsem. Le présent rapport général se nourrit des discussions intervenues à cette occasion. L'auteur remercie Nicolas Bonbled, aspirant du Fonds national de la recherche scientifique à l'Université Catholique de Louvain, pour son intelligente collaboration. Voy. égal. M. VERDUSSEN, «Des juges socialement responsables», *La Libre Belgique*, 13 juillet 2007.

(1) F. DELPÉRÉE, «Quelques propos sur la justice et la politique», *J.T.*, 1997, p. 69. Voy. P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 221; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. II, Liège, Dessain, Paris, Giard & Brière, 1908, pp. 524-526; J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1879, pp. 119-120.

(2) F. RINGELHEIM, *Amour sacré de la justice... - A la recherche d'une introuvable*, Bruxelles, Labor, 1998, p. 11.

lité de nature politique et sociale ? Cette question mérite d'autant plus d'être posée que, dans la réalité, il s'agit « d'un pouvoir exercé et par là même redouté » (3) et que la responsabilité du magistrat, comme de toute autorité publique, doit être « à la mesure de son pouvoir » (4).

Pourtant, la question se heurte dès le départ à une difficulté. En effet, à la différence de la responsabilité civile et de la responsabilité déontologique, la responsabilité politique et sociale des magistrats est une notion dont les contours sont passablement diffus et qui d'ailleurs ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique.

Pour tenter d'y voir un peu plus clair, l'on procèdera en deux étapes. Dans un premier temps, il s'agira de situer le problème dans le contexte des mutations contemporaines de la fonction de juger. A cette fin, un constat doit être dressé et, pour tenter de le comprendre, des explications doivent être avancées (I). Dans un second temps, il s'agira, à la lumière de ces explications, de se risquer à quelques réflexions destinées à donner un contenu plus précis à la responsabilité politique et sociale des magistrats (II).



I. – UNE MONTÉE EN PUISSANCE PAR DÉFAUT DE NORMATIVITÉ

En ouvrant les travaux du premier colloque de l'Institut d'études sur la justice, Pierre Lambert a souligné que « le juge a, de longue date, été investi de pouvoirs considérables », mais que – et là est le tournant décisif – « dans le triangle classique des trois pouvoirs – législatif, exécutif, judiciaire – le dernier a pris lentement le pas sur les deux autres », de telle sorte qu' « on assiste à un abaissement progressif des fonctions législative et exécutive devant le pouvoir des juges » (5). C'est donc bien par rapport aux

(3) J. GICQUEL, « La justice et l'Etat », *L.P.A.*, 25 octobre 2000, n° 213, p. 46.

(4) R. BADINTER, *Le juge dans la société d'aujourd'hui*, Bruxelles, Ed. Luc Pire, Institut d'études sur la justice, 2001, p. 37.

(5) P. LAMBERT, « La montée en puissance des juges », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice*, 2002, pp. 1-2.

autres pouvoirs que la fonction de juger a évolué, au point d'opérer une transformation sensible du rôle des magistrats dans le système politique et social. Fils de magistrat et magistrat lui-même, Montesquieu avait fait de la justice un pouvoir, mais un pouvoir politiquement nul. Par une sorte de renversement de perspective, la justice assume désormais un rôle politiquement significatif. Comme l'a noté Christine Matray, le magistrat est «devenu un nouvel acteur politique, essentiel dans l'organisation démocratique contemporaine, institué malgré lui par la multiplication et l'intensité des interpellations qui lui sont adressées» (6).

Pour autant que de besoin, on précisera que le phénomène n'est pas propre à la Belgique. Le constitutionnaliste allemand Peter Häberle n'écrit-il pas que «la justice a, en tant qu'institution et fonction dans l'Etat constitutionnel contemporain, fait l'objet d'une revalorisation incomparable» (7)? Concédonsons toutefois que l'évolution ne prend pas les mêmes formes dans les pays anglo-saxons.

La réalité et la teneur d'une telle mutation recueillent un large consensus. Mais, paradoxalement, ce consensus contraste avec la diversité des explications qui sont apportées.

A. – *Un constat consensuel*

L'idée d'une responsabilité politique et sociale des magistrats part d'un constat éculé. Un constat qui s'apparente à «une forme de sens commun» (8). Désormais, la fonction de juger se réduit moins que jamais au maniement du syllogisme judiciaire. Les titulaires de cette fonction ne se contentent plus de dire le droit, ni même de l'interpréter. Ils ne sont plus simplement «la bouche de la loi», selon l'expression de Montesquieu. La modernité leur a permis d'accéder au rang de créateurs de sens. Il y va pour eux d'un défi nouveau.

(6) C. MATRAY, *Le chagrin des juges*, Bruxelles, Complexe, 1997, pp. 58-59. Voy. égal. D. SALAS, «Le magistrat dans la cité», in *Dictionnaire de la justice* (dir. L. CADIET), Paris, P.U.F., 2004, p. 841.

(7) P. HÄBERLE, *L'Etat constitutionnel*, trad., Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 181.

(8) J. LENOBLE, «La question de l'application en droit. Au-delà d'une approche herméneutique», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 324.

1. *Un double défi*

Dans un ouvrage dont la prégnance du titre n'échappera à personne – *Jugements de valeurs* –, Andrée Lajoie écrit que le magistrat «est devenu l'arbitre des valeurs dans la société» (9). Comme ces mots le montrent clairement, c'est, à bien y regarder, un double défi que les magistrats doivent aujourd'hui relever.

Trancher des conflits de valeurs. On attend, avant tout, des magistrats qu'ils tranchent des conflits de valeurs. Certes, depuis toujours, les tiraillements axiologiques ont existé et, par la force des choses, la justice en a connu. Mais, la nouveauté réside en ceci que, désormais, «les antagonismes de valeurs convergent dans une institution naturellement ouverte aux demandes sociales» (10). De plus en plus systématiquement, ils sont réglés dans les prétoires des palais de justice au lieu de l'être dans les hémicycles des parlements. De plus en plus souvent, les magistrats sont «en charge de litiges à caractère collectif et non plus seulement individuel : de véritables questions de société et non des différends entre particuliers» (11). Les risques de crispation avec le pouvoir législatif n'en sont que plus élevés.

Arbitrer les valeurs en conflit. A cela, s'ajoute qu'à la faveur de l'émergence d'un nouveau mode de production du droit – illustré par le paradigme du réseau –, on attend des magistrats qu'ils tranchent les conflits de valeurs, non pas de manière catégorique ou dogmatique, mais par une pondération des intérêts en présence et une répartition des droits en jeu (12). Plongés au cœur d'un droit «flou» (13), «mou» (14) et «doux» (15), confrontés à un corpus normatif véhiculant des con-

(9) A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997, p. 207.

(10) D. SALAS, *Le tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 2000, p. 201.

(11) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, «Le juge entre ordre et désordre», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, op. cit., p. 482.

(12) Voy. not. J. VAN COMPERNELLE, «Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts», in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 495-506; «Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges?», in *Le rôle du juge dans la cité*, op. cit., pp. 168-173. Voy. égal. J.-L. GENARD, *Les dérèglements du droit – Entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000, pp. 51-54.

(13) M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, P.U.F., Quadrige, 2004, p. 13.

(14) J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 123.

(15) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992, p. 11.

cepts à contenu variable – la dignité humaine en est la parangon moderne –, les magistrats sont soumis à l'obligation de réaliser des ajustements subtils et des conciliations raffinées. Il leur faut opérer des « choix entre plusieurs solutions possibles en procédant à des délicats arbitrages mettant en cause des valeurs contradictoires » (16). Le recours à la justice est précisément la marque d'une société qui passe « du paradigme de l'administration à celui de l'arbitrage » (17). Cette métamorphose a été étudiée, en profondeur, par le professeur François Ost dans plusieurs écrits successifs (18). Il montre que les magistrats « ne sont plus seulement les maillons d'une chaîne ou les degrés d'une pyramide, mais aussi, et de plus en plus, les nœuds d'un réseau multipolaire en recomposition permanente » (19).

On comprend que, face à ce double défi, les magistrats sont amenés à utiliser, aujourd'hui plus que jamais, des paramètres de nature politique ou sociale. Ils assument, de la sorte, ce que Ronald Dworkin appelle « un pontificat laïc » (20). On attend d'eux qu'ils soient « la passerelle entre le droit et la démocratie » (21). Et, par la force des choses, on exige d'eux « des qualités nouvelles : imagination, responsabilité sociale, courage politique » (22).

2. Un défi dédoublé

L'arbitrage des valeurs sociales n'est pas l'apanage du juge constitutionnel. Comme l'écrit Pierre Brunet, la figure du balan-

(16) J. VAN COMPERNOLLE, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge », in *La crise du juge* (dir. J. LENOBLE), Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 28.

(17) L. ENGEL et A. GARAPON, « La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique ? », *Espirit*, 1997, n^{os} 8-9, p. 157.

(18) Voy. not. F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements* (dir. P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1983, pp. 1-70; « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit* (dir. P. BOUTRETZ), Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272; « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, op. cit., pp. 15-45.

(19) F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », op. cit., p. 19.

(20) R. DWORKIN, « Un pontificat laïc », in *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société démocratique*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 83.

(21) A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, p. 18.

(22) F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », op. cit., p. 20.

cement est « moins une spécificité du contrôle de constitutionnalité qu'une spécificité du droit contemporain » (23). C'est dans tout litige, quelles que soient sa nature et sa portée, que les conflits de valeurs sont susceptibles de se manifester et les paramètres politiques et sociaux mobilisés. On les trouve dans les contentieux objectifs, mais aussi dans les contentieux subjectifs.

Dans les contentieux objectifs. Les conflits de valeurs apparaissent dans les contentieux objectifs, ce qui n'est pas surprenant. L'on songe, par exemple, à un recours en annulation qui, dirigé contre une norme dénoncée comme discriminatoire, contraint la juridiction saisie à manier l'instrument de la proportionnalité. Par la force des choses, le contrôle ainsi exercé « modifie progressivement l'espace d'autonomie réservé au pouvoir législatif » (24). Il peut même l'orienter, comme l'a démontré Christian Behrendt dans sa recherche doctorale (25).

Le conflit de valeurs découle parfois d'une friction entre normes constitutionnelles, spécialement lorsque celles-ci sont porteuses de droits fondamentaux. En l'absence d'une hiérarchie intraconstitutionnelle, il faut concilier les normes en opposition, ce qui est d'autant plus ardu que les intérêts en cause dépendent « d'une grande diversité de paramètres dont la nature et l'étendue se modifient en fonction des contextes » (26). La cohérence du travail d'une juridiction constitutionnelle se mesure précisément à sa capacité d'envisager chaque norme constitutionnelle, non pas isolément, mais en l'articulant aux autres normes inscrites dans la Constitution. Parfois, les normes en conflit sont contenues dans le même article, tel l'article 24 de la Constitution qui consacre à la fois la liberté de l'enseignement et le droit à l'enseignement.

(23) P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in *La notion de justice constitutionnelle* (dir. C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN et P. WACHSMANN), Paris, Dalloz, 2005, p. 122.

(24) M.-F. RIGAU, « Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Mélanges Jacques van Compernelle, op. cit.*, p. 593.

(25) Voy. C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif – Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2006.

(26) P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 245.

Même en l'absence d'opposition, une norme constitutionnelle peut infléchir la lecture d'une autre norme constitutionnelle. La Cour constitutionnelle de Belgique ne dit pas autre chose lorsque, statuant sur la compétence de la Communauté française de subsidier des associations francophones situées dans des communes à statut linguistique spécial, elle précise qu'en exerçant les compétences culturelles qu'elles tiennent de l'article 127 de la Constitution, «les communautés peuvent prendre toute initiative pour la promotion de la culture et pour concrétiser le droit de chacun à l'épanouissement culturel défini à l'article 23 de la Constitution», ce qui revient à dire que l'article 127 doit être lu à la lumière de l'article 23.

L'articulation de normes constitutionnelles ne permet pas seulement de les concilier ou de les rapprocher, mais aussi, parfois, d'en dégager un principe ou un droit enfoui dans les interstices de la Constitution. Dans quelques Etats, c'est par cette voie qu'a pu être révélé le droit au respect de la vie privée, par exemple. Le travail du magistrat s'apparente alors sensiblement à celui du législateur. Ainsi, quand le juge constitutionnel «assume la tâche de déduire des pénombres constitutionnelles un droit, une liberté qui n'y est pas mentionné en termes explicites ou bien quand il doit trancher un conflit entre deux normes de rang égal, il supplée le silence du législateur» (27).

Dans les contentieux subjectifs. Les conflits de valeurs surgissent également dans les contentieux subjectifs, ce qui est plus interpellant, car cela oblige le juge à introduire dans sa *ratio decidendi* des paramètres transcendants les intérêts individuels en jeu.

On en trouve un exemple intéressant dans la matière des contrats administratifs. Lorsqu'une décision administrative d'attribution d'un marché public a été annulée par le Conseil d'Etat, le requérant, soumissionnaire évincé, s'adresse aux cours et tribunaux en se fondant sur la théorie jurisprudentielle de l'unité entre l'illégalité administrative et la faute civile. Est-il en droit de réclamer une réparation en nature et de solliciter ainsi la nul-

(27) F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 246.

lité du contrat ? Une telle solution suppose qu'au nom du respect de l'ordre public, la décision d'annulation du Conseil d'Etat rejaillisse automatiquement sur la validité du contrat en le frappant de nullité absolue. Les cours et tribunaux ne l'admettent généralement pas. Ils opèrent une balance des intérêts entre, d'une part, le souci du pouvoir adjudicateur et des milieux économiques et sociaux de préserver autant que possible la sécurité juridique et donc la stabilité des conventions et, d'autre part, le respect de la logique juridique d'un Etat de droit qui exige que tout ce qui procède d'un acte illégal soit rayé de l'ordonnance-juridique. Le plus souvent, cet exercice de pondération joue en faveur du réalisme, et non du légalisme.

Ce n'est là qu'un exemple parmi d'autres. Dans toute discipline juridique, les magistrats sont confrontés à des questions concrètes qui rendent nécessaires l'intégration de paramètres socio-politiques. Quel sort doit-on réserver à une entreprise en difficulté ? A un consommateur en situation de surendettement ? Un piquet de grève doit-il être interdit au nom du droit au travail ou autorisé en vertu du droit de grève ? Faut-il privilégier le droit du propriétaire de disposer de son bien ou le droit du sans-abri de disposer d'un logement ? Et puis il y a toutes les questions liées à l'euthanasie, aux progrès de la biologie médicale, aux nouvelles technologies, au port de symboles religieux, aux nuisances sonores des avions, aux désaccords familiaux ou encore au statut des étrangers. La manne de la justice déborde d'exemples comparables. Ils montrent que la justice «se travaille dans et par le droit», mais «dans la contingence des conditions sociales et politiques où cette production constante se fait» (28).

De telles questions sont apparues progressivement. Car l'évolution de la fonction de juger ne s'est pas produite du jour au lendemain. Les membres de l'ordre judiciaire et des autres ordres juridictionnels ne se sont pas réveillés un matin dans la peau de «réparateurs sociologiques», selon les mots de Paul Martens (29). C'est graduellement que le magistrat a accédé aux figures succes-

(28) P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, P.U.F., 2005, p. 246.

(29) P. MARTENS, «La sociologie juridique existe-t-elle ?», *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 835.

sives de Jupiter, d'Hercule, puis d'Hermès, pour reprendre les métaphores mythologiques de François Ost (30).

L'on ajoutera que l'évolution de la fonction de juger a une ampleur variable selon qu'on l'envisage dans les prétoires des « hautes » juridictions ou dans les travées des juridictions « de première ligne ». Et, devant ces dernières, elle ne manifeste pas nécessairement les mêmes signes selon que l'office du juge relève de la justice pénale ou de la justice civile, où la rupture est particulièrement nette. A un niveau paroxystique, les magistrats sont même soumis, dans certains contentieux, à des attentes qui n'exigent plus la maîtrise d'un savoir juridique, mais mobilisent des qualités humaines d'un tout autre ordre. Les demandes d'excusabilité en matière de faillite sont un exemple éclairant de ce phénomène.

B. – *Des explications diverses*

Il ne suffit pas de dresser un constat. Encore faut-il l'expliquer. On considère généralement que le pluralisme des valeurs – qui est la marque de l'époque contemporaine – inciterait le législateur à s'abstenir de légiférer ou, tout au moins, le contraindrait à légiférer *a minima*, ce qui obligerait les magistrats à arbitrer eux-mêmes les valeurs sociales et les conduirait ainsi à une « montée en puissance par défaut de normativité » (31). Il y a quelques années, Christian Panier faisait, à cet égard, un constat implacable : « Qu'il s'agisse de l'adoption de textes normatifs au contenu flou, ouvert ou incertain et ne pouvant dès lors prendre sens qu'à l'intervention du juge, ou que l'on soit en présence de législations ou de réglementations qui ne contiennent, pour ainsi dire, que des habilitations juridictionnelles à faire la loi au cas par cas, le déplacement vers les juges du pôle normatif n'est guère douteux » (32).

Le défaut de normativité ne résulte donc pas d'une insuffisance de lois, d'autant que l'inflation législative va croissant depuis plusieurs années. L'écueil réside plutôt dans l'adoption de lois à faible teneur normative. « La loi ne remplit plus toujours sa

(30) F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 17.

(31) D. ROUSSEAU, « Une montée en puissance par défaut », *Le Monde*, 19 novembre 1999.

(32) C. PANIER, « Le juge et la société civile », in *Le rôle du juge dans la cité*, *op. cit.*, p. 135.

fonction normative», écrit Jean Rivero (33). L'on rappellera, à cet égard, la distinction conceptuelle – bien connue de la doctrine italienne – entre une disposition et la ou les normes que cette disposition contient ou qui s'en dégagent, toutes les dispositions n'ayant pas une égale densité normative. A cet égard, il est piquant – et pas forcément paradoxal – de constater que, tout en étant faiblement normatives, les lois sont de plus en plus bavardes et détaillées, le législateur succombant aisément à la tentation pédagogique et à la tentation technocratique. Par ailleurs, la carence normative des lois contemporaines n'est pas sans lien avec l'accroissement des lois de circonstances adoptées en réaction à des événements ponctuels, un procédé qui, soit dit au passage, affecte également le pouvoir constituant (34).

Le défaut de normativité du législateur est une explication que les parlementaires ont tendance à contester. Le phénomène ne serait pas nouveau et serait même en voie d'amenuisement. Deux observations s'imposent sur ce point.

1. *La pluralité des explications*

Le défaut de normativité du législateur, aussi avéré et déterminant soit-il, n'est pas pour autant la seule explication. Des éléments d'une autre nature concourent à expliquer la transformation de la fonction de juger et la montée en puissance de celles et ceux qui l'exercent.

Ils tiennent d'abord à une «dévalorisation de la loi» (35). Ce phénomène ne recoupe pas exactement celui de la carence normative des lois, quoiqu'il l'englobe. Il s'explique notamment – les raisons de cette dévalorisation sont multiples – par «des institutions politiques en voie de décomposition» (36).

(33) J. RIVERO, «Etat de droit, Etat du droit», in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 612.

(34) Voy. M. VERDUSSEN, «Le pointillisme constitutionnel», in *La Constitution hier, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers du Sénat, 2006, pp. 121-128; «Une énième déclaration de révision de la Constitution», *La Revue générale*, 2007, p. 15.

(35) N. PICARDI, «Juge, Etat et Communauté», in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 353.

(36) P. RICOEUR, «Préface», in A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 12.

Ils tiennent ensuite à des mutations sociales plus générales qui se soldent par le désarroi de citoyens en perte de repères.

En réalité, les deux éléments sont liés. Si les citoyens désespérés voient dans les magistrats des interlocuteurs et voient dans le procès l'occasion tout à la fois d'apaiser leur souffrance et de s'affirmer plus résolument dans l'espace public, c'est en raison d'un déficit démocratique de l'action politique et d'un «affaiblissement des forces d'intégration traditionnelles» (37). C'est parce que les hommes et les femmes politiques ne contribuent plus à la représentation que la société produit d'elle-même – au point que la figure du politique doit être réinterrogée (38) – que le citoyen se tourne davantage vers le juge, «comme si le judiciaire était devenu le dernier refuge de la parole publique, du monde commun» (39). Antoine Garapon a bien montré que «la justice devient un lieu d'exigibilité de la démocratie, en ce sens qu'elle semble offrir aux citoyens «une possibilité d'action plus individuelle, plus proche et plus permanente que la représentation politique classique, intermittente et éloignée» (40). Par ailleurs, on reconnaît à la justice «le mérite de traiter chaque sujet du droit comme égal et identique» et d'«apporter des réponses en disant le droit sur le terrain de la similarité et de l'identité» (41). Car le citoyen n'aspire pas seulement à une reconnaissance comme être social, mais aussi comme être égal. Qu'il puisse faire entendre sa voix est une chose. Qu'il puisse le faire dans les mêmes conditions que ses semblables en est une autre.

On rappellera, au passage, tout le paradoxe de ce changement de regard sur une justice à qui l'on confie ses angoisses personnelles tout en lui imputant les angoisses collectives de la société. Envisagée à l'échelle de la chose publique en général, «cette

(37) L. KARPAK, «L'avancée politique de la justice», *Le Débat*, 1997, n° 97, p. 90.

(38) A. RENAUT, *La fin de l'autorité*, Paris, Flammarion, 2004, p. 120.

(39) T. TODOROV, *Devoirs et délices – Une vie de passeurs*, Paris, Seuil, 2002, p. 334.

(40) A. GARAPON, *Le gardien des promesses...*, *op. cit.*, p. 45.

(41) C. MELMAN, *L'Homme sans gravité*, Paris, Denoël, 2005, p. 129. Sur le rôle du juge dans la correction des défaillances du processus politique et la restauration d'une égale participation de tous au débat démocratique, voy. J.H. ELY, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, spéc. pp. 73-104.

ambivalence est au cœur du malaise politique des démocraties» (42).

Et les juges eux-mêmes ? Contribuent-ils, par un activisme débridé, à leur propre montée en puissance ? Observerait-on une sorte «de boulimie judiciaire de la part des magistrats qui chercheraient sans arrêt de nouveaux aliments à se mettre sous la dent, de nouveaux secteurs à contrôler» (43) ? Les magistrats succomberaient-ils à cette tentation que, par provocation, Paul Martens qualifie de «totalitaire» (44) ? Si des débordements ont pu être constatés, ils n'en demeurent pas moins isolés et ponctuels. Rien ne permet de dresser un constat d'impérialisme généralisé dans la magistrature. Cependant, le risque ne doit pas être négligé.

2. La complexité des explications

Le défaut de normativité du législateur se prête lui-même à plusieurs lectures différentes. Elles ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre.

Selon certains, le pluralisme des valeurs force à la prudence ou au réalisme un législateur qui ne ferait ainsi qu'adapter son action à la mosaïque des valeurs» (45). Doit-on y voir «une marque de la grande confiance du législateur dans la sagesse du juge» – ce qui nous rapprocherait de la tradition anglo-saxonne – ou «un aveu d'impuissance du pouvoir normatif de régler toutes les situations que la vie moderne livre à la science juridique» (46) ? Sans doute les deux à la fois.

Selon d'autres, le renoncement du législateur ne relève pas de la prudence ou du réalisme, mais de la pusillanimité, de telle

(42) M. GAUCHET, *La condition historique*, Paris, Stock, 2003, p. 335.

(43) P. TRUCHE, *Juger, être jugé – Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Paris, Fayard, 2001, p. 118.

(44) P. MARTENS, «Le métier de juge constitutionnel», in *La saisine du juge constitutionnel – Aspects de droit comparé* (dir. F. DELPÉRÉE et P. FOUCHER), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34.

(45) Voy. P. MARTENS, «Sur les loyautés démocratiques du juge», in *La loyauté – Mélanges offerts à Etienne Cereche*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 261-262.

(46) P. DRAI, «Le délibéré et l'imagination du juge», in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?...*, *op. cit.*, p. 110.

sorte qu'il y va d'un véritable déni de législation. Celui-ci serait même encouragé par «le discrédit qui frappe les personnels politiques, accusés en permanence d'hypocrisie et de corruption», ce qui les ferait «apparaître comme des managers chargés d'assurer, dans toute la mesure du possible, la prospérité de la société qui les a désignés, et non plus comme des guides ou des visionnaires dont la mission serait de conduire les citoyens vers des voies nouvelles et plus justes» (47). Le législateur et, plus généralement, les politiques sembleraient désormais s'accommoder «de ce que le débat sur la validité ou l'efficacité des normes qui n'a plus vraiment lieu dans les assemblées se porte à l'initiative de citoyens sur la scène juridictionnelle» (48).

II. – UNE RESPONSABILITÉ CONSTITUTIVE D'UNE CULTURE PROFESSIONNELLE

Obligés de gérer le pluralisme des valeurs en comblant un défaut de normativité de plus en plus criant, les magistrats «doivent savoir jusqu'où ne pas aller» (49). Or, les formes ordinaires de responsabilité des magistrats – civiles et répressives – sont devenues insuffisantes, car inadaptées à cette nouvelle contrainte. Comme l'écrit Guillaume Delaloy, «la déficience des formes traditionnelles de responsabilité tient au fait qu'il existe un décalage entre la conception actuelle du juge et la vraie place qu'il occupe dans notre système institutionnel» (50). Le déplacement de normativité qui s'opère entre le législateur et le juge doit donc s'accompagner d'un déplacement de responsabilité. La responsabilité des magistrats ne doit-elle pas être «à la mesure de la place nouvelle de la justice dans la démocratie» (51) ?

(47) R. BADINTER, «Introduction», in *Les entretiens de Provence...*, *op. cit.*, p. 10.

(48) C. MATRAY, «En coulisses», in *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 936.

(49) T.S. RENOUX, «La liberté des juges», *Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 66.

(50) G. DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, Paris, P.U.F., 2005, p. 59.

(51) D. SALAS, *Le tiers pouvoir...*, *op. cit.*, p. 197. Voy. égal. C. GUARNIERI et P. PEDERZOLI, *La puissance de juger*, Paris, Michalon, 1996, p. 179.

*A. – L'insuffisance des formes ordinaires
de responsabilité*

Les formes ordinaires de responsabilité des magistrats se fondent sur l'existence d'un manquement juridiquement répréhensible. Elles conduisent à des poursuites civiles, disciplinaires, voire pénales, selon la nature du manquement reproché.

Dans certains Etats, il existe même une procédure particulière pour les atteintes que le magistrat porterait spécifiquement à la Constitution. C'est ainsi que l'article 98-II de la Loi fondamentale allemande prévoit que «si, dans l'exercice de ses fonctions ou en dehors de celles-ci, un juge fédéral contrevient aux principes de la Loi fondamentale ou à l'ordre constitutionnel d'un Land, la Cour constitutionnelle fédérale peut, à la demande du Bundestag et à la majorité des deux tiers, ordonner la mutation du juge à d'autres fonctions ou sa mise à la retraite». Il est précisé que «si le juge y contrevient intentionnellement, la révocation peut être prononcée». La procédure est régie par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. Elle a été très rarement déclenchée (52).

Par ailleurs, et en tout état de cause, lorsqu'un juge, par erreur ou par négligence, rend un jugement non conforme au droit – sur le fond ou dans la forme –, l'irrégularité peut être corrigée par l'exercice des voies de recours appropriées.

La responsabilité politique et sociale des magistrats suppose une appréciation d'un autre ordre et un contrôle d'une autre nature. Elle n'implique pas la violation du droit par le magistrat concerné. D'une part, elle repose sur l'idée d'une «responsabilité-action» davantage que sur celle d'une «responsabilité-sanction» (53). D'autre part, la mise en cause d'une telle responsabilité nous semble découler d'une rupture de confiance entre le magistrat – ou, plus exactement, les magistrats – et la société ou ses représentants. L'idée de «confiance» paraît, en effet, consti-

(52) Voy. M. FROMONT, «Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet. République fédérale d'Allemagne», *A.I.J.C.*, 1995, vol. XI, p. 331.

(53) D. LUDET, «Quelle responsabilité pour les magistrats?», *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 122 et 133.

tuer une clé pertinente de compréhension de cette forme particulière de responsabilité.

Entendue en ce sens, la responsabilité politique et sociale des magistrats viendrait utilement compléter les formes ordinaires de responsabilité. Mais comment doit-on concevoir une telle responsabilité ? Comment surtout les magistrats peuvent-ils l'assumer « sans renoncer pour autant à la fidélité à la loi, à l'indépendance et à l'impartialité » (54) ? Et sans abandonner leur position de tiers pouvoir.

Il est temps, à ce stade, d'introduire une distinction entre la *responsabilité politique* et la *responsabilité sociale* des magistrats. Cette distinction n'a été que très faiblement conceptualisée par la doctrine. Un auteur, le professeur Mauro Cappelletti, l'a pourtant approfondie, en suggérant une typologie des responsabilités (55). Il distingue la responsabilité juridique – qui peut être pénale, civile ou disciplinaire – de la responsabilité politique et de la responsabilité sociale. La différence entre ces deux dernières réside notamment en ceci qu'elles ne sont pas assumées devant les mêmes personnes ou organes.

B. – *Les difficultés d'une responsabilité politique*

La responsabilité politique véhicule un très vital impératif démocratique, qui impose aux élus de rendre des comptes à ceux qui les ont choisis (56). Elle s'entend d'une responsabilité devant les électeurs ou devant leurs représentants, branches politiques du pouvoir. Elle se définit par l'obligation de répondre des conséquences d'actes politiques. Elle est sanctionnée par des mesures politiques concrètes, telles la non-réélection ou la révocation. Elle se caractérise donc « par le caractère politique de ses motifs et de ses conséquences » (57).

(54) F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 20. Voy. J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 79.

(55) M. CAPPELLETTI, « Who Watches the Watchmen ? A Comparative Study on Judicial Responsibility », *A.J.C.L.*, 1983, vol. 31, pp. 1-62, spéc. pp. 17-18.

(56) J.-P. MACHELON, « La responsabilité politique dans les démocraties contemporaines », in *La responsabilité en droit public : aspects contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 109.

(57) M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2002, p. 322.

Comme l'a écrit Pierre Avril dans une étude célèbre, «la responsabilité politique est un principe autonome et spécifique par rapport aux autres types de responsabilité. (...) Son objet n'est pas de punir ni d'assurer la réparation symbolique d'un dommage, il est de consacrer à travers le fonctionnement des pouvoirs publics l'idée que les gouvernants sont au service des gouvernés et leur doivent des comptes» (58).

Appliquée à la magistrature, la responsabilité politique est très largement utopique.

1. *L'évidence d'une utopie*

La mission de juger est, on l'a dit, une fonction politique et le magistrat un acteur politique. De là à imaginer qu'il puisse assumer une responsabilité politique – que ce soit devant les électeurs ou devant leurs représentants –, il y a un pas qu'il est difficile de franchir.

S'agissant de la responsabilité des magistrats devant un corps électoral, elle est inconciliable avec la conception européenne du pouvoir judiciaire (59). Une telle responsabilité se conçoit aisément dans un système où les magistrats sont élus par la population. Elle se conçoit plus difficilement dans un système où ils sont, comme en Belgique, nommés par le pouvoir exécutif et, qui plus est, à vie. Or, il paraît difficilement envisageable de modifier un tel système de désignation des magistrats afin de permettre une élection de ceux-ci, ou d'une partie d'entre eux, par la population.

S'agissant de la responsabilité des magistrats devant les branches politiques du pouvoir – le Parlement –, elle est tout à fait illusoire, compte tenu du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs (60). Conjugué au principe d'indépendance des juridictions, qui en est le corollaire, ce principe répugne à toute ingérence directe d'une assemblée parlementaire, et

(58) P. AVRIL, «Pouvoir et responsabilité», in *Mélanges offerts à Georges Burdeau – Le pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 9.

(59) A. GIULIANI et N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milan, Giuffrè, 1995, p. 174.

(60) Voy. cependant P. DELALOY, *op. cit.*, pp. 58-59.

a fortiori d'une autorité gouvernementale, dans la sphère du pouvoir judiciaire. Plus précisément, il impose «une triple interdiction : celle de censurer les décisions des juridictions, celle d'adresser à celles-ci des injonctions, et celle de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence» (61).

L'impossibilité d'une responsabilité politique des magistrats pose le problème de l'audition de ceux-ci et, spécialement, de magistrats instructeurs par des commissions d'enquête parlementaire. Le problème est apparu en France à l'occasion de l'affaire d'Outreau après avoir surgi en Belgique à l'occasion de l'affaire Dutroux. La commission parlementaire installée dans le cadre de cette dernière affaire a mis directement en cause la responsabilité individuelle de magistrats du pouvoir judiciaire, empiétant par là sur des prérogatives réservées à des autorités à l'égard desquelles la Chambre des représentants n'est pas habilitée à exercer un contrôle direct (62).

L'impossibilité d'une responsabilité politique des magistrats pose aussi le problème des interpellations et questions parlementaires adressées au ministre de la Justice et qui concernent des magistrats du siège. Il nous paraît, avec le procureur général Jacques Velu, que des interpellations ou questions qui ont pour objet ou pour effet de censurer des décisions juridictionnelles sont «difficilement compatibles avec les exigences des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juridictions» (63).

2. Une utopie relative

Le constat du caractère illusoire d'une responsabilité politique des magistrats n'est pas absolu. Il appelle deux réserves. La pre-

(61) J. VELU, «Représentation et pouvoir judiciaire», Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 2 septembre 1996, *J. T.*, 1996, p. 640.

(62) Voy. M. VERDUSSEN, «Les errances constitutionnelles du rapport de la commission Dutroux», *La Libre Belgique*, 3-4 mai 1997. Voy. égal. J. VELU, *Considérations sur les rapports entre les enquêtes parlementaires et les droits de l'homme*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, Classe des Lettres, 1999, pp. 57-58.

(63) J. VELU, «Représentation et pouvoir judiciaire», *op. cit.*, p. 648.

mière nous emmène sous d'autres cieux, alors que la seconde nous ramène en Belgique.

Tout d'abord, il existe, aux Etats-Unis, un mécanisme de contrôle qui se rapproche de la responsabilité politique des magistrats. C'est la procédure de l'*impeachment*, prévue par l'article II, §4, de la Constitution des Etats-Unis : «*The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*». Au sens de cette disposition, les juges doivent être considérés comme des «*civils officers*» (64). La disposition doit être complétée par celle de l'article III, §1^{er}, de la Constitution : «*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior*» (65). L'*impeachment* est une procédure de mise en accusation et de jugement. C'est à la Chambre des représentants qu'il revient d'initier la procédure, par le vote à la majorité simple d'une mise en accusation. Lorsque celle-ci est décrétée, c'est au Sénat, cette fois à la majorité des deux tiers des membres votants, qu'il incombe de juger l'accusé et, le cas échéant, de le condamner, étant précisé que cette condamnation est punie de la peine de la destitution. On le voit, selon qu'on a égard aux organes chargés de mener la procédure ou à la nature même de celle-ci, on verra dans l'*impeachment* une institution politique ou juridique. Depuis la création des Etats-Unis, les mises en accusation sont éminemment rares et elles n'aboutissent pas toujours à une condamnation, les juges poursuivis étant acquittés ou préférant démissionner avant le jugement (66). Depuis 1787, sur les treize juges fédéraux mis en accusation, sept ont été condamnés et démis de leurs fonctions. Les trois dernières mises en accusation remontent à 1986, 1988 et 1989, pour des faits de fraude fiscale, de corruption et de parjure. Par ailleurs, seul un membre de la Cour suprême, Samuel Chase, a été mis en accusation. C'était en 1804. Il était poursuivi pour des motifs partisans – les Républi-

(64) L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3^{ème} éd., New York, Foundation Press, 2000, p. 307.

(65) Voy. cependant S. PRAKASH et S.D. SMITH, «How To Remove a Federal Judge», *Yale L. J.*, 2006, vol. 116, pp. 72-137.

(66) A. DESEYNE, *La justice aux Etats-Unis*, Paris, P.U.F., 1998, p. 73.

cains lui reprochaient ses opinions fédéralistes –, de telle sorte qu'il fût acquitté par le Sénat. Ce fut donc une expérience malheureuse : « *The failure of the Chase impeachment is one of the signal events in the history of the federal judiciary, because it set a precedent against loose construction of the impeachment power and thus supported the doctrine of judicial independence* » (67).

La procédure d'*impeachment* s'applique aux juges nommés – il s'agit des juges fédéraux –, tandis que les juges élus – les juges relevant des collectivités fédérées – sont soumis à la procédure définie par l'Etat dont ils relèvent. Certains Etats ont retenu une formule qui s'inspire de l'*impeachment*. D'autres Etats ont imaginé des formules alternatives, comme la procédure de *recall*, qui consiste à soumettre à un référendum populaire la décision de révoquer un juge. Dans un ouvrage récent sur la défiance dans la démocratie, Pierre Rosanvallon consacre quelques pages à cette procédure dont il juge l'esprit très voisin de celui de l'*impeachment* (68).

Le modèle américain de responsabilité des magistrats – que l'on retrouve sous des formes variées dans d'autres Etats ayant une tradition de *common law* –, s'inscrit dans une culture juridique singulière, ce qui le rend difficilement transposable dans un Etat comme la Belgique. Il répond, en effet, « à une sacralisation de la fonction du juge, qui ne peut subir une sanction que du vote ou des représentants du peuple souverain » (69). Par ailleurs, ce modèle navigue entre la responsabilité politique et la responsabilité pénale des magistrats.

Ensuite, un sort particulier doit être réservé en Belgique aux magistrats du ministère public.

Dans l'ordonnancement des pouvoirs constitués, ceux-ci occupent une position qui témoigne à la fois de leur appartenance au pouvoir exécutif et du concours qu'ils apportent au pouvoir judi-

(67) R.G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 3^{ème} éd., University of Chicago Press, 2000, p. 30. Voy. égal. T.J. PERETTI, *In Defense of a Political Court*, Princeton University Press, 1999, p. 138.

(68) P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie – La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 216.

(69) T.S. RENOUX, « La réforme de la justice en France : le juge et la démocratie », *Gaz. Pal.*, 21-22 janvier 2000, p. 5.

ciaire (70). Il en résulte que, si le ministre de la Justice n'a pas sur les officiers du ministère public un pouvoir comparable au pouvoir hiérarchique qu'il exerce sur les fonctionnaires du Service public fédéral Justice, l'autonomie du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif n'en est pas pour autant absolue. Il serait oiseux de le prétendre : « N'est-il pas illusoire de vouloir rendre le parquet totalement indépendant du pouvoir exécutif ? (...) Est-il vraiment raisonnable de penser que le gouvernement puisse ne pas disposer de la maîtrise de l'action publique ? Plutôt que de se cacher les yeux devant les interventions, ne serait-il pas préférable de les reconnaître et de les encadrer juridiquement ? L'indépendance totale du parquet n'a pas de sens, si ce n'est de renforcer le corporatisme et de favoriser les arrangements occultes pour des affaires sensibles. Un cloisonnement trop strict peut pousser le pouvoir exécutif à rechercher des moyens d'influence plus discrets » (71).

Dans la mesure où elle est fondée sur le principe de l'opportunité, et non uniquement sur le principe de la légalité, la fonction de poursuites exercée par le ministère public est une fonction d'orientation générale, qui s'inscrit donc nécessairement dans le cadre d'une politique pénale. « Est-il vrai que les membres du parquet ne prennent pas de décision politique ? », s'interroge Michel Troper (72). Et ce dernier de répondre : « Incontestablement, si l'on entend par là qu'ils ne sont pas des autorités politiques, puisqu'ils ne sont pas élus, mais recrutés par concours et que leurs décisions ne doivent pas obéir à des mobiles politiques. En revanche, leur action doit être considérée comme politique dans tous les autres sens du terme, notamment parce qu'ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable (...). En d'autres termes, ils décident de poursuivre ou non une infraction et leurs décisions s'inscrivent dans le cadre d'une politique pénale, qu'ils contribuent largement à déterminer ». Or, en der-

(70) M. VERDUSSEN, « Le statut constitutionnel du ministère public », *Juger*, 1997, pp. 10-17 ; « Le ministère public européen et la Constitution belge », in *Le Corpus Juris au regard du droit belge – Les premiers pas vers un nécessaire espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, pp. 105-120.

(71) A. GARAPON, *Le gardien des promesses...*, op. cit., p. 252.

(72) M. TROPER, « Les procureurs ne sont pas des juges », *Le Monde*, 19 novembre 1999.

nière instance, la responsabilité de cette politique pénale – qui est bien une responsabilité à caractère politique – est assumée par le seul ministre de la Justice, et ce, devant la seule Chambre des représentants.

C. – *Les potentialités d'une responsabilité sociale*

La responsabilité sociale des magistrats s'entend d'une responsabilité devant les individus, en leur qualité de membres de la société. Elle est – devrait être – un trait cardinal de tout Etat démocratique. En effet, « dans une démocratie, il y a, Locke l'a dit et Rousseau redit, un pouvoir supérieur, celui des citoyens ou du peuple » (73). A l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation française, le 6 janvier 2006, le président Guy Canivet soulignait que « la souveraineté est au peuple au nom de qui la justice est rendue ; c'est à lui que le juge doit rendre compte » (74).

La responsabilité sociale ne saurait être confondue avec la responsabilité politique des magistrats et spécialement avec la responsabilité des magistrats devant un corps électoral. La responsabilité sociale profile un lien, non pas entre un magistrat et des électeurs ou leurs représentants, mais entre les magistrats – ou, plus exactement, la communauté des magistrats – et la société civile. La différence doit être soulignée : « dans la sphère politique, l'individu est pris en considération dans son rôle de citoyen uniquement ; dans la sphère sociale, il l'est en revanche dans toute la variété de ses statuts et de ses rôles spécifiques » (75). Les contours de la responsabilité sociale des magistrats sont, par la force des choses, plus vaporeux.

Comment peut-on concevoir la responsabilité sociale des magistrats ? Il existe des pistes qui permettent de donner à celle-ci une certaine consistance et de mieux la structurer. Elles ont l'avantage de concevoir cette responsabilité sur une base non conflictuelle. Dans leur dernier ouvrage, Antoine Garapon et Denis Salas écrivent qu'« une justice comptable de ses décisions

(73) Y. MICHAUD, « Une justice sans contrôle et sans limites ? », *Le Monde*, 24 février 2006.

(74) G. CANIVET, « Nous rendons justice avec les mains tremblantes », *Le Monde*, 7 janvier 2006.

(75) N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, trad., Paris, Seuil, 2007, p. 150.

devant l'Etat et devant la société civile doit être pensée en dehors de toute situation paroxystique» (76).

Les pistes examinées ci-dessous sont loin de couvrir toutes les implications d'une responsabilité sociale bien comprise. On les articule en trois temps, selon qu'on se situe en amont, au cœur ou en aval du procès.

Les pistes évoquées se rejoignent, comme nous allons le voir, dans l'idée que les magistrats doivent être à l'écoute des cris et des murmures de la société et y répondre. Un magistrat responsable (*responsible*) est un magistrat réceptif (*responsive*), donc digne de confiance (*reliable*). Qu'est-ce à dire ? *«Reliability is (...) in significant part a matter of the social and institutional conditions in which the interpreter is working. And one condition that (...) contributes greatly to reliability is the constant exposure of the interpreter – the moral reader – to the full blast of the sundry opinions on the question of the rightness of one or another interpretation, freely and uninhibitedly produced by assorted members of society listening to what the others have to say out of their diverse life histories, current situations, and perceptions of interest and need»* (77).

Y a-t-il un organe qui peut les y encourager, voire les y contraindre ? C'est la question du rôle du Conseil supérieur de la justice qui est ici posée. On rappellera que cet organe est compétent, en vertu de l'article 151, §3, de la Constitution, pour «l'émission d'avis et de propositions concernant le fonctionnement général et l'organisation de l'ordre judiciaire» (6°) et pour, «à l'exclusion de toutes compétences disciplinaires et pénales, recevoir et s'assurer du suivi de plaintes relatives au fonctionnement de l'ordre judiciaire et engager une enquête sur le fonctionnement de l'ordre judiciaire» (8°). S'agissant de la mission de contrôle externe, les observateurs les plus avisés ont souligné à l'époque que «la réforme a une portée tout à fait considérable au moins sur le plan théorique» (78). Quelques années plus tard, des

(76) A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem – Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006, p. 148.

(77) F.I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, 1999, p. 59.

(78) H.-D. BOSLY, «Le Conseil supérieur sur la justice et le contrôle externe sur la justice», in *Le Conseil supérieur de la justice* (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 156-157.

observateurs tout aussi avisés déchantent, en constatant que «s'il est un domaine dans lequel le décalage entre les intentions politiques et les résultats de la réforme est le plus net, c'est assurément celui des enquêtes» (79).

1. *En amont du procès*

En amont du procès, c'est la question de la formation des magistrats qui est posée. Cette formation, qu'elle soit initiale ou continue, «assure que les valeurs principales sur lesquelles les juges fondent leurs décisions sont les valeurs fondamentales de la communauté» (80). Elle assure également que la connaissance des lois par les magistrats est assortie «de ce discernement qui permet de saisir la singularité du cas auquel il faut les appliquer» (81). A cet égard, l'ouverture de la formation des magistrats à l'ensemble des sciences humaines et sociales est d'autant plus indispensable que, comme on l'a observé, ceux-ci sont saisis de «dossiers dans lesquels les questions techniques sont sans cesse couplées à des enjeux humains, familiaux, sociaux, à des choix de société» (82).

Dans le discours cité ci-dessus, Guy Canivet observe que «la formation du juge conditionne l'authenticité de la justice. Elle lui apprend non seulement à rendre des décisions conformes au droit; bien plus, elle l'incite à réfléchir à son rôle, à sa place dans les institutions, à ses obligations, à ses devoirs, à ses habitudes, à ses présupposés, à la vérité, à l'équité... Primordiale est l'initiation qui assure que les valeurs sur lesquelles les juges fondent leurs décisions sont celles du sens commun; essentielle est la pédagogie qui leur enseigne que disposer de la vie privée, de l'honneur, de la dignité, de la fortune, de la sécurité, de la liberté d'autrui est aussi affaire de conscience».

(79) C. MATRAY, «Le Conseil supérieur de la justice : de quelques perplexités», in *Une justice en crise : premières réponses*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, 2002, p. 177.

(80) P. DELALOY, *op. cit.*, p. 56.

(81) H. PENA-RUIZ, *Le roman du monde - Légendes philosophiques*, Paris, Flammarion, 2001, p. 309.

(82) M.-F. RIGAUD, «Le Conseil supérieur de la justice et la formation des magistrats», in *Le Conseil supérieur de la justice, op. cit.*, p. 192.

2. *Au cœur du procès*

Au cœur du procès, il existe des formes de participation directe des individus à la justice. Elles sont prévues par la Constitution. Des formes nouvelles de participation sont imaginables. Elles passent par une révision de la Constitution (83). L'assise constitutionnelle donnée ainsi à cette citoyenneté juridictionnelle n'est pas innocente. En effet, de quelque manière qu'elle se manifeste, «la présence de représentants des justiciables au cœur même de la justice, non seulement à l'intérieur des salles d'audience, mais au sein même du siège et donc jusqu'en chambre du conseil, est perçue comme un moyen de contrôle du bon fonctionnement de la justice» (84). Elle est une manière de rappeler au magistrat professionnel qu'il assume une responsabilité d'ordre social. Elle est aussi une manière de l'épauler dans cette tâche.

Participent d'une préoccupation comparable, d'une part, la transparence de la procédure en justice, qui est imposée par la règle constitutionnelle de la publicité des audiences et qui révèle aujourd'hui ses limites, et, d'autre part, la transparence du raisonnement du magistrat, qui est prescrite par la règle constitutionnelle de la motivation des jugements et arrêts. En effet, «plus la justice arbitrera dans les causes qui lui sont déférées les débats de société, moins on acceptera les procédures secrètes, les mécanismes opaques, les jugements non motivés» (85).

Dans le même ordre d'idées, il faut souligner le rôle essentiel que joue le principe de la contradiction, autre garantie du procès équitable. Il permet à chacun d'aiguiser la conscience qu'ont les magistrats de leur responsabilité sociale. Il leur permet aussi, et surtout, de les aider à assumer cette responsabilité. Ce principe rappelle que, si l'acte de juger est un acte de volonté et de raison, il n'est pas pour autant l'expression monologique et solitaire

(83) Voy. M. VERDUSSEN, «La participation du citoyen à l'administration de la justice : aspects de droit constitutionnel», in *La participation du citoyen à l'administration de la justice*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, 2006, pp. 277-297.

(84) B. FRYDMAN, «Juge professionnel et juge citoyen : l'échevinage à la croisée de deux cultures judiciaires», in *ibid.*, p. 25.

(85) A. GARAPON et D. SALAS, *op. cit.*, p. 156.

d'une hégémonie du juge. Au contraire, il est, et doit être, le fruit d'une discussion argumentée – d'un « échange communicationnel », selon l'expression de Jürgen Habermas – entre les protagonistes du procès. Le maniement judiciaire des paramètres politiques et sociaux est d'autant plus éclairé que cet échange est nourri et « participe à la maturation du débat » (86). Il n'y a là aucun dévoiement de la fonction juridictionnelle, mais au contraire une valorisation de celle-ci. Pour un magistrat, « pratiquer l'interactivité ne signifie pas perdre sa fonction éminente de tiers au procès mais l'approfondir » (87).

On comprend d'autant mieux le poids de l'exigence de motivation des décisions de justice et à quel point elle représente le « véritable terrain de l'exercice de la responsabilité du magistrat » (88). Il est essentiel que les idées et les préoccupations exprimées par chaque partie soient intégrées dans le raisonnement des magistrats, qui doivent les écouter, les apprécier et les confronter, tant à celles des autres parties qu'à leurs propres convictions. Mieux la décision finale reflètera cette dialectique, plus grande sera sa légitimité. De manière générale, il est de l'intérêt de tous que les magistrats dévoilent les éléments qui ont nourri leur réflexion et leurs options. Ils tronquent le dialogue « s'ils ne révèlent de quels intérêts ils ont fait la balance, comment ils les ont pondérés et pourquoi ils ont contraint certains à s'effacer devant d'autres » (89). Ils peuvent recourir aux modes d'interprétation qu'ils jugent les plus adéquats et aux choix de société qu'ils estiment les plus justes, du moment qu'ils expliquent les raisons ayant guidé leurs préférences. Une motivation claire et précise permet de s'assurer que les magistrats ont été soucieux d'inscrire leur décision dans le contexte de la société toute entière, ce qui est d'autant plus crucial lorsque les valeurs en jeu sont importantes. Sans une telle motivation, il est impossible de soumettre les décisions juridictionnelles à un débat public. Or, celles-ci s'insèrent nécessairement « dans un processus institu-

(86) J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 264.

(87) P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 149.

(88) F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 28.

(89) P. MARTENS, « Sur les loyautés démocratiques du juge », *op. cit.*, p. 269.

tionnalisé de discussion qui les prépare en amont et les contrôle en aval» (90). Se pose, à cet égard, la question des opinions personnelles des juges – concordantes et discordantes –, dont on sait qu’elles ne sont pas permises en Belgique, ce qui oblige le juge mis en minorité d’«assumer dans l’anonymat de la décision collective la paternité de l’œuvre qu’il voudrait désavouer» (91).

Dans le même objectif, celui de favoriser la contextualisation sociale des décisions de justice, deux autres pistes mériteraient d’être approfondies, même si on s’éloigne par là du quotidien de la justice. Elles sont de nature à «désindividualiser, au moins dans le cas des ‘causes significatives’, le jeu de rôle qui se déroule devant le juge» (92).

La première piste est celle des actions d’intérêt collectif, que toutes les juridictions n’accueillent pas avec un égal enthousiasme. Les recours collectifs permettent de garantir les droits «de personnes qui, isolément, n’auraient pas les ressources d’en rechercher la protection en justice, ou bien qui n’auraient pas un incitant suffisant à le faire» (93). Mais ils permettent aussi de saisir les magistrats de débats sociétaux que le législateur a laissés ouverts. Sans doute peut-on lier à cette première piste la proposition du sociologue Mark Elchardus d’organiser un «appel populaire» (94). Tel que le conçoit ce dernier, un tel mécanisme permettrait à la population de former un appel, par référendum, contre certaines décisions judiciaires pour lesquelles les voies de recours seraient épuisées.

La seconde piste est celle de l’*amicus curiae*. Bien connue aux Etats-Unis, cette institution garantit «la représentation au procès des parties dont la décision à intervenir pouvait affecter les intérêts», voire assure que «la décision tiendra compte de certains intérêts diffus d’un grand nombre de personnes inorganisées, lorsque les parties au litige n’en assurent aucune

(90) B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 659.

(91) P. MARTENS, «Le métier de juge constitutionnel», *op. cit.*, p. 41.

(92) F. OST, «Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés?», *op. cit.*, p. 32. Sur la notion de «cause significative (*test case*)», voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 631-633.

(93) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 675.

(94) M. ELCHARDUS, *La démocratie mise en scène*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 148.

représentation» (95). Elle fait ainsi du procès un forum démocratique. Mais elle contribue également – c'est d'ailleurs sa vocation originaire – à offrir aux magistrats des informations et opinions de nature à favoriser une décision mieux éclairée (96).

Qu'il s'agisse de contrôler le magistrat, de l'éclairer ou de dialoguer avec lui, la présence des membres de la société au cœur du procès les met en mesure d'éprouver la confiance qu'ils ont dans les organes juridictionnels et dans la manière dont ils assument leur responsabilité sociale.

3. *En aval du procès*

En aval du procès, les magistrats doivent accepter de s'engager plus résolument dans l'espace public. L'époque n'est pas si lointaine où les magistrats opposaient systématiquement une résistance farouche à toute remise en cause et se complaisaient avec une délectation cérémonieuse dans un corporatisme arrogant. Aujourd'hui, ils expriment plus ouvertement leurs préoccupations et se prêtent de bonne grâce à la critique publique : «juger et accepter d'être jugé» (97). Ils s'expriment dans la presse, écrite mais aussi audiovisuelle. Ils sont auditionnés par des commissions parlementaires, pour les éclairer sur tel ou tel aspect des projets et propositions de lois en discussion.

L'occupation par les magistrats de l'espace public est favorisée par l'émergence dans la société moderne de cette nouvelle forme démocratique qu'est la démocratie d'opinion, qui concerne toute institution œuvrant dans le champ juridique. Robert Badinter souligne même que la position centrale de la justice «dans le champ des conflits individuels ou collectifs de la société, sa vocation à les résoudre, et surtout sa capacité à donner un sens, c'est-à-dire une dimension morale à ses décisions, assurent à la justice, y compris à travers son écho considérable dans les médias, une situation privilégiée parmi les acteurs des démocraties modernes» (98).

(95) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 988.

(96) *Id.*

(97) P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 184.

(98) R. BADINTER, «Introduction», *op. cit.*, p. 11.

Deux pièges guettent ici le magistrat.

Tout d'abord, la présence des magistrats sur la scène publique, aussi cruciale soit-elle devenue, ne doit pourtant pas ébranler les principes d'indépendance et d'impartialité. À condition qu'il préserve la dignité qui sied à sa fonction, il est légitime qu'un magistrat communique ses convictions sur la justice en général, sur ses méthodes et ses enjeux. Une telle communication jette la lumière sur les cadres de référence du magistrat. Elle donne un éclairage sur la manière dont il définit et manie les paramètres socio-politiques qu'il intègre dans ses décisions. En revanche, il est anormal qu'un magistrat s'exprime sur des affaires individuelles. «La règle du silence est absolue pour l'affaire qu'il traite comme pour les affaires en cours instruites par ses collègues», écrit Foulek Ringelheim, qui ajoute que «de ce point de vue, il a raison de ne pas entrer dans la ronde médiatique» (99). L'on conçoit, toutefois, qu'un sort particulier doit être réservé ici aux magistrats du ministère public. D'ailleurs, le Code d'instruction criminelle, en son article 28*quinquies*, §3, permet aux procureurs du Roi de communiquer à la presse les informations dictées par l'intérêt public, à condition de respecter certaines garanties comme la présomption d'innocence et les droits de la défense des personnes soupçonnées, ce qui est conforme aux enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ensuite, les magistrats doivent se garder de sombrer dans le narcissisme. Ils «ne sont pas supposés être, comme dans un système, les agents passifs d'un ordre juridique, mais au contraire les acteurs d'un commerce toujours en devenir» (100). C'est pourquoi chaque juridiction doit être attentive aux interprétations procurées par les autres juridictions, que ce soit dans ou en dehors de son ressort. Il n'est point de responsabilité sociale qui soit assumée par un magistrat replié dans son prétoire. La responsabilité sociale est une responsabilité collective qui met les

(99) F. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 65.

(100) J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 27.

magistrats dans la position de partenaires, et non de concurrents.



CONCLUSION

Qu'est-ce qu'être responsable ?

C'est être dans l'obligation de répondre de ses actes et de leurs conséquences. La responsabilité civile, la responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale correspondent parfaitement à cette définition. La responsabilité politique nous paraît également rentrer dans cette dernière, mais, appliquée à nos magistrats, force est de constater qu'elle est une illusion.

Tout n'est pas perdu pour autant. Car l'étymologie latine du mot nous rappelle qu'être responsable, c'est également «se montrer digne de..., être à la hauteur» (101). La responsabilité sociale des magistrats peut se comprendre dans cette acception.

Pour un magistrat, être socialement responsable, c'est alors se montrer digne de la confiance que la société lui accorde. C'est être à la hauteur des exigences nouvelles qui lui sont imposées. La responsabilité sociale des magistrats est, de la sorte, «une question de conscience professionnelle» et, partant, «une affaire de force de l'âme» (102). Elle renvoie à la nécessaire culture judiciaire que tout magistrat doit posséder et entretenir. Elle «ne doit pas seulement être entendue comme l'obligation de réparer un dommage ou d'assumer une faute, mais aussi comme la prise de conscience d'avoir à remplir un devoir» (103). Ou, plus exactement, des devoirs.

Ces devoirs, on l'a vu, convergent. Ils s'articulent sur une obligation générale d'ouverture vers la société civile et de dialo-

(101) J.-M. DOMENACH, *La responsabilité - Essai sur le fondement du civisme*, Paris, Hatier, 1994, p. 4.

(102) L. CADIEU et S. GUINCHARD, «La justice à l'épreuve des pouvoirs, les pouvoirs à l'épreuve de la justice», *Justices*, 1996, n° 3, p. 11.

(103) P. DELALOY, *op. cit.*, p. 54.

gue avec ses membres (104). On touche ici à la légitimité même de la justice, qui se mesure à sa capacité d'être à l'écoute et de répondre aux cris et murmures de la cité. Ouverture, dialogue et écoute : c'est là un combat de tous les jours. La pensée des Lumières ne nous a-t-elle pas enseigné qu'il faut « privilégier ce qu'on choisit et décide soi-même, au détriment de ce qui nous est imposé par une autorité extérieure » (105) ? A l'instar des décisions politiques, les décisions juridictionnelles « ne peuvent plus trouver une légitimité durable si elles se fondent sur le seul argument d'autorité d'un pouvoir » (106). La légitimité d'une institution tient autant à ce qu'elle fait qu'à ce qu'elle est, ce qui revient à dire que l'institution est dépositaire de sa propre légitimité.

En conclusion – et à titre provisoire –, l'on retiendra que la responsabilité sociale des magistrats est une responsabilité collective, qui dépend des conditions organisationnelles de la justice, mais qui repose aussi sur le respect d'exigences individuelles. En cela, elle est étroitement liée à l'éthique. Pour qu'on puisse évoquer une responsabilité du juge, il faut, écrit Robert Badinter, l'envisager « par rapport à un corps de principes, qui ne constitue rien d'autre en définitive que la définition des restrictions éthiques du juge » (107). Pour autant que de besoin, on précisera que l'éthique se distingue de la déontologie, même si la frontière est d'autant plus « malaisée à définir » qu'« à l'origine les deux règles se confondent » (108). L'éthique « est tournée vers l'identitaire », tandis que la déontologie est orientée « vers le disciplinaire » (109). La déontologie « est juridiquement obligatoire », alors que l'éthique « renvoie à une préoccupation jamais

(104) Sur le dialogue constitutionnel, voy. M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, pp. 87-89.

(105) T. TODOROV, *L'esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006, p. 10. Du même auteur, voy. *Le jardin imparfait – La pensée humaniste en France*, Paris, Grasset, 1998, p. 20; *Devoirs et délices...*, op. cit., pp. 223-225.

(106) P. COPPENS, « Objectivité et légitimité des décisions constitutionnelles », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 72.

(107) R. BADINTER, *Le juge dans la société d'aujourd'hui*, op. cit., p. 43.

(108) P. LAMBERT, « De l'éthique à sa déontologie », in *Jura Vigilantibus Antoine Braun*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 374.

(109) A. GARAPON, « Ethique du juge », in *Dictionnaire de la justice*, op. cit., p. 473.

arrêtée» (110). Elle est «une recherche permanente de ce qui est estimé bon dans une pratique professionnelle» (111). Elle est «un état permanent de lucidité, de vigilance du magistrat sur les implications, les conséquences de ses actes» (112).

Une culture professionnelle vécue comme une éthique personnelle et mise au service d'une responsabilité assumée collectivement. Entendue de la sorte, la responsabilité sociale des magistrats se démarque des autres formes de responsabilité dont elle est le complément indispensable.



(110) *Id.*

(111) D. SALAS, *Le tiers pouvoir...*, *op. cit.*, p. 215.

(112) D. LUDET, *op. cit.*, p. 135.