

INDIGNATION ET COURAGE : NOUVELLES VERTUS JUDICIAIRES ?

1. Les magistrats ont reçu à la fin du mois d'août 2012 un document intitulé *Guide pour les magistrats. Principes, valeurs et qualités*, réalisé à l'initiative du Conseil Supérieur de la Justice et du Conseil Consultatif de la Magistrature.

Ce guide est conçu comme la synthèse des principes et lignes de conduite destinée à éclairer les magistrats belges sur les valeurs fondamentales de leur fonction, définies comme les bases d'une déontologie positive. Son introduction précise explicitement qu'il ne peut s'interpréter comme un code de discipline et ne peut pas davantage servir de base à des poursuites disciplinaires¹.

Le contenu de ce manuel s'inspire très largement d'un texte approuvé en 2010 par le Réseau Européen des Conseils de la Justice. Il comprend deux parties:

- l'une est consacrée aux *valeurs* du pouvoir judiciaire: indépendance, impartialité, intégrité, réserve et discrétion, respect et capacité d'écoute, égalité de traitement et compétence;
- l'autre définit les *qualités* que doivent présenter les magistrats: sagesse, loyauté, humanité, courage, sérieux et prudence, travail, écoute, communication et ouverture d'esprit.

2. Si dans son ensemble, la lecture des valeurs et qualités énoncées n'est pas de nature à surprendre les professionnels destinataires de ce guide, un élément tout à fait inédit mérite pourtant d'être analysé qui a trait aux contours du devoir de réserve qui pèse sur la magistrature.

Le texte rappelle d'abord sur un mode assez classique que « La réserve et la discrétion du magistrat impliquent un équilibre entre ses droits en tant que citoyen et les contraintes de la fonction. Le magistrat se comporte de manière à éviter de créer l'impression que ses décisions sont inspirées par des mobiles autres qu'une application juste et raisonnée de la loi. Le magistrat met tout en œuvre pour ne pas heurter, dans l'exercice de ses fonctions et dans sa vie privée, la confiance que les justiciables placent en lui et dans la justice en général »².

Ensuite, et ceci était bien moins prévisible, une clause insérée dans les développements qui sont faits du devoir de réserve et intitulée « État de droit démocratique » dispose que « Lorsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en péril, la réserve cède devant le droit d'indignation »³.

En parfait écho à cet élément nouveau, la partie du *Guide* consacrée à la loyauté que doit

¹ Sur l'intérêt de définir positivement des critères d'excellence plutôt que de stigmatiser certains comportements en termes négatifs, voire Ch. Matray, "La sanction des manquements", in *Le devoir de réserve: l'expression censurée ?*, Bruylant, 2004, pp. 146 et s., et « La responsabilité déontologique des magistrats. Pour une déontologie positive », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruylant, 2007 pp.125 à 137.

² *Guide pour les magistrats. Principes, valeurs et qualités* (ci-après, *Guide*), p. 12.

³ *Idem*. Il faut noter que si le texte accorde aux magistrats un droit d'indignation, la version initialement rédigée par le RECJ parle lui de *devoir* d'indignation. La distinction semble toutefois artificielle en ce que l'indignation doit être entendue comme constitutive d'un droit dans la mesure où elle serait opposable à des supérieurs hiérarchiques animés de velléités disciplinaires, tandis qu'à l'égard de la société civile et tenant compte du serment prêté, elle s'assimile plutôt à une obligation dont le magistrat serait désormais débiteur.

nourrir le magistrat à l'égard de la Constitution, des institutions démocratiques, des droits fondamentaux, de la loi et de la procédure, « ainsi qu'à l'endroit de l'organisation de l'Ordre judiciaire », précise également que cette loyauté « ne peut être exigée du magistrat lorsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en péril »⁴.

Le courage, désormais défini explicitement comme une qualité des juges, leur est recommandé « tant sur le plan physique que moral pour mener certaines procédures, faire face aux pressions internes et externes, et répondre aux défis de la société nouvelle »⁵.

Courage et indignation, voici donc deux notions dont le moins que l'on puisse dire est qu'elles sont susceptibles de faire évoluer considérablement la compréhension de la déontologie des membres du pouvoir judiciaire, singulièrement celle de leur devoir de réserve.

A l'occasion d'une table ronde organisée par l'Institut d'Études sur la Justice, le 17 octobre 2003, sur ce thème, Christian Jassogne indiquait: « Il est manifeste que la déontologie est évolutive. Il faut donc de temps en temps mesurer cette évolution entre personnes averties ». Nul doute que le *Guide* qui a été récemment adressé aux magistrats doit les interpeller individuellement et collectivement, et être l'occasion de mesurer en cette matière le chemin parcouru mais aussi d'envisager les implications de cette évolution, voire ses apories.

Je propose de rappeler ici d'abord l'évolution de la notion même de devoir de réserve, et d'examiner ensuite le lien que présente ce droit d'indignation, nouvellement défini, avec un mouvement culturel plus vaste qualifié d'alerte éthique, en soulignant que le droit international et la Cour européenne des droits de l'Homme l'ont depuis plusieurs années reconnu au profit des membres des institutions et des entreprises, comme un levier de débat et de démocratie ; enfin, de décrire les obstacles opposés à l'exercice de ce droit, qui sont propres au monde judiciaire, singulièrement en insistant sur la nécessité qu'il y a à y voir évoluer les mentalités et la culture hiérarchique.

I. L'évolution du devoir de réserve

3. Traditionnellement, le devoir de réserve était défini de manière négative comme « l'obligation de s'abstenir de certains comportements incompatibles avec la nature de la fonction de magistrat »⁶.

L'étendue du devoir de réserve était comprise de manière extrêmement large: outre qu'il avait l'obligation de retenir la manifestation publique de ses opinions tant sur les questions relevant de l'exercice de ses fonctions que sur tout sujet « susceptible ou non d'attirer l'attention du public », le magistrat se devait également d'avoir « une vie personnelle irréprochable »⁷.

Ainsi se référait-on avec constance et commodité aux seuls manquements que ce devoir impliquait. Son respect était en effet invoqué pour prévenir ou sanctionner la prise de parole publique ainsi que certains comportements qualifiés excessifs, car contraires aux obligations

⁴ *Guide*, p. 20.

⁵ *Guide*, p. 21.

⁶ P. Lambert, « Le devoir de réserve et les notions voisines: le secret professionnel », in *Le devoir de réserve*, op. cit., p. 15; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, 1990, p. 491.

⁷ E. Krings, « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1988, p. 489.

conjuguées de neutralité et de dignité.

Très attaché à cette tradition, J. Englebert écrivait en 2010 : « En choisissant d'être juge (nul n'est en effet obligé d'être juge), le magistrat se place inévitablement à l'écart, en marge de certains droits comme celui de la libre expression. La seule expression publique légitime du juge est celle qu'il émet en prononçant ses jugements. Son rôle social l'oblige à s'y cantonner »⁸.

C'est dans cet esprit qu'en 1987 le juge Ch. Panier a pu être sanctionné disciplinairement pour avoir participé à un débat radiophonique sans l'autorisation de son chef de corps⁹.

4. Les temps changent toutefois et avec eux les mentalités.

En 2003, P. Mandoux et D. Vandermeersch indiquaient, à juste titre: « A notre sens, l'appréciation de la réserve du magistrat doit subir une révolution copernicienne: il n'appartient plus au chef de corps de définir du haut de sa conception des choses, l'attitude que doivent adopter les magistrats placés sous sa responsabilité; le comportement de ceux-ci doit être évalué du point de vue des citoyens et de la légitime confiance que ceux-ci sont en droit d'attendre de la part des acteurs judiciaires »¹⁰.

Rivé, à l'origine, à l'allégeance due à une culture hiérarchisée, inséparable de la notion de dignité, notion nécessairement arbitraire puisque laissée à l'appréciation des chefs de corps, le centre de gravité de l'obligation de réserve se déplacerait donc avec le temps vers les attentes qui sont nourries par les citoyens et la confiance qu'ils placent dans l'institution judiciaire, étant naturellement rappelé qu'ils ne choisissent pas leurs juges.

Le devoir de réserve devient dans cette optique partie intégrante des conditions du procès équitable et l'appréciation de son respect s'affranchit des règles de la bienséance et du convenable pour devenir strictement fonctionnelle. La question se résume ainsi : le magistrat, en se conduisant comme il l'a fait, a-t-il servi ou méprisé les principes d'indépendance, de neutralité et d'impartialité, qui sont à la fois l'objet de sa fonction et la condition de sa légitimité ? La confiance que le justiciable est requis de placer en lui est-elle en somme méritée ? Ce serait alors à l'aune de ce seul critère que la liberté d'expression des juges pourrait être limitée et le devoir de réserve défini¹¹. C'est d'ailleurs explicitement ce

⁸ « Quel accès pour quelle justice ? », in *Les Droits de l'Homme et l'efficacité de la Justice*, Larcier, 2010, p. 130.

⁹ Ch. Matray rappelle que la décision contenait le motif suivant : « En acceptant sa nomination, un magistrat renonce implicitement à sa liberté d'expression ». Le pourvoi contre cette décision a été rejeté par la Cour de cassation (Cass., 14 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 528 et s., et note J. Verhoeven, « Droits de l'Homme, discipline et liberté d'expression: Le droit du juge à un procès équitable » ; sur cet arrêt, voir également A. De Nauw, « La liberté d'expression du judiciaire à l'égard du politique », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp 887-888). Notons qu'en 2000, X. de Riemaeker et G. Londers déduisaient toujours du devoir de réserve, l'obligation pour les magistrats désireux de s'exprimer dans les *media* d'obtenir l'assentiment de leur supérieur hiérarchique (*Statut et déontologie du magistrat*, Bruxelles, La Charte, 2000, p. 353).

¹⁰ « Le point de vue du magistrat » in *Le devoir de réserve: l'expression censurée ?*, op. cit., p. 44.

¹¹ On rappelle que l'indépendance du pouvoir judiciaire est inscrite à l'article 151, §1er, de la Constitution. Elle se fonde sur le principe démocratique de la séparation des pouvoirs. L'impartialité est définie par la Cour européenne des Droits de l'Homme depuis l'arrêt *Piersack c. Belgique*, du 1^{er} octobre 1982, d'un double point de vue: subjectivement, il s'agit d'apprécier l'attitude concrète du juge, son comportement éventuellement révélateur d'une opinion personnelle ou d'un préjugé; objectivement, il faut se demander si le magistrat présente aux plans fonctionnel et organique les garanties suffisantes de neutralité et d'objectivité (F. Kutry, *L'impartialité du juge en*

qu'envisage le *Guide* rédigé par le CSJ et le CCM.

Dans ce contexte, l'intervention des juges dans le débat public ne fait plus difficulté. La critique qu'ils font des éventuelles errements des acteurs sociaux ou du mépris des valeurs fondatrices de démocratie qui émaillent parfois la vie politique, est aujourd'hui admise.

On se souvient qu'en 1997, Ch. Matray avait stigmatisé avec beaucoup d'esprit et de fermeté les outrances de la Commission parlementaire qui enquêtait sur les dysfonctionnements commis dans l'affaire Dutroux¹². Plus récemment, des magistrats se sont exprimés lors des polémiques nourries par la libération de Michèle Martin, sans susciter le courroux de leur chef de corps. Ceci relève sans doute désormais de l'évidence: le débat public se nourrit aussi de la parole des juges et chacun conviendra qu'elle l'enrichit¹³.

5. Plus récente et plus délicate est la question de la révélation par des magistrats de dysfonctionnements affectant leur vie professionnelle ou la structure dans laquelle ils œuvrent. Il ne s'agit pas du manque de moyen matériel, régulièrement dénoncé en vain par de nombreux membres de l'Ordre judiciaire, mais bien des atteintes qui peuvent être parfois portées aux libertés et aux principes démocratiques, par certains acteurs de la magistrature.

Lorsqu'en 2003, D. Vandermeersch et P. Mandoux écrivaient: « S'il a prêté le serment de respecter la Constitution et les lois du peuple belge, le magistrat ne doit pas perdre de vue la hiérarchie existante entre les normes, au sommet de laquelle figurent les principes démocratiques, la pérennité de l'État de droit et les libertés fondamentales. Lorsque ces principes et libertés sont en péril, la réserve n'est plus de mise: il est de l'obligation de tout citoyen et donc du magistrat de dénoncer les violations aux menaces pesant sur ces droits. Le 'devoir de réserve' se mue ainsi en 'devoir d'intervention' », ils entendaient toutefois strictement à cet égard qu'il s'impose aux membres du pouvoir judiciaire de critiquer même publiquement les projets ou propositions de loi qui menacent les libertés, « les valeurs politiques et morales essentielles sans lesquelles une justice équitable est impossible », question qui cela a été dit et s'observe régulièrement, ne fait plus difficulté¹⁴.

procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 47). Dans cette optique, le magistrat s'abstient évidemment d'émettre une opinion sur la solution du litige avant de prendre l'affaire en délibéré. En droit belge, l'impartialité des tribunaux est ainsi sanctionnée par l'article 828 du Code judiciaire.

¹² « Cette fois, pas d'accord avec la Commission Dutroux », *La Libre Belgique*, 25-26 janvier 1997.

¹³ D. Vandermeersch et P. Mandoux, *op. cit.*, pp 36-37: « Par sa position de praticien confronté aux réalités quotidiennes, le magistrat est un témoin privilégié des enjeux qui se trament dans une société (...). Le magistrat n'appartient-il pas à une société empreinte de diversités, riche d'opinions multiples et parfois contradictoires. Il en constitue à la fois un témoin privilégié et un acteur important. Le magistrat est et reste un citoyen ». Je ne m'attarde pas ici sur les questions certes intéressantes mais hors de mon propos des rapports avec la presse; de l'appartenance à un syndicat ou à un parti politique; du détachement dans un cabinet ministériel. Sur ces questions, voir X. Delgrange, « La liberté d'expression du juge », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'"affaire Fortis"*, Larcier, 2011, pp. 187 et s.

¹⁴ La référence à une hiérarchie de normes fait nécessairement penser à l'évolution qui a marqué la compréhension de l'étendue du secret professionnel dont la violation est sanctionnée par l'article 458 du Code pénal. En se référant à la prééminence de certaines valeurs, la Cour de cassation a en effet rejeté en 1987, en termes explicites, le caractère absolu du secret professionnel: « L'état de nécessité allégué par une personne poursuivie du chef de violation du secret professionnel ne peut être écarté, dès lors eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit et en présence d'un mal grave et imminent pour autrui, cette personne a pu estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder autrement qu'en violant ce secret, un intérêt plus impérieux qu'elle avait le devoir ou qu'elle était en droit de sauvegarder avant tous les autres » (Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1061). En 1998, elle a indiqué également que les contraintes qu'impose le secret professionnel cèdent, en règle, devant les impératifs des droits de la défense (Cass., 23 décembre 1998, *J,L,M,B.*, 1999, p. 61). Dans un

Cette approche ne visait pas le cas d'un magistrat amené à révéler la ou les pratiques douteuses en vigueur au sein d'une juridiction et la menace qui peut y régner sur le principe d'indépendance et d'impartialité, par exemple.

6. Les incidents survenus dans certaines affaires ont pourtant montré, ces dernières années, que l'hypothèse ne relève pas de la pure fantaisie.

Rappelons qu'il est arrivé que des avocats dénoncent à raison l'attitude de certains magistrats. Ainsi en 1983, les pratiques illicites qui étaient alors en vigueur au tribunal de commerce de Nivelles ont-elles été dénoncées puis jugées, tandis qu'en 2005, un avocat révélait le favoritisme dont avait fait preuve le procureur du Roi de Namur à l'égard d'un curateur soupçonné de détournements. En cette affaire, la Commission d'avis et d'enquêtes du Conseil Supérieur de la Justice a pleinement fait écho à ces accusations: « Le Ministère public a réservé à ce dossier un traitement de faveur à l'égard du curateur soupçonné des détournements »¹⁵. Selon la Commission d'avis et d'enquêtes, il devait y avoir dessaisissement et le Procureur du Roi qui s'était vu transmettre le dossier afin de l'assurer, l'avait à tort conservé dix mois, ce qui est « anormal », outre qu'un non-lieu avait été requis sans qu'aucun acte d'instruction n'ait été posé.

En 2009, c'est le directeur de la police judiciaire fédérale qui a dénoncé au ministre de la justice des faits de corruption à charge du président du tribunal de commerce de Bruxelles.

S'agissant des magistrats, un juge du tribunal de première instance de Dinant, a dénoncé en 2005, par des moyens qui ont été qualifiés à la fois d'inappropriés et d'illicites, on y reviendra, le défaut d'impartialité de son tribunal¹⁶.

arrêt du 3 mai 2000, la Cour d'arbitrage a confirmé le principe du caractère relatif du secret professionnel en ces termes: « La règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle ». Il est également admis que le secret professionnel ne s'étend pas à des faits directement contraires à l'exercice de la profession considérée et à ses fins légitimes (voy, L. Kennes, *La preuve en matière pénale*, Kluwer, 2005, vol. II, n° 763).

¹⁵ Avis de la Commission d'avis et d'enquêtes du CSJ, du 13 mai 2009, repris par *La Libre Belgique* du même jour.

¹⁶ On se souvient que le 13 septembre 2005, ce juge a refusé en audience publique de signer un jugement condamnant le directeur d'un home pour enfants pour des faits de pédophilie commis au sein de l'institution qu'il dirigeait, à une peine de huit ans d'emprisonnement. Il a dénoncé en cette affaire le fait que le président du tribunal de Dinant était également le président du conseil d'administration de l'asbl gestionnaire du home et qu'en se constituant partie civile entre les mains d'un juge d'instruction dont il était à la fois l'ami et le supérieur hiérarchique, il avait méprisé les règles du procès équitable. Au-delà de ce cas particulier, le juge dinantais dénonçait également et de manière générale le mode de fonctionnement peu soucieux des principes d'impartialité de la juridiction à laquelle il appartenait, révélant notamment que le divorce du président avait été jugé au sein même du tribunal. Si son mode d'indignation a été sévèrement apprécié au pénal (et fait toujours l'objet de poursuites au disciplinaire), ses affirmations, sur ce point, ont été confirmées par le Conseil National de Discipline en son avis rendu le 22 janvier 2010, qui relève, notamment, que « Sans doute était-il inadéquat pour le président du tribunal de faire juger son divorce par un juge de cette juridiction. L'enquête du Conseil a mis en exergue, à Dinant, que de tels procédés sont répandus, ce qui est inconvenant. Monsieur M. lui-même a fonctionné dans une telle culture juridictionnelle procédant d'un estompement certain des principes d'indépendance et d'impartialité objective, en acceptant de connaître d'affaires où une partie a pour organe le Président du tribunal et notamment, ce fut le cas dans l'affaire Dulieu avec les dévoilements que l'on connaît. Interrogé quant à ces étonnantes pratiques répandues à Dinant, le Procureur de Roi de l'époque, a fourni les explications suivantes lors de son audition du 19 juin 2009 : 'Dans un petit tribunal, il est fréquent que les personnes se connaissent et ont des liens avec les magistrats. Il est impossible de renvoyer toutes ces affaires vers d'autres juridictions'. Ces justifications d'un tel système opérant à Dinant ne peuvent être partagées ».

Fin 2008, de graves dysfonctionnements sont apparus dans la gestion, devant la cour d'appel de Bruxelles, du dossier dit *Fortis* et le Premier Président de la Cour de cassation s'est adressé au Président de la Chambre pour dévoiler certains éléments donnant à penser que le principe de la séparation des pouvoirs n'avait pas été respecté à cette occasion.

Chacun a à l'esprit les coups de théâtre et soubresauts baroques qu'a connus cette affaire mais surtout le chaos politique et judiciaire qu'elle a causé et que n'a pas tout à fait apaisé l'arrêt rendu le 14 septembre 2011 par la cour d'appel de Gand qui a marqué son dénouement officiel¹⁷. Chacun se souvient aussi de la désapprobation qu'a suscitée le comportement de ces différents protagonistes.

En 2011, un substitut fiscaliste a cru pouvoir reprocher au Procureur général de la cour d'appel d'Anvers, sa complaisance inopportune envers les pratiques de fraude fiscale du secteur diamantaire.

II. L'alerte éthique

7. Ces exemples récents de révélations publiques de dysfonctionnements dans le monde judiciaire par ses propres acteurs relèvent d'un courant à la fois sociopolitique et culturel plus large qui a été qualifié de « lancement d'alerte ».

Le *whistleblower* ou *lanceur d'alerte* se définit en effet comme un citoyen amené à divulguer publiquement un dysfonctionnement, un état de fait ou un danger qu'il estime contraire à l'intérêt général et au bien commun.

Le lanceur d'alerte peut être extérieur au milieu dont il dit les errances. Certaines associations font profession en cette matière, ainsi l'organisation *Transparency International* se consacre à la lutte contre la corruption, ou *Anticor*, association française créée par le juge Halphen qui a notamment initié une plainte dans l'affaire des sondages de l'Élysée lorsque Nicolas Sarkozy était Président¹⁸.

Le lanceur d'alerte externe s'expose le plus souvent à des poursuites judiciaires en diffamation et à des réclamations en dommages et intérêts importants¹⁹.

¹⁷ Sous réserve des recours dont est saisie la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁸ Deux exemples français ont récemment défrayé la chronique : le chercheur Pierre Meneton qui avait dénoncé en 2006 la puissance du lobby des producteurs de sel et du secteur agro-alimentaire qu'il accusait de désinformer les professionnels de la santé et des *media* sur les dangers du sel, poursuivi pour diffamation par le Comité des Salines de France, a été acquitté par la 17^e chambre du tribunal correctionnel de Paris en 2008, notamment aux motifs suivants: "Il ne s'agit que d'une question d'ordre général sur l'utilisation excessive d'un produit naturel qui, quelle que soit sa pertinence, ne dépasse pas les limites autorisées par la liberté d'expression dans une société démocratique" (*Libération*, 13 mars 2008); Irène Frachon, pneumologue à Brest, a révélé dans un livre publié en 2010 (*Mediator 150 mg, combien de morts?*, Edition Dialogue) les dangers de ce médicament fabriqué par les laboratoires Servier. La couverture de son livre sera censurée, en référé, par le tribunal de Brest mais cette décision sera réformée en 2011 par la cour d'appel de Rennes. Ce chercheur est à l'origine du retrait du *Mediator* du marché par les autorités sanitaires et du procès pénal impliquant les dirigeants de la société.

¹⁹ Normand Landry a étudié le SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation), ce phénomène contemporain d'intimidation judiciaire visant à restreindre la liberté d'expression et le discours critique émanant des simples citoyens. *SLAPP - Bâilonnement et répression judiciaire du discours politique*, éd. Echosociété, 2012.

Le lanceur d'alerte interne qui nous intéresse, agit au nom d'un intérêt supérieur au sein de son milieu professionnel, une entreprise privée ou une institution, parfois hiérarchisée, dont il enfreint les règles de discrétion ou de confidentialité et dont il risque naturellement de subir directement l'hostilité et les représailles (licenciement, mise au placard ou harcèlement). Son engagement est nécessairement délicat, voire douloureux. Le sociologue Francis Châteauraynaud note à cet égard : « La situation la plus difficile est celle du lanceur d'alerte interne à une entreprise, un milieu professionnel ou une institution, dont la prise de parole publique crée une tension entre trois formes d'intérêt: l'intérêt de la personne ou du groupe porteur du signal d'alarme, l'intérêt de l'entité qui l'emploie ou qui encadre ses activités et enfin l'intérêt général que ce dernier prene la forme de la santé publique, de la sauvegarde de l'environnement ou de la sécurité en général (...). Très souvent, l'exercice ordinaire – civique – de la vigilance et la remontée vers l'intérêt général, se trouvent bloqués par l'intérêt de l'employeur ou de la profession qui fait obstacle au déconfinement de l'alerte »²⁰.

Le phénomène du lancement d'alerte relève lui-même, cela s'aperçoit aisément, du mouvement d'émancipation général déduit de l'influence grandissante dans toutes les sphères sociales, des principes démocratiques – outre et y compris l'héritage de mai '68 – qui visent à questionner voire à critiquer les fondements de toute autorité et de toute hiérarchie. Cette tendance est saluée mais aussi, depuis Tocqueville, dénoncée²¹. Elle s'inscrit objectivement, dans une culture de la discussion qui interpelle l'argument d'autorité et exige un fondement juste et acceptable à toute règle et à son application. C'est peu dire que le pouvoir judiciaire, en raison de son mode de fonctionnement, est resté en son sein très éloigné de ce phénomène et de cette culture.

III. Reconnaissance du lanceur d'alerte au plan international

8. La reconnaissance et la protection des lanceurs d'alerte se fait très progressivement et varie selon les questions (sanitaires, financières,...), les pays, les domaines (public ou privé) et les ordres juridiques. La sphère internationale semble être à la pointe de la question. Ainsi, dès 1982, la convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail sur le licenciement, entrée en vigueur le 24 novembre 1986, disposait en son article 5 que ne peuvent constituer des motifs valables de licenciement le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes.

La Convention pénale du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 sur la corruption invite en son article 22 les Etats à fournir « une protection effective et appropriée aux personnes qui fournissent des informations concernant des infractions pénales visées à ses articles 2 à 14 ou qui collaborent d'une autre manière avec les autorités chargées des investigations et des

²⁰ Fr. Châteauraynaud, « Le lanceur d'alerte à l'épreuve du jugement. Point de vue sur les conditions pragmatiques d'une vigilance citoyenne », Texte pour le Colloque sur la protection d'alerte, Fondation Sciences Citoyennes, Paris, 30 mars 2003 : « Au plan sociologique, en lançant une alerte dans le cadre d'une activité professionnelle, on se trouve donc pris dans un dilemme qui relève de ce que l'on peut appeler une relation d'emprise. L'emprise se caractérise par une asymétrie dans le pouvoir d'exiger des comptes de la part d'autrui, c'est-à-dire par un monopole de l'impératif de justification, si bien que celui qui est pris dans une logique d'emprise est aussi pris dans une logique de justification qui prend souvent une allure kafkaïenne où trouver les appuis permettant de retourner l'impératif de justification, si tout le monde s'en remet à l'autorité d'un même juge, en l'occurrence l'employeur? »; Fr. Châteauraynaud et D. Torny, *Les sombres précurseurs – une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Paris, éd. de l'EHESS, 1999.

²¹ Voy. J. Ortega y Gasset, *La révolte des masses*, éd. Le belles lettres, 2011.

poursuites, ainsi qu'aux témoins qui déposent dans ce type de dossier ».

L'article 33 de la Convention des Nations Unies contre la corruption— adoptée par l'Assemblée Générale par une résolution 58-4 du 31 octobre 2003 et entrée en vigueur le 14 décembre 2005 – stipule que chaque Etat « envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente convention »²².

En matière de secrets d'Etat, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 19 avril 2007 une résolution 1551/2007 dans le domaine de l'espionnage et de la divulgation des secrets d'Etat, rappelant en son point 2 « L'importance de la liberté d'expression et d'information dans une société démocratique, dans laquelle il doit être possible de dénoncer librement la corruption, les violations des Droits de l'Homme, la destruction de l'environnement et tout autre abus de pouvoir ».

Le 29 avril 2010, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la résolution 1729/2010 et la recommandation 1916/2010 sur la protection des donneurs d'alerte. Tenant compte de l'importance des lanceurs d'alerte pour la lutte contre la corruption et la mauvaise gestion, l'Assemblée invite ses membres à compléter leur législation : "La définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi concernant divers actes illicites, y compris toutes les violations graves des Droits de l'Homme qui affectent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées. La législation doit notamment prévoir des incitations appropriées pour les pouvoirs publics et les décideurs privés afin qu'ils mettent en place des procédures internes (enquêtes, protections de l'identité du lanceur d'alerte) ainsi que des mesures procédurales de protection (emploi conservatoire, dédommagement financier, possibilité donnée au lanceur d'alerte de contre-attaquer l'auteur des sanctions). La mise en œuvre de cette législation, aux plans du suivi et de l'évaluation doit être confiée à un organe indépendant ».

En 2011, le Conseil de l'Europe a lui-même adopté un dispositif interne d'alerte éthique²³.

²² Pour plus de détails, voir le *DOC. 12006*, 14 septembre 2009, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport*, Commission des questions juridiques et des Droits de l'Homme (disponible sur le site de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe).

²³ La résolution 1729/2010 est disponible sur le site du Conseil de l'Europe. Au plan national, on peut citer, notamment, au Royaume Uni, le *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) qui préserve les donneurs d'alerte depuis 1998 contre les représailles et les licenciements tant dans les domaines publics que privés. La divulgation doit être faite de bonne foi, avec la conviction raisonnable que l'information est vraie et sans recherche de profit personnel. Le *Whistleblower Protection Act* protège, aux Etats-Unis, depuis 1989 les fonctionnaires fédéraux qui dénoncent les manquements à la loi, les erreurs grossières de gestion, les gaspillages, les abus d'autorité, la mise en danger de la santé et les atteintes à la sécurité. Le donneur d'alerte qui estime avoir subi des représailles, dépose plainte auprès d'une agence indépendante d'investigation qui, éventuellement, réclamera et obtiendra pour lui des dommages et intérêts. Une loi du 13 novembre 2007 visant à lutter contre la corruption, instaure en France un système de protection des lanceurs d'alerte en matière financière. Elle ne concerne pas le secteur public dans lequel pourtant, comme en Belgique, les fonctionnaires ont l'obligation de signaler les crimes et délits dont ils ont connaissance (article 40 du Code de procédure pénale français). Le Luxembourg a voté le 13 février 2011 une loi sur la protection des salariés qui travaillent tant le secteur privé que public en matière de lutte contre la corruption, le trafic d'influence, et la prise illégale d'intérêt. Un organisme indépendant a été désigné à cette fin.

IV. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

9. Dans un arrêt important rendu le 12 février 2008 à l'unanimité et en grande chambre, la Cour européenne des Droits de l'Homme a elle aussi été amenée à reconnaître une forme de protection des donneurs d'alerte en des termes qui ne peuvent qu'intéresser le monde de la justice.

L'affaire opposait la Moldavie à un fonctionnaire du parquet général moldave, monsieur Guja, révoqué pour avoir divulgué à la presse des documents révélant l'ingérence du vice-président du Parlement et du vice-ministre de l'Intérieur dans le déroulement d'une enquête pénale mettant en cause quatre policiers.

Monsieur Guja avait indiqué à ses supérieurs avoir agi pour contribuer à la lutte contre les pressions abusives et le trafic d'influence suite à l'appel lancé en ce sens peu avant par le Président moldave à tous les agents chargés d'appliquer la loi, leur demandant d'ignorer toute tentative de pression émanant des responsables publics notamment dans les procédures pénales pendantes.

Il était reproché à Monsieur Guja d'avoir violé l'obligation de confidentialité contenue au règlement intérieur de son service.

Après avoir rappelé que l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme s'applique à la sphère professionnelle en général et aux fonctionnaires en particulier, outre qu'il garantit la liberté de diffuser des informations et de les communiquer à la presse (§52) et avoir confirmé dans le même temps que les fonctionnaires sont de par la nature de leur fonction, à juste titre, tenus à une obligation stricte de loyauté et de discrétion (§70 et 71), la Cour observe que les agents de la fonction publique peuvent être amenés dans l'exercice de leur mission à prendre connaissance d'informations internes même secrètes que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguées ou publiées : « Dans ces conditions, la dénonciation par de tels agents de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances ». Il faut noter que dans son examen du droit pertinent, la Cour fait expressément référence aux textes internationaux dont question ci-dessus. Elle indique également qu'elle n'a jusqu'ici encore eu à connaître d'aucune affaire dans laquelle un fonctionnaire aurait divulgué des informations internes (§72). La version anglaise de l'arrêt utilise les termes de *whistleblower* et *whistleblowing*, traduits dans sa version française par « dénonciation d'une conduite illégale ou illicite ».

Considérant que le licenciement constitue bien une « ingérence », soit une atteinte à la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention, la Cour définit six critères pour en vérifier la proportionnalité et la nécessité²⁴:

- Tenant compte de l'obligation de discrétion inhérente à sa fonction, le requérant doit en principe procéder à la divulgation de l'information d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance. La révélation publique n'est protégée que si une telle autorité n'existe pas et que le recours au supérieur hiérarchique n'est pas « effectif ».

En l'espèce, la Cour relève que ni la législation moldave ni le règlement intérieur du

²⁴ Elle admet aux §§ 57, 58 et 59 que l'atteinte était bien prévue par la loi et que les autorités moldaves étaient légitimes à chercher à empêcher la divulgation d'informations confidentielles.

parquet général ne contenaient de dispositions concernant la divulgation par des salariés d'irrégularités et que le procureur général « qui était au courant de la situation depuis six mois environ, n'avait manifesté aucune intention de réagir, donnant plutôt l'impression d'avoir succombé aux pressions exercées sur le parquet ». Elle conclut sur ce point : « Dans les circonstances de l'espèce, une divulgation à l'extérieur du parquet, même à un journal, pouvait se justifier ».

- L'information divulguée doit présenter un intérêt public : « Dans un système démocratique, les actions ou omissions du Gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut parfois être si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi ». Dans cette affaire, la Cour note que les lettres communiquées à la presse avaient un rapport avec des questions très importantes telles que la séparation des pouvoirs, l'abus de fonction de la part des personnalités politiques de haut rang et l'attitude du Gouvernement à l'égard des brutalités policières, qui relèvent du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée.
- L'information doit être authentique et vérifiée avec soin « dans la mesure où les circonstances le permettent » par le donneur d'alerte. Ce point n'était pas contesté devant la Cour²⁵.
- Le préjudice causé à l'institution par l'information divulguée doit être apprécié en fonction de l'importance de cette information et de son caractère d'intérêt public: « L'intérêt général à ce que soient divulguées des informations faisant état de pression et d'agissement illicite au sein du parquet est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans le parquet général ». L'on ne peut mieux dire ! Le dommage causé n'est ainsi plus un élément pertinent lorsqu'il réside uniquement dans la perte de confiance découlant directement des agissements dénoncés. Dans cette affaire, le Parquet n'est partant pas recevable à se plaindre d'une atteinte à la confiance du public dont il s'est montré précisément indigne par la commission des agissements dénoncés²⁶.
- L'intention du donneur d'alerte doit être prise en compte: il convient qu'il soit de bonne foi; la Cour indique à cet égard n'apercevoir aucune raison de penser que monsieur Guja était en cette affaire comme le prétendait le Gouvernement moldave motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte, qu'il nourrissait un grief personnel à l'égard de son employeur ou qu'il était mu par une quelconque autre intention cachée. A l'instar du préjudice causé à l'institution, ce critère devrait en principe être

²⁵ Il faut noter que les conventions internationales dont mention ci-dessus protègent le whistleblower « de bonne foi » qui agit sur la base de « soupçons raisonnables ». V. Junod considère à juste titre que « rares sont les cas où l'employé a la totale assurance que son information est légitime (...). Sa protection ne devrait pas être moindre que si le document ou l'information avaient été authentiques (...). Si la jurisprudence devait exiger d'eux pareille certitude, elle les contraindrait pratiquement au silence. Une telle conséquence ne serait pas dans l'intérêt de la société » (« La liberté d'expression du whistleblower », note sous CEDH *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, *R.T.D.H.*, 2009, p. 233).

²⁶ Il faut par contre tenir compte d'atteintes que la divulgation cause à des tiers innocents ou si elle attise la haine, ou suscite des représailles violentes. On doit aussi tenir compte des risques en matière de sécurité publique que pourraient engendrer des révélations de secrets militaires (voy. V. Junod, *op. cit.*, pp. 238 et 239).

également pondéré par l'intérêt général que sert la divulgation de l'information litigieuse en sorte que le fonctionnaire mu par une motivation personnelle doit être protégé dans la révélation qu'il fait d'une atteinte grave à des intérêts publics.

- La Cour relève enfin que la sanction prononcée à l'encontre de monsieur Guja est la plus sévère des peines prévues et qu'elle risque non seulement d'avoir un impact sur sa carrière mais également de dissuader d'autres agents placés en situation de dénoncer des agissements irréguliers.

En conclusions, la Cour estime que l'atteinte portée à la liberté d'expression de Monsieur Guja n'était pas nécessaire dans une société démocratique et qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

10. En 2009, dans l'affaire *Koudechkina c. Russie*²⁷, la Cour européenne des Droits de l'Homme a de nouveau affirmé l'intérêt et l'importance de la liberté d'expression dans le monde judiciaire, en des termes dénués d'équivoque.

En 2003, Madame Koudechkina qui était juge au tribunal de Moscou s'était vu retirer par la présidente de son tribunal un dossier pénal lié à un abus de pouvoir imputé à un membre de la police locale, un sieur Zaytzev. Quelques mois plus tard, se lançant en politique, elle avait exprimé lors d'interviews accordées à des journaux et à une station de radio, des doutes quant à l'indépendance des tribunaux de Russie et à l'impartialité de ses collègues, notamment des hauts magistrats. Elle avait également affirmé que les pressions sur les juges étaient monnaie courante et évoqué le procès qui lui avait été confié puis soustrait.

En 2004, Madame Koudechkina qui n'avait pas été élue et avait réintégré la magistrature, a été révoquée par le Président du conseil de la magistrature de Moscou qui a estimé que son comportement pendant la campagne électorale était incompatible avec son statut de juge.

En cette affaire, la Cour indique d'abord qu'en exposant publiquement comment le dossier Zaytzev lui a été retiré la requérante n'a divulgué aucune information secrète recueillie dans le cadre de ses fonctions. La précision est intéressante car elle donne à penser qu'une information donnée par un magistrat relative à la manipulation qui peut intervenir dans l'attribution spécifique de dossiers délicats au sein d'un tribunal ne relèverait pas de la violation d'une obligation de confidentialité ou de réserve.

La Cour estime ensuite que par ses affirmations, Madame Koudechkina a indéniablement soulevé une très importante question d'intérêt général qui méritait de faire l'objet d'un débat libre dans une société démocratique. Même si ses propos étaient empreints d'une certaine dose d'exagération et de généralisation, la Cour juge qu'ils n'étaient pas dépourvus de base factuelle et doivent être considérés comme un commentaire objectif sur une question révélant une grande importance pour le public.

Comme dans l'arrêt *Guja c. Moldova*, la Cour estime que la sanction de la révocation est disproportionnée et de nature à avoir un « effet inhibiteur » sur d'autres juges souhaitant participer au débat public sur l'efficacité des organes judiciaires²⁸.

²⁷ Arrêt CEDH, *Koudechkina c. Russie*, du 26 février 2009.

²⁸ En 2011, dans un arrêt *Heinisch c. Allemagne*, du 21 juillet 2011, la Cour a confirmé sur la base des mêmes critères (existence ou non d'une procédure interne, intérêt public de l'information; crédibilité; dommages causés à l'employeur et motivations; lourdeur de la sanction), l'enseignement des arrêts *Guja* et *Koudechkina*. Madame

11. Les principes ainsi dégagés au niveau international sont d'une radicale évidence: la liberté d'expression doit régner dans les rapports professionnels, y compris dans la fonction publique et le monde judiciaire; la hiérarchie entre certaines valeurs et obligations y est acquise; ainsi, les devoirs de confidentialité et de réserve peuvent-ils céder devant la nécessité et l'intérêt majeur, en démocratie, de révéler les atteintes portées au bien commun et aux libertés.

Il est d'ailleurs permis de douter que l'alerte éthique relèverait de la portée même de ce type d'obligation, dont elle ne constituerait strictement pas une exception, mais plutôt un « hors champ ». Ceci ne relève-t-il pas d'un pur syllogisme : le devoir de réserve, on l'a dit, trouve sa cause et sa finalité dans les principes d'impartialité et d'indépendance des tribunaux; il disparaît dès lors purement et simplement lorsque ces principes sont violés.

Le donneur d'alerte qui doit être de bonne foi et révéler une information à tout le moins vraisemblable doit pouvoir bénéficier par la législation de son Etat d'une protection qui lui évite toute mesure de rétorsion. Un recours interne au milieu professionnel doit par priorité être aménagé, ainsi que des canaux externes et indépendants susceptibles d'en palier l'ineffectivité.

Le recours à la presse est justifié si de tels canaux sont défailants.

La perspective de ternir l'image de l'institution ou d'entamer la confiance du public – argument prisé par les institutions hiérarchiques – n'est pas recevable à empêcher la prise de parole et le débat.

V. En droit interne et dans la sphère judiciaire

12. Ces règles doivent être insérées en droit interne et spécialement dans la fonction publique où l'article 29 du Code d'instruction criminelle fait obligation aux agents de dénoncer au parquet les délits et les crimes dont ils ont connaissance²⁹.

Elles le sont, il faut le noter, en Communauté flamande depuis qu'un décret du 7 mai 2004, portant modification du décret du 7 juillet 1998 qui instituait un service de médiation, confie à celui-ci la protection des fonctionnaires qui dénoncent des irrégularités. Tout membre du

Heinisch qui était infirmière dans un home pour personnes âgées dépendant de l'Etat allemand, a dénoncé par une plainte pénale les lacunes et maltraitances affectant les soins apportés aux patients. Son licenciement pour déloyauté à l'égard de son employeur a été jugé par la Cour comme constitutif d'une atteinte à l'article 10 de la Convention; il a pu avoir un effet dissuasif sur les autres salariés de la société dans le signalement des carences des soins mais aussi, du fait de la publicité donnée à cette affaire dans les *media*, sur d'autres personnes travaillant dans ce secteur, au détriment de la société dans son ensemble. En cette affaire également, une petite dose d'exagération dans les termes de la révélation est tolérée.

²⁹ En 2009, le rapporteur de la Commission des questions juridiques et des Droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe écrivait : « En dépit de l'intérêt croissant porté par les organisations internationales à la protection des lanceurs d'alerte, il reste beaucoup à faire au niveau des législations nationales des pays européens. L'analyse des 26 réponses reçues des Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la persistance d'un grand vide juridique dans ce domaine dans bon nombre de pays, même si dans certains d'entre eux, les tribunaux dans leur interprétation des obligations légales de secret et de discrétion inscrites dans le droit pénal ou du travail ont abordé des questions liées à la protection des lanceurs d'alerte ... » (voir le *DOC.12006*, 14 septembre 2009, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport*, Commission des questions juridiques et des Droits de l'Homme, disponible sur le site de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe).

personnel de la Région ou de la Communauté flamande peut en effet dénoncer par écrit ou oralement auprès de ce service, les négligences, abus ou délits – dénommés « irrégularités » – qu'il constate au sein de son administration³⁰; il est placé à sa demande sous la protection du médiateur flamand et « toutes les procédures disciplinaires engagées contre lui sont alors suspendues jusqu'à l'issue de l'enquête ».

Les progrès sont moindres dans la partie francophone du pays. Le Gouvernement de la Communauté française a adopté le 18 avril 2003 un Code de déontologie dont l'article 4 prévoit les modalités dans lesquelles un agent peut réagir s'il reçoit un ordre illégal ou irrégulier: « Il a expressément le droit d'en saisir ses supérieurs hiérarchiques. En cas de confirmation de l'ordre illégal, il peut saisir une commission de déontologie instituée par le même code, et chargée de veiller au respect des règles en cette matière par l'administration ». Aucune protection formelle de l'agent n'est cependant organisée et il est aisé de deviner les hésitations des agents à interpeller leur supérieur hiérarchique.

Quant au médiateur de la Région wallonne et de la Communauté française, il ne peut traiter la plainte déposée par un agent de l'Administration, relative à son propre service administratif³¹.

Le décret précise pourtant que le médiateur « contribue à promouvoir la confiance du public en mettant en valeur les principes d'équité, d'intégrité et de bonne gouvernance ».

Notons encore que l'article 10 du Code de déontologie précité dispose, à l'instar de l'article 3, §1er, du Code de la fonction publique en Région wallonne³², que les membres de l'Administration jouissent de manière générale de la liberté d'expression à l'égard des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction, à l'exception de certains faits qui relèvent notamment de la sécurité nationale ou du droit au respect de la vie privée.

13. S'agissant de la magistrature, les dispositions du *Guide de déontologie* de l'été 2012 se réfèrent indiscutablement à ces principes dégagés au niveau international, même si le bouleversement qui doit s'en déduire ne se perçoit pas à l'œil nu, c'est le moins que l'on puisse en dire.

Le Conseil Supérieur de la Justice y a récemment fait référence implicite en réagissant à la révélation par la presse de l'intervention écrite d'un député dans une affaire judiciaire en cours³³ pour rappeler « que de telles immixtions sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs, contraires aux principes de l'indépendance du juge et du droit à un procès équitable » et recommander la pénalisation de toute intrusion dans la fonction juridictionnelle par un renforcement de l'article 239 du Code pénal.

Mais le Conseil Supérieur de la Justice formule dans ce même communiqué une seconde recommandation en ces termes : « Les magistrats doivent être *conscients* du fait que leur

³⁰ Lorsqu'il estime soit qu'après notification à son supérieur hiérarchique et à l'audit interne, il n'a pas suffisamment été donné suite à sa « révélation »; soit qu'il est ou sera soumis du fait de sa dénonciation à une peine disciplinaire ou une autre forme de sanction « publique ou cachée ». L'audit interne de l'Administration flamande est une agence à la fois interne et "autonomisée", créée par un arrêté du 16 avril 2004 au sein des services du Ministre-Président. Sa mission est d'être un partenaire de qualité, objectif et indépendant de la gestion des départements et des agences de droit public.

³¹ Article 13, §2, du Décret du 17 mars 2011: la plainte est irrecevable.

³² Arrêté du Gouvernement wallon, du 18 décembre 2003.

³³ Communiqué de presse du 26 octobre 2012, disponible sur le site du CSJ. Un député a en effet reconnu avoir écrit à un juge de paix dans une affaire familiale.

devoir de réserve ne s'applique pas lorsqu'ils sont exposés à des formes de pressions externes »³⁴. Rappelant l'arrêt *Koudechkina*, le Conseil précise qu'il constitue « un point de contact idéal pour signaler ce type d'infraction. Toute personne mécontente du fonctionnement de la justice peut déposer une plainte à la Commission d'avis et d'enquête francophone ou néerlandophone. Les magistrats faisant l'objet de tentative d'influence peuvent eux aussi déposer plainte auprès de l'une de ces commissions ».

Le Conseil Supérieur de la Justice ne le précise pas mais la recommandation vaut aussi, c'est l'enseignement de l'arrêt *Koudechkina*, en cas de manipulation ou de pression interne à la magistrature, par exemple à l'initiative d'un chef de corps. Le *Guide pour les magistrats* n'apporte, il faut le noter, aucune restriction à la portée de la clause examinée. Il est donc permis de penser qu'il instaure un droit d'indignation « à large spectre », c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où le respect des principes démocratiques est compromis, sans exception ni réserve.

14. Ce n'est évidemment pas la première fois que le Conseil Supérieur de la Justice s'intéresse à ce type de question sans toutefois le formuler en termes d'alerte éthique, ou y faire référence expressément, un peu à la manière dont Monsieur Jourdain faisait de la prose.

Dans son rapport approuvé le 16 décembre 2009 sur l'enquête particulière relative au fonctionnement de l'ordre judiciaire à l'occasion de l'*affaire Fortis*, il a été amené à analyser la démarche singulière accomplie par le Premier Président de la Cour de cassation auprès du Parlement, en des termes contrastés : « Le courrier du 18 décembre adressé au Président de la Chambre se voulait, et était un *cri d'alarme*³⁵ face à ce que le président de la plus haute juridiction du pays estimait le signe d'une volonté d'immixtion du pouvoir exécutif dans les missions du pouvoir judiciaire (...). Rien n'interdit à quiconque, et notamment pas au Premier Président de la Cour de cassation, de s'adresser au Parlement afin de l'interpeller, quelque soit le sujet et certainement s'il s'agit d'attirer son attention sur un dysfonctionnement du pouvoir exécutif dont il est l'organe de contrôle constitutionnel (...). En présence d'indices d'une possible violation de la séparation des pouvoirs, le Premier Président de la Cour de cassation ne pouvait rester inactif et il lui appartenait de réagir ».

Cette référence explicite à l'alerte éthique étant posée, le Conseil Supérieur de la Justice note toutefois : « Dans sa lettre du 18 décembre complétée par la note du lendemain, il procède à une présentation relativement prudente des faits. Mais il établit des liens entre une série de constatations sans avoir vérifié si ces liens étaient bien réels. Les conclusions – explicites ou implicites – qu'il en tire, mettent en cause la probité de certaines personnes, magistrats ou membres de l'Exécutif, qui n'ont pas eu l'occasion de se défendre. A ce stade, aucune véritable enquête contradictoire n'avait pu avoir lieu et le filtre de la subjectivité en période de conflit et de stress n'avait pas encore permis une mise à distance, il était d'autant plus important de faire attention à la portée des propos tenus que l'attention médiatique était à son comble et l'opinion publique prête à crier au scandale. A cet égard l'analyse des faits contenus dans son rapport apparaît *précipitée*³⁶ ».

Les rédacteurs du rapport rappellent aussi que « Les suites de cette démarche furent très importantes sous l'angle politique notamment, puisqu'elle entraîna la démission de deux ministres et qu'elle fut à l'origine d'une mise en cause particulièrement vive du

³⁴ C'est nous qui soulignons.

³⁵ C'est nous qui soulignons.

³⁶ C'est nous qui soulignons.

fonctionnement de la justice, en particulier de celui de la cour d'appel de Bruxelles »³⁷.

Les critères relatifs à la fiabilité des informations révélées et à l'importance du dommage causé à l'institution par le lanceur d'alerte, tels qu'ils sont définis par la Cour européenne des Droits de l'Homme pour apprécier la légitimité de sa dénonciation, ne semblent ainsi pas avoir été satisfaits en sorte qu'à lire attentivement ce rapport, la démarche entreprise ne peut être tout à fait validée.

15. Dans l'analyse qu'elle a faite des relations entre le parquet et le parquet général d'Anvers, la Commission d'avis et d'enquête du CSJ a veillé à ne stigmatiser aucun des magistrats intéressés, mais s'est attachée à chercher les éléments de fonctionnement qui devraient être corrigés et améliorés, particulièrement au plan de la communication. Parmi ceux-ci, il est intéressant de noter qu'est recommandée la création d'un *magistrat de confiance* auquel les magistrats et le personnel judiciaire pourraient s'adresser pour signaler les dysfonctionnements ou les situations conflictuelles « qui pourront être rapportés sans mention du nom de la personne dénonciatrice ». L'idée de l'anonymat est bonne mais il faut être attentif à ce qu'elle ne se réduise à un vœu pieux dans les petites structures ou lorsque la dénonciation concerne le chef de corps lui-même et qu'aucun lien avec une instance externe n'est prévu. En cette hypothèse, le secret des sources qui s'impose à la presse offre objectivement à défaut de tels relais, une meilleure protection au lanceur d'alerte, cela peut se comprendre. Même si on ne peut ignorer le caractère hérétique que recouvre dans le milieu judiciaire le contact qu'entretient un magistrat avec les journalistes.

16. Tout en constatant la réalité des dysfonctionnements du tribunal de première instance de Dinant, le Conseil National de Discipline a sévèrement critiqué en son avis du 22 janvier 2010 qui recommande de prononcer une suspension disciplinaire d'un an à son endroit, l'attitude du juge de ce tribunal qui avait refusé à l'audience du 13 septembre 2005 de signer un jugement au délibéré duquel il avait pourtant participé. Son refus et l'intervention publique qui s'en est suivie sont qualifiés de « coup de force procédural » et il lui est notamment reproché de n'avoir pas utilisé des différents recours offerts par le Code judiciaire dans la situation qu'il rencontrait.

Il est ainsi critiqué d'abord pour ne pas s'être déporté: « Pour un juge, il n'apparaît pas admissible de statuer sur une demande à laquelle son chef de corps est intéressé, fût-elle indirectement (...). Monsieur M. apparaît donc avoir manqué à son devoir en consentant à siéger dans la procédure, induisant par là un manque d'impartialité objective sur le plan de la composition du tribunal ». Si la critique s'impose en effet apparemment d'évidence, il est néanmoins permis de douter de l'efficacité d'un tel report décidé par le juge M. si ses collègues étaient prêts, eux, à demeurer ou à siéger à sa place dans ce dossier³⁸, soit par crainte de leur chef de corps, soit par le fait d'une culture judiciaire marquée par un certain « estompement des principes » comme le note le Conseil de Discipline lui-même en cette affaire³⁹.

Il lui est ensuite reproché de ne pas avoir alerté en temps utile le Premier Président de la cour d'appel de Liège ni son Procureur général. Cette possibilité en effet définie par l'article 410 du Code judiciaire ne paraît-elle pas extrêmement formelle lorsqu'elle doit être envisagée par un

³⁷ p. 33.

³⁸ Le reproche s'adresse par ailleurs directement aux deux autres magistrats qui siégeaient avec le juge M. dans cette affaire et qui n'ont, pas plus que celui-ci, songé à se déporter.

³⁹ p. 20, voir note 16, ci-dessus.

magistrat d'instance confronté objectivement à un univers hiérarchique où la critique d'un chef de corps reste une entreprise particulièrement malaisée ?

Il n'est pas inutile de rappeler à ce stade que les chefs de corps dont l'installation est pourtant depuis plus de dix ans basée sur un principe de contractualisation, ne sont évalués à aucun moment de leur mandat et conservent, sans recours possible, un pouvoir qu'il est permis de qualifier d'absolu sur la vie professionnelle des magistrats qu'ils doivent manager: attribution des tâches, des locaux et du matériel, octroi et répartition des congés, évaluation lors des postulations, remplacement des collègues, gestion de leur dossier professionnel et maîtrise du volet disciplinaire⁴⁰.

On mesure le niveau de détermination qu'il faut atteindre pour alerter un chef de corps, situé à un niveau supérieur, des dysfonctionnements imputés à un autre chef de corps dont précisément on dépend. Ce n'est peut-être pas innocemment dans ce contexte que le *Guide pour les magistrats* recommande de faire montre de courage « pour faire face aux pressions internes et externes et répondre aux défis de la société nouvelle »⁴¹.

Il est enfin reproché au juge dinantais de n'avoir pas averti la Commission d'avis et d'enquête du CSJ comme le prévoit l'article 259bis 14 et 15 du Code judiciaire.

Ce reproche semble en effet fondé et, en 2013, on peut ne pas comprendre que cette possibilité de saisir une instance à la fois externe et autonome n'ait pas été envisagée. Les faits se déroulant en 2005, on ne peut exclure radicalement qu'*in illo tempore*, le recours à cette option n'ait pas paru aller de soi. Le CSJ n'a que récemment communiqué et insisté sur le fait que ce recours s'offre aussi aux magistrats. Au sein des cours et tribunaux, il n'est pas certain que l'information circule sur ce point. Il faut aussi et surtout noter que ce recours ne garantit actuellement au plaignant aucun anonymat et relève dès lors encore du champ d'action des audacieux⁴².

VI. Obstacles et remèdes

17. L'affaire qui a opposé le juge du tribunal de première instance de Dinant à sa hiérarchie pose en réalité la question du dispositif qui doit être inscrit dans notre système judiciaire pour faciliter la révélation des violations des principes fondateurs de démocratie que sont l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire, ainsi que des libertés fondamentales.

Si l'accès au Conseil Supérieur de la Justice en sa Commission d'avis et d'enquête constitue un premier pas dans la bonne direction, il doit être complété et amélioré afin de respecter les prescrits internationaux en la matière.

Il convient d'abord d'instaurer au sein des parquets, cours et tribunaux un canal interne à même d'accueillir les plaintes de leurs membres. Il pourrait s'agir d'un ou de deux magistrats élus au sein de leur structure par leurs pairs, en considération de leur indépendance d'esprit, et

⁴⁰ M. Cadelli, « La démocratie, la magistrature et ses chefs », *Justine*, n° 32, décembre 2011, pp. 14 et 15.

⁴¹ Les arguments qui précèdent doivent également s'appliquer aux possibilités que pourraient offrir les articles 140, 398 et 399 du Code judiciaire.

⁴² Article 259bis/15, §4, C. jud. Il faut noter qu'à la suite de l'avis rendu le 22 janvier 2010, l'action disciplinaire menée à l'encontre de ce juge dinantais n'a à ce jour, toujours pas abouti.

de caractère – n'ayons pas peur des mots – mais également de leur neutralité et de leur disposition à la sérénité. A cet égard, deux magistrats valent peut-être mieux qu'un, l'un étant ainsi nécessairement le contre-pouvoir ou le stimulant de l'autre.

L'anonymat du plaignant doit être assuré, a fortiori si la plainte vise un supérieur hiérarchique, cela se comprend aisément.

Cette ou ces personnes de confiance peuvent également être amenées à entreprendre une concertation au sein de la structure lorsque le chef de corps peine à résoudre un problème plus fonctionnel ou lorsqu'un conflit interpersonnel survient et se prolonge au détriment du service.

Il faut noter qu'une telle procédure interne est de nature à protéger l'institution elle-même. Son instauration est en soi susceptible de décourager les velléités de manipulations ou de pressions et son efficacité évite la dénonciation externe, singulièrement dans la presse. Ainsi, l'image est sauvée, et la confiance du justiciable préservée. A bon droit puisqu'une structure qui cherche concrètement les moyens d'éviter et de corriger les dysfonctionnements – dont elle a conscience qu'ils peuvent se commettre en son sein – ne peut qu'améliorer la qualité de son fonctionnement.

Malgré l'absence de toute norme positive à ce niveau, il serait bon que le CSJ interpelle les prochains candidats à des postes de chef de corps sur la possible désignation de telles personnes-ressources et les accrédite sur la base de leur bonne disposition à l'égard de cette idée vertueuse de médiateur et de contre-pouvoir.

Il faut ensuite que ces magistrats de référence constituent un relais avec le CSJ, évitant par là d'exposer la personne qui a révélé un errement et qui doit être dispensée de déposer une plainte en son nom personnel.

La gestion de l'alerte doit être intégralement déconfinée de la hiérarchie judiciaire.

A supposer que l'identité du plaignant soit révélée, aucune mesure disciplinaire ni représailles indirecte ne pourra être prise à son endroit.

Le fait que la Commission d'avis et d'enquête du CSJ doive renvoyer à l'autorité disciplinaire un dossier dans lequel elle a enquêté et conclu à un dysfonctionnement ne satisfait pas la logique démocratique qui sous-tend la reconnaissance de l'alerte éthique.

La discipline des magistrats devrait également être émancipée de la hiérarchie judiciaire et confiée à une entité mixte et autonome, au moins en apparence. A plusieurs reprises, le CSJ a recommandé que lui soient confiées de nouvelles compétences en cette matière, à tout le moins qu'il puisse mener et poursuivre une enquête alors que des poursuites pénales ou disciplinaires sont en cours.

La procédure disciplinaire ne devrait en effet plus relever d'autorités ayant une trop grande proximité avec le magistrat concerné et qui ne présentent dès lors pas l'apparence d'impartialité qui s'impose ni pour celui-ci ni pour le justiciable⁴³.

⁴³ Voir avis du CSJ, « Proposition de modification du droit disciplinaire dans l'ordre judiciaire », du 19 janvier 2010. Dans le rapport qu'il a fait de l'enquête spéciale intervenue dans l'affaire « Fortis », le CSJ procède à la même recommandation (p. 47). Tous ces avis sont en ligne sur le site du CSJ.

VII. Une révolution culturelle

18. Au-delà des changements pratiques qu'induiront dans le fonctionnement de la magistrature la reconnaissance de la révélation éthique, c'est au niveau des mentalités que le bouleversement requis risque à la fois d'être le plus radical mais aussi le plus radicalement combattu. Il est en effet question en premier lieu d'y admettre que la prise de parole est un levier du bien commun dans la Justice; ce n'est pas rien.

Le monde judiciaire reste une institution strictement hiérarchisée et silencieuse de ses erreurs.

La pesanteur de la hiérarchie et l'habitude du silence ont accoutumé les acteurs judiciaires à afficher une certaine indifférence, voire une allergie à l'égard de la culture de la concertation, du débat, de la controverse ou de la critique.

Malgré les efforts conjugués du législateur et du Conseil Supérieur de la Justice, voici plus de dix ans, pour dissocier la figure du *Chef* de celle du *Maître*, la plupart des chefs de corps semblent demeurés conformes à la figure du hiérarque; et peu d'entre eux sont devenus des « vecteurs progressistes » attachés à mettre en place ce que le philosophe Jean-Claude Monod nomme une « circulation du charisme », des initiatives et des énergies⁴⁴.

Or, est-il concevable de prétendre que la hiérarchie comme mode de fonctionnement dans la justice, se justifie encore de manière absolue et sans contre-poids ? Qui peut dire que cette forme d'autorité unilatérale respecte encore actuellement « sa dette du sens », selon les mots de Marcel Gauchet⁴⁵ et soit un facteur de qualité du processus judiciaire ?

Ne s'apparente-t-elle pas plutôt aujourd'hui à ce que dit Tocqueville de la religion qui « empêche de tout concevoir et défend de tout oser »⁴⁶ ?

19. Il est étrange d'observer à quel point la magistrature a mis en question la légitimité de tant d'autorités, a accompagné – parfois provoqué – l'émancipation de tant de secteurs socio-économiques, culturels ou politiques, et s'avère cependant incapable, comme frappée de schizophrénie, de réaliser en son sein « la démocratisation de la démocratie » et la révolution qualitative qui doit s'en déduire.

Car c'est bien la qualité du processus judiciaire – et du service rendu à la société – qui est en cause en l'occurrence. Il n'est en effet plus possible d'ignorer que la qualité de la norme juridictionnelle doit être aujourd'hui recherchée dans le mode de fonctionnement global de l'institution qui la produit: « une procédure juridictionnelle peut en effet répondre, à travers les règles qui lui sont applicables, aux exigences du procès équitable. Mais cette qualité-là est susceptible d'être affectée par les dysfonctionnements, divers et multiples, auxquels les acteurs du procès sont quotidiennement confrontés et qui ne tiennent pas à la procédure de jugement proprement dite (...) La procédure équitable s'entend donc au sens large et s'étend à des questions qui relèvent du statut de la magistrature et de l'administration de la justice »⁴⁷.

⁴⁴ Jean-Claude Monod, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie?*, Seuil, 2012.

⁴⁵ « La dette du sens et les racines de l'Etat », *Libre*, 77-2.

⁴⁶ *De la démocratie en Amérique*, n° I, Flammarion, 1981, p. 398.

⁴⁷ L. Cadiet, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice: processus et procédure », *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, 2011, pp. 118 et s.

Selon B. Frydman, qui parle de « conception managériale de la qualité des décisions de justice », l'évaluation du processus s'étend désormais « à tous les paramètres qui affectent la qualité, l'efficacité et la légitimité du fonctionnement du service public de la Justice »⁴⁸. Et donc aux questions de formation, de nomination, de promotion mais aussi – il faut pousser le raisonnement plus loin – à la nature des relations entre les magistrats, entre les magistrats et leur hiérarchie, et au domaine disciplinaire.

La qualité et la légitimité des décisions rendues dépendent ainsi de l'organisation même de l'institution et des structures qui la composent et, en réalité, de leur mode de gouvernance.

Parler de gouvernance et non de management témoigne plus adéquatement du besoin légitime de l'époque de partage de la prise de décision et d'implication des acteurs concernés. L'idée de gouvernance évoque en effet de nouveaux modes de gestion et de régulation, plus dynamiques et plus démocratiques car fondés sur le dialogue et la participation. Elle se réfère au pari qui doit être fait de la maturité, de l'intelligence et de la créativité des membres d'une institution. Mais dans le même temps, et c'est essentiel, elle dit aussi la charge proprement politique que porte la fonction juridictionnelle, ce qui la distingue radicalement du monde de l'entreprise.

Soyons têtus: si, comme il est dit, la confiance du justiciable est d'abord fonction du respect par les juges des principes d'indépendance et d'impartialité, leur liberté d'expression sur ce point, leurs idées, leurs critiques et l'information qu'ils donnent des dysfonctionnements qu'ils constatent est alors une condition non pas essentielle mais nécessaire de la qualité du service qu'ils rendent et de cette confiance qu'ils prétendent précisément postuler⁴⁹.

20. En attendant ce changement de culture, la recommandation que fait le *Guide* réalisé par le Conseil Supérieur de la Justice et le Conseil Consultatif de la Magistrature aux magistrats de faire preuve de courage physique et moral lorsqu'ils sont confrontés à des pressions tant internes qu'externes, prend ici tout son sens.

La philosophe Cinthia Fleury définit en effet l'acte de courage comme un rendez-vous radical avec les principes qu'on s'est choisis et soi-même, mais également comme une épreuve de solitude⁵⁰.

En l'état, l'alerte éthique judiciaire telle que l'évoque à bas bruit ce *Guide* paraît bien en effet cantonner son auteur entre ces deux piliers délicats que sont la solitude et le courage.

J'ai tenté ici de démontrer que le corps de la magistrature a grand intérêt à organiser en son sein – et même en l'absence d'une réglementation nouvelle – non seulement les canaux de parole qui s'imposent mais également une culture nouvelle d'ouverture, de concertation et de débat et, pour commencer, de bienveillance à l'égard de la critique.

Ce faisant, il imprimera une avancée qualitative inédite au service qu'il doit rendre, sans dépense publique nouvelle, ce n'est pas anodin. Ce faisant, il respectera aussi certains principes de droit international singulièrement ceux dégagés par l'arrêt rendu par la Cour

⁴⁸ B. Frydman, *L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice*, Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, n° 2007/4, www.philodroit.be.

⁴⁹ Dans un contexte de "démocratisation de la démocratie", le concept même d'alerte éthique qui ne devrait évidemment plus bénéficier de protection, encore moins être couvert par l'anonymat – qui dans les cultures latines le fait confondre avec la délation -, serait ainsi sans doute privé de toute substance.

⁵⁰ C. Fleury, *La fin du courage*, Fayard, 2012.

européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Koudeshkina c. Russie*. Il s'inscrira ainsi dans le sens de l'histoire.

D'ores et déjà, il est permis d'être quelque peu optimiste et de voir dans les recommandations particulières du *Guide pour les magistrats*, l'amorce symbolique mais réelle de ce changement des mentalités.

Manuela Cadelli