

HENRY, P., « J'irai cracher sur vos bombes... », *J.L.M.B.*, 2020/27, p. 1277-1281.

Jurisprudence - COVID-19

**Procédure civile - Instruction - Crise sanitaire du *corona virus* - Recours à la procédure écrite - Accord des p
par vidéoconférence - Vie privée - Protection des données - Remise à une date ultérieure .**

J'irai cracher sur vos bombes...

1. Tentation métaphysique, tentation bureaucratique, tentation pontificale, tentation idéologique, tentation transcendante, tentation esthétique, tentation sociologique, tentation symbolique, tentation fantasmagorique, tentation pamphlétaire, tentation compassionnelle, tentation budgétariste, tentation thérapeutique, tentation cybernétique...

Dans une récente étude [1], Paul Martens est revenu sur ce qu'il appelle la *libido judicandi* [2] ou, peut-être plus exactement, sur ses perversions.

« En réalité », écrit-il, « l'esprit des juges est perpétuellement assiégé par des forces cachées, antagonistes, préjuridiques » [3] qui les amènent à s'écarter de leur fonction première : appliquer les lois pour résoudre les conflits qui opposent les citoyens.

Parfois pour le meilleur, souvent pour le pire.

C'est, ainsi, au nom de valeurs supérieures, que des juges firent entrer la dignité humaine dans le droit (l'affaire dite du « lancer de nains » [4]). Ou encore que le « bon juge » Magnaud acquitta une pauvrete qui avait volé un pain pour nourrir sa famille. Cela c'est pour le meilleur.

2. L'ordonnance ici commentée fait partie de la seconde catégorie.

À un point tel que nous avons longuement hésité à la publier (et nous savons que d'autres s'y sont purement et simplement refusé, préférant opposer le mépris du silence à des tels errements) et que nous ne nous y sommes résolus qu'après de longs débats. Fallait-il ignorer, à la manière de ces scientifiques qui, lorsqu'une thèse les gêne, préfèrent ne pas en parler plutôt que la contredire ou, au contraire, dénoncer, parce que, dans un Etat de droit, il y a des excès qui ne sont tout simplement pas tolérables et qui, à défaut d'être condamnés, doivent à tout le moins être cloués au pilori ?

Vous avez compris que c'est donc le parti que nous avons finalement pris.

3. La décision annotée relève sans aucun doute de la tentation pamphlétaire : « le juge est parfois tenté de se servir du médium du jugement pour faire passer des messages qui expriment sa colère de devoir travailler dans un état de paupérisation entretenu par le pouvoir » [5].

Il est, en effet, évident qu'elle ne sert nullement les intérêts des justiciables, ni les parties qui devront patienter encore longuement pour qu'un tribunal accepte de trancher le litige qui les oppose, ni les parties aux autres causes qui ont reçu le même traitement (car d'autres ordonnances ont été prononcées sur le même canevas, qui a d'ailleurs été « amélioré » au fil des prononcés), ni aucune autre d'ailleurs puisqu'il s'agit uniquement ici de critiquer l'action des autorités durant la crise sanitaire de la *covid-19*.

On peut comprendre, certes, que certains magistrats soient excédés par les conditions dans lesquelles ils sont astreints à rendre le service public de la justice, qui est aussi un des trois piliers de la Nation.

Et il est vrai que les décisions qui ont été prises dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire sont loin d'être toutes exemptes de critiques. Les sagas des masques et des tests sont suffisamment ancrées dans l'esprit de chacun pour que nous puissions nous dispenser d'y revenir.

Relevons d'ailleurs, avec d'autres [6], que les décisions qui ont été prises par les autorités judiciaires elles-mêmes n'ont pas été exemptes de critiques, chacun y allant de ses propres mesurètes, dans une cacophonie aussi étonnante que regrettable.

Mais ces critiques sont-elles de nature à permettre à un magistrat, au mépris du principe fondamental de la séparation des pouvoirs, à s'ériger en censeur du législateur ou, comme en l'occurrence, de l'exécutif, tout en s'en prenant violemment à bon nombre d'acteurs de justice ? À cet égard, on lira ci-après [7], en contrepoint, l'ordonnance de référé prononcée le tribunal civil francophone de Bruxelles qui, tout en soulignant le caractère erratique et, dès lors, peu compréhensible des mesures prises par le gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire, souligne la nécessité absolue (il parle d'impératif kantien) de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, particulièrement en temps de crise [8].

Soyons clairs. Les situations de crise peuvent induire, chez les gouvernants, une tentation totalitaire dont nous devons absolument nous méfier. Nicolas Thirion l'a dénoncé dans les colonnes de *La Libre Belgique* [9] avec beaucoup d'à-propos. Et il a eu raison de fustiger notre passivité devant certaines mesures inadmissibles et dangereuses pour notre État de droit. Mais, pour un juge, bafouer le prescrit constitutionnel fondamental (« impératif kantien », comme le dit le tribunal civil francophone de Bruxelles dans la décision précitée et publiée ci-après) de la séparation des pouvoirs, c'est précisément adopter le comportement qu'il entend dénoncer.

4. N'en déplaise à son auteur, son ordonnance ne relève en tout cas ni de la tentation métaphysique, ni de la tentation pontificale (à ne pas confondre avec pontifiante...), ni de la tentation transcendante. Pour ce, il eût fallu que les grands principes qu'il convoque ait un soupçon de fondement.

Or, l'argument principal sur lequel repose la décision est que les articles 148 de la Constitution et 6 de la Convention des droits de l'homme érigent le droit à la publicité des débats judiciaires comme une condition du procès équitable (tout en réservant la possibilité d'exceptions dictées par l'ordre et les moeurs pour le premier, l'ordre public ou la sécurité nationale pour le second).

Fort bien, mais on peut toujours librement renoncer à un droit et il y a belle lurette que la procédure écrite a été introduite dans notre Code judiciaire, sans que personne ait trouvé qu'elle contrevient à ce droit fondamental à partir du moment où les justiciables sont d'accord d'y recourir.

Et encore, on peut sérieusement douter qu'un arrêté, comme l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020, qui favorise le recours à la procédure écrite pendant le temps d'une crise sanitaire, de façon à limiter les risques de propagation du virus, ne puisse pas s'autoriser de considérations tenant à l'ordre public ou à la sécurité nationale permettant - selon le texte même de l'article 6 de la Convention - de s'écarter provisoirement, de façon limitée et proportionnée au but légitime poursuivi, du principe de la publicité des audiences.

5. D'autres considérations prêtent à sourire.

Comme celle tirée de la difficulté, dans le cas d'une procédure écrite, de favoriser les modes alternatifs de règlement des contentieux. Ou du rôle actif du juge dans la conduite du procès.

Ou de la particulière difficulté pour des juridictions collégiales, spécialement comprenant des magistrats non professionnels, de recourir à la procédure écrite.

Comme si la procédure écrite constituait là des obstacles infranchissables. Que je sache, la procédure orale n'est plus d'application automatique ni devant le Conseil d'État ni devant la Cour constitutionnelle (les parties doivent y signaler leur intention de plaider pour être entendues). Devant notre Cour de cassation, les débats sont, dans l'immense majorité des cas, purement formels. Et à Strasbourg, c'est à l'issue d'un premier délibéré que les juges décident si l'affaire doit faire l'objet de débats oraux. Cela empêche-t-il nos plus hauts magistrats de délibérer et juger ?

Entendons-nous bien : je ne dénie pas par-là l'intérêt des plaidoiries et des débats interactifs. Certes non ! Ils ont très souvent une haute valeur ajoutée et on comprend parfaitement que ni les avocats ni les magistrats ne souhaitent y renoncer de façon générale. La procédure écrite ne peut devenir la règle. J'entends simplement signifier qu'il est de nombreux contentieux, notamment techniques, dans lesquels les parties peuvent très raisonnablement y renoncer, spécialement quand il est de leur intérêt de permettre au tribunal de se prononcer plus rapidement.

6. Quant aux considérations relatives à l'inadéquation des mesures prises dans les Palais (et ailleurs) pour contrer la pandémie due au *Covid-19*, il est permis de se demander si elles ne relèvent pas plus de la tentation fantasmagorique que de la tentation sociologique.

Voici notre magistrat en train de s'ériger en seul véritable sachant, méprisant tout ce que les autres (qui eux disposaient, à défaut de la clairvoyance nécessaire, au moins des compétences idoines [\[10\]](#)) ont décidé, analysant les causes de l'expansion de la pandémie comme s'il était le seul véritable expert en la matière. Dans des versions ultérieures de son pamphlet, notre magistrat est même allé jusqu'à s'ériger en spécialiste de la longévité des aérosols propagés par les gouttelettes de salive...

7. Il y a une tentation à laquelle Paul Martens ne faisait pas allusion dans sa contribution à l'hommage à François Ost : c'est la tentation paresseuse.

Lorsque j'étais un jeune avocat, un magistrat liégeois bien connu redoublait d'inventivité pour ne pas remplir son rôle, c'est-à-dire pour ne pas juger.

Une de ses décisions, parmi les plus cocasses, faillit être publiée dans cette revue. Devant, en application de la plénitude de juridiction du tribunal de première instance, statuer dans une matière qui ne lui était pas familière, car les parties avaient refusé de soulever le déclinatoire de compétence qu'il leur avait suggéré avec insistance, il finit par désigner un avocat spécialisé dans le contentieux en question comme expert chargé de lui donner un avis sur tous et chacun des points du litige...

Je l'ai même entendu un jour tenter de se récuser en invoquant le fait qu'une des parties portait un nom qui était aussi celui de la rue dans laquelle il habitait...

Quelle ingéniosité un homme est-il parfois capable de développer pour ne pas accomplir ce qui est attendu de lui ?

Il est vrai qu'il est confortable de ne pas travailler lorsque, quoi que l'on fasse ou ne fasse pas, on sera de toute façon rémunéré...

8. Il est deux tentations dont je n'ai pas encore parlé : la tentation cybernétique et la tentation esthétique.

De la première, je dirais que, si c'est pour recevoir des décisions de justice de cet acabit, je préfère encore être jugé par une machine que par un homme. Il est triste de devoir en arriver à émettre une telle ineptie mais les magistrats et avocats doivent se rendre compte qu'à force de faire la chauve-souris, ils finiront par être traités comme des pangolins...

Blague à part, cette décision met aussi en évidence, à rebours, les bienfaits de la collégialité. Pareille ordonnance aurait-elle pu être prononcée si elle avait fait l'objet d'un délibéré, permettant aux uns de tempérer les ardeurs de l'autre et, même, à ce dernier de comprendre, en expliquant et en débattant, à quel point il faisait fausse route ? Aurait-elle été concevable si de jeunes magistrats n'étaient pas contraints de voler de leurs propres ailes très vite, en étant amenés trop tôt à siéger seuls, sans le bien utile écolage de leurs aînés ?

Deux décisions récentes du tribunal correctionnel de Bruxelles appellent les mêmes commentaires désabusés.

À deux reprises, le même magistrat y condamne un prévenu défaillant à une peine de trois ans de prison.

La première fois, il s'agissait d'un prévenu sans antécédents judiciaires, disposant d'un domicile. Il lui était reproché d'avoir volé une somme de 300 euros au préjudice d'une maison de jeunes ainsi qu'un vélo, ce qui est qualifié de « crime écologique véritable ... (ce qui est de nature dans le chef du propriétaire du vélo volé, de se déplacer par d'autres moyens qui ont une incidence bien supérieure au vélo quant à l'empreinte carbone) » (*sic*) (Corr. Bruxelles, 57^e ch., 23 janvier 2020, *J.L.M.B.* 20/224).

La seconde, d'un prévenu multirécidiviste (44 arrestations antérieures) également prévenu du vol d'un vélo. Une amende de 800 euros est ajoutée, pour faire bonne mesure sans doute, car « il convient dès lors de sanctionner sévèrement le prévenu qui ne tient aucun compte des avertissements policiers qu'il a reçus et qui ne comparait pas davantage à l'audience et qui commet des délits dont la gravité est importante pour la planète, dès lors que la victime dépossédée de son vélo n'a pas d'autre solution que d'utiliser des moyens de transport beaucoup plus polluants et contribuant dès lors au réchauffement climatique et tout cela, pour permettre au prévenu de se procurer des stupéfiants » (Corr. Bruxelles, 57^e ch., 30 janvier 2020, *J.L.M.B.* 20/225).

Voici donc venu le temps des juges justiciers ! Et ils ressemblent plus au Concombre masqué qu'à Zorro ou Robin des bois...

Une bonne justice n'est pas une justice d'hommes seuls, voire isolés.

9. Au titre de la tentation esthétique, Paul Martens évoque encore deux décisions fameuses. Pinoncelli, qui se qualifiait lui-même « artiste de comportement », eut un jour l'idée de re-fonctionnaliser le célèbre urinoir de Marcel Duchamp. Cela donna lieu à un procès célèbre où se mêlèrent art, provocation et absurde [\[11\]](#).

Rindy Sam, quant à elle, crut un jour bon d'orner de la marque de lèvres fortement rehaussées de rouge, un tableau uniformément blanc de Cy Twombly, disant, pour sa défense, avoir agi sous l'impulsion d'une joie profonde confinant au mystique [\[12\]](#).

Je dois avouer que pareille ordonnance me donne plus la tentation d'imiter le premier que la seconde.

Patrick HENRY
Rédacteur en chef

P. MARTENS, « Les tentations du juge », in *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2018, pp. 359-384.

P. MARTENS, « Sur la *libido judicandi* », in *Liber amicorum Prof. ém. E. Krings*, Bruxelles, Story scientia, 1991, p. 703.

P. MARTENS, « Les tentations du juge », *op. cit.*, pp. 360-361.

Idem, p. 367 ; C.E. fr. 27 octobre 1995, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, p. 658 et note N. DEFFAINS.

Idem, p. 378.

Notamment J. ENGLEBERT, *Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée*, Anthemis, téléchargeable gratuitement http://www.anthemis.be/anthemis_doc/pdf/La-justice-ne-pouvait-pas-etre-confinée-jacques-englebert.pdf .

Cette revue, p. 1283.

Puis-je aussi, sur ce point, vous inviter à relire le superbe arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 15 juin 1978 dans l'affaire *Tennessee Valley Authority* (*cette revue*, 2001, p. 5, et obs. P. HENRY, « Petit poisson deviendra grand... »). La citation finale attribuée à Thomas More prend ici tout son sens.

N. THIRION, « Lutte contre le corona virus : Notre État de droit brûle et nous regardons ailleurs », *La Libre Belgique* du 27 juillet 2020.

Certes, ces compétences ont été, dans un premier temps en tout cas, été très mal utilisées et il est un peu facile pour nos politiciens de rejeter la faute sur les « scientifiques » qui les auraient mal conseillés. Comprend-t-on d'ailleurs comment certains de ces derniers ont pu préférer un tel paquet d'âneries si ce n'est parce qu'ils étaient stipendiés, un peu à la façon de ces audits autoproclamés, toujours à même de vous fournir un rapport justifiant les conclusions auxquelles vous souhaitiez qu'ils aboutissent, pour un prix si élevé qu'il semble constituer à lui seul la justification de sa valeur... ?

Idem, p. 374 ; T.G.I. Avignon, 16 novembre 2007, *Recueil Dalloz*, 2008, Etudes et commentaires, p. 588 et note B. EDELMAN ; T.G.I. Tarascon, 20 novembre 1998, J.L.M.B., 2001, p. 37 et obs. P. MARTENS, « Sur l'art fautif » ; *Recueil Dalloz*, 2000, J, p. 128, et obs. B. EDELMAN.

Pour plus de détails : P. MARTENS, « L'art et le droit », *in L'art et le droit*, sous la direction scientifique de G. KEUTGEN, Larcier/Collection de la conférence du jeune barreau de Bruxelles, 2010, pp. 9-26.