

ORGANISATION JUDICIAIRE

- Juge du tribunal de première instance
- Interventions comme remplaçant du juge d'instruction devant la chambre du conseil statuant sur le maintien de la détention préventive puis comme assesseur de la cour d'assises dans la même cause
- Cumul de fonctions prohibé par l'article 292 du Code judiciaire (non)

CASSATION

- Matière répressive
- Moyen nouveau
- Cumul de fonctions prohibé au sens de l'article 292 du Code judiciaire (non)

Cass. (2^e ch.), 3 mai 2023

Siég. : J. de Codt (prés.), F. Roggen, E. de Formanoir, T. Konsek (rapp.) et I. de la Serna.

Min. publ. : M. Nolet de Brauwere (av. gén.).

Plaid. : M^e R. Bruno.(Procureur général près la cour d'appel de Mons et C. M. et crts. c. V. J-Y. — RG n^o P.23.0160.F).

L'article 292 du Code judiciaire prohibe l'exercice de deux fonctions judiciaires différentes dans la même cause. Le magistrat dont la présence au siège de la cour d'assises comme le rapport donné à la chambre du conseil sont le fait d'un juge au tribunal de première instance qui ne cumule pas deux fonctions judiciaires différentes, au sens de cette disposition.

L'interdiction dans le chef du juge de connaître d'une cause dont il a précédemment connu dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire, prévue à l'article 292, alinéa 2, du Code judiciaire peut être invoquée pour la première fois en cassation (solution implicite).

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi *sub* 1 est dirigé contre l'arrêt de motivation et l'arrêt de condamnation rendus le 19 janvier 2023, sous les numéros 3 et 4 du

répertoire, par la cour d'assises de la province de Hainaut. [...]

II. La décision de la Cour.**A. Sur le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Mons.**

[...]

Sur le second moyen.

Le moyen est pris de la violation de l'article 292 du Code judiciaire.

Il soutient que le juge W., qui a siégé en qualité d'assesseur à la cour d'assises du Hainaut, a cumulé deux fonctions judiciaires différentes dans la même cause, dès lors qu'en remplacement du juge d'instruction empêché, il a fait un rapport devant la chambre du conseil chargé du contrôle de la détention préventive du défendeur.

L'article 292 du Code judiciaire prohibe l'exercice de deux fonctions judiciaires différentes dans la même cause.

Le magistrat visé par le moyen n'a pas cumulé deux fonctions judiciaires différentes, au sens de la disposition légale invoquée, puisque sa présence au siège de la cour d'assises, comme le rapport donné à la chambre du conseil, sont le fait d'un juge au tribunal de première instance.

Le moyen manque en droit.

[...]

[Dispositif conforme aux motifs.]

Observations**L'interdiction du cumul de fonctions judiciaires**

1. L'article 292 du Code judiciaire dispose que « le cumul des fonctions judiciaires est interdit, sauf les cas prévus par la loi. Est nulle la décision rendue par un juge qui a précédemment connu de la cause dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire ».

Cet article prohibe, au titre de cumul des fonctions judiciaires, l'exercice de deux fonctions différentes dans la même affaire¹.

À la lecture du texte, la Cour de cassation enseigne pertinemment que la circonstance qu'un président a siégé en chambre des mises en accusation puis au sein d'une chambre correctionnelle de la même cour d'appel, ne constitue pas le cumul prohibé par l'article 292 précité, la fonction judiciaire de l'intervenant étant restée la même².

Dans l'arrêt commenté, la Haute Cour rappelle cette jurisprudence et estime que le magistrat assesseur d'une cour d'assises, qui a remplacé, dans la même cause, un juge d'instruction empêché pour faire rapport devant la chambre du conseil lors du contrôle de la détention préventive, ne cumule pas deux fonctions judiciaires différentes « puisque sa présence au siège de la cour d'assises, comme le rapport donné à la chambre du conseil, sont le fait d'un juge au tribunal de première instance »³.

Il nous paraît que la Cour de cassation a adopté une position identique dans un arrêt prononcé le 27 octobre 2021 qui rejette le moyen tiré de la violation de l'article 292 du Code judiciaire lorsqu'un conseiller à la cour d'appel connaît d'une cause, dans laquelle il est intervenu en qualité de juge d'instruction, si son intervention — et le tempérament est d'importance —, pour remplacer son collègue titulaire du dossier, se limite à poser un acte qui présente un caractère adventice⁴. Nous observerons, au passage, qu'il se déduit également de cet arrêt que l'interdiction de cumul de l'exercice de fonctions judiciaires différentes peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation⁵.

L'observation de la Cour de cassation sur le caractère adventice de l'intervention du magistrat remplaçant un collègue nous permet d'introduire l'article 127 du Code judiciaire qui dispose qu'à peine de nullité, les magistrats qui ont rempli dans l'affaire les fonctions de juge d'instruction et de ministère public ou qui ont statué sur le règlement de l'instruction, ne peuvent ni présider les assises, ni être assesseur. Cette interdiction de cumul, pleinement justifiée, est qualifiée d'absolue⁶. Si, dans l'arrêt prononcé le 3 mai 2023, la Cour n'en dit rien explicitement, il ne nous semble pas extravagant de retenir qu'implicitement, dans le cas d'espèce, elle a estimé qu'une prestation ponctuelle d'un juge au tribunal de première instance en remplacement du juge d'instruction en charge de la cause, fût-elle pour faire rapport devant la chambre du conseil lors du contrôle de la détention préventive de l'inculpé, ne peut suffire à conférer au magistrat remplaçant, dans une affaire criminelle, les fonctions de juge d'instruction au sens de l'article 127 du Code judiciaire. C'est, par conséquent, à la mesure de l'intervention du magistrat remplaçant que l'interdiction de cumul, contenue dans l'article 127 du Code judiciaire, devra s'apprécier dans son chef.

2. Il ne faudrait toutefois pas conclure hâtivement de cette jurisprudence que la Cour de cassation s'en tient à une interprétation littérale, voire formelle lorsqu'il lui revient d'apprécier l'interdiction de cumul contenue dans l'article 292 du Code judiciaire.

(1) Voy. pour un exemple récent Cass., 19 juillet 2022, RG n^o P.22.0914.F qui casse l'arrêt duquel il apparaît que le conseiller qui a présidé la chambre des mises en accusation appelée à statuer sur le fondement de la requête de mise en liberté du demandeur après son renvoi devant la cour d'assises, a, dans le cadre de cette même cause, présidé, en sa qualité de juge au tribunal de première instance, la chambre du conseil qui a confirmé le maintien de sa détention préventive.

(2) Cass., 15 novembre 2006, RG n^o P.06.1252.F.

(3) Cass., 3 mai 2023, publié ci-avant ; voy. aussi C.E.D.H., 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, § 34, dans lequel on peut lire qu'il « n'a pas été établi que le magistrat ait dû prendre une quelconque décision de procédure. Son rôle, limité dans le temps, consistait à interroger deux témoins. Il n'emportait aucune appréciation des éléments produits, ni n'exigeait dudit magistrat une quelconque conclusion quant au rôle du requérant. Dans ce

contexte limité, on ne peut dès lors considérer comme objectivement justifiée la crainte du requérant de voir le tribunal régional d'Innsbruck manquer d'impartialité (...). Au demeurant, le requérant ne saurait prétendre avoir eu des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu ».

(4) Cass., 27 octobre 2021, RG n^o P.21.0854.F soit en l'espèce, accéder à la demande d'un notaire de ren-tien en son étude le solde non saisi

du produit d'une vente.

(5) Voy. à ce propos les conclusions de l'avocat général Nolet de Brauwere qui précèdent Cass., 27 octobre 2021, RG n^o P.21.0854.F qui, sur la base de différents arrêts de la Cour qu'il cite, estimait qu'aucun moyen d'office ne devait être pris de la violation de l'article 292, alinéa 2, du Code judiciaire.

(6) F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Lar-cier, coll. de thèses, 2005, p. 416.

En effet, la Haute Cour prohibe rigoureusement le cumul de fonctions parmi celles de poursuivre, instruire et juger ainsi que celle du jugement de l'instruction et du jugement au fond⁷. De la même manière, un même magistrat, dans une même cause, ne peut exercer successivement ou cumulativement les fonctions de juge de première instance et de juge d'appel⁸.

De surcroît, le fait pour un magistrat d'intervenir en ayant exercé, cette fois, la même fonction judiciaire peut entraîner une violation de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès l'instant où l'intervention précédente de celui-ci a revêtu un caractère et un degré tels qu'il a dû se former une opinion au fond.

3. À ce propos, nous rappellerons brièvement que la Cour européenne des droits de l'homme considère que la notion d'impartialité au sens de l'article 6.1, de la Convention comporte deux volets distincts : l'impartialité subjective ou personnelle, d'une part, qui consiste à rechercher la conviction person-

nelle de tel ou tel juge en telle occasion et l'impartialité objective ou fonctionnelle, d'autre part, qui implique d'apprécier si la juridiction en cause offre suffisamment de garanties pour exclure tout doute légitime de partialité⁹. Selon l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité personnelle du juge se présume jusqu'à la preuve du contraire¹⁰.

La démarche objective, quant à elle, impose de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Généralement, au cours de cette analyse, il sera tenu compte de l'organisation interne des juridictions et de la manière dont les fonctions judiciaires ont été exercées aux différents stades de la procédure¹¹. L'article 292 du Code judiciaire s'inscrit parfaitement dans cette optique conventionnelle¹².

En la matière, même les apparences peuvent présenter de l'importance suivant le principe *Justice must not only be done, it must also be seen to be done*¹³. En effet, il y va, selon la Cour européenne des droits de l'homme, de la

confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées^{14 15}.

4. En conclusion pour que l'impartialité objective du magistrat puisse être légitimement contestée en cas de cumul de fonctions, il conviendra de démontrer que ce dernier est intervenu de manière significative dans la cause et non de manière adventice ou ponctuelle ou, dans une démarche plus subjective, d'établir que le cumul permet de retenir une prise de position qui laisserait entendre qu'il s'est déjà forgé une opinion sur les questions litigieuses qui lui sont soumises.

Olivier MICHIELS

Président de chambre à la cour d'appel de Liège
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Liège

(7) Voy les conclusions de l'avocat général Nolet de Brauwere qui précèdent Cass., 19 juillet 2022, RG n° P.22.0914.F qui cite aussi M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, la Charte, 9^e éd., 2021, pp. 20-21 ; F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Larcier, coll. de thèses, 2005, pp. 326-506 ; voy. aussi O. MICHIELS et G. FALQUE, *Principes de procédure pénale*, coll. de la Faculté de droit de Liège, Larcier, 2^e éd., 2023, p. 807 et références citées ; voy. aussi Cass., 9 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 59 qui rappelle que chaque fois que la composition d'une juridiction peut susciter un doute légitime quant à son aptitude à juger une cause de manière impartiale, il y a nullité. Il en est notamment ainsi quand un juge d'instruction, un président de la chambre du conseil ou un magistrat de la chambre des mises en accusation fait partie du siège ; C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, § 30 ; C.E.D.H., 25 juillet 2000, *Tierce et consorts c. Saint-Marin*, §§ 79-81.

(8) F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, op. cit., p. 509 qui cite Cass., 11 mars 1963, *Pas.*, 1963, p. 763.

(9) O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 310-314 ; voy. not. C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique* ; C.E.D.H., 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c. Portugal* ; C.E.D.H., 20 mai 1998, *Gautrin et autres c. France* ; C.E.D.H., 15 novembre 2001, *Werner c. Pologne* ; C.E.D.H., 16 décembre 2003, *Grievcs c. Royaume-Uni* ; C.E.D.H., 22 juillet 2008, *Gomez de Liano et Botella c. Espagne* ; C.E.D.H., 31 août 2021, *Karrar c. Belgique*, § 29 ; C.E.D.H., 16 février 2021, *Meng c. Allemagne*, § 44 ; voy. aussi M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pé-*

nale, coll. de la faculté de droit de Liège, Larcier, 4^e éd., 2012, pp. 1277-1279.

(10) Voy. not. C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* ; C.E.D.H., 28 octobre 1998, *Castillo Algar c. Espagne* ; C.E.D.H., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark* ; C.E.D.H., 26 février 1993, *Padovani c. Italie* ; C.E.D.H., 27 août 2002, *Didier c. France* ; C.E.D.H., 16 février 2021, *Tikhonov et Khasis c. Russie*, § 42 ; O. MICHIELS et G. FALQUE, *Principes de procédure pénale*, coll. de la Faculté de droit de Liège, Larcier, 2^e éd., 2023, pp. 805-809.

(11) Voy. C.E.D.H., 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique* ; C.E.D.H., 29 mars 2001, *D.N. c. Suisse* ; C.E.D.H., 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, qui constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. La Cour ajoute, dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution ; comp. avec C.E.D.H., 26 juillet 2001, *Illjkov c. Bulgarie*, qui retient qu'un juge qui a statué sur une requête de mise en liberté peut, sauf circonstances particulières, siéger au fond ; sur l'hypothèse où des juges ont déjà statué sur des dossiers disjoints concernant des co-prévenus sans que la Cour n'y voie une violation de l'article 6 de la Convention, voy. C.E.D.H., 10 août 2006, *Schwarzenberger c. Allemagne*. Voy. encore sur les fonctions exercées par une personne en qualité de conseil puis en qualité de juge dans des procédures ayant des objets distincts, C.E.D.H., 23 novembre 2004, *Puolitaival et Pirttiaho c. Finlande* ; comp. cet arrêt avec C.E.D.H., 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, affaire dans laquelle il y avait chevauchement dans le temps de deux procédures dans

lesquelles le juge avait exercé les fonctions respectives de magistrat et de représentant de l'adversaire du requérant ; M.-A. BEERNAERT et F. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 120-129.

(12) Il en est de même pour l'article 127 du Code judiciaire.

(13) Voy., sur ce point, la mercuriale de W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *J.T.*, 1973, p. 511 ; J. DU JARDIN, « Justice must not only be done, it must also be seen to be done », in *Liberal amicorum P. Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 37-52.

(14) C.E.D.H., 24 mai 1984, *Hauschildt c. Danemark* ; C.E.D.H., 29 avril 1988, *Belios c. Suisse*, § 48 ; C.E.D.H., 7 août 1996, *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* ; C.E.D.H., 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse* ; C.E.D.H., 16 novembre 2000, *Rojas Morales c. Italie* ; C.E.D.H., 29 mars 2001, *D.N. c. Suisse* ; C.E.D.H., 22 novembre 2005, *Golinelli et Freymuth c. France* ; sur l'évolution de la prise en considération des apparences voy. : M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., pp. 1279-1281 et les nombreuses références citées ; F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, op. cit., pp. 259-262 et les nombreuses références citées ; C.E.D.H., 18 octobre 2018, *Thiam c. France*.

(15) Cass., 21 juin 2000, *J.T.*, 2000, p. 788. Il en est de même lorsqu'un juge qui a antérieurement rempli des fonctions de juge d'instruction siège en qualité de juge du fond à une audience au cours de laquelle le prononcé d'une affaire prise antérieurement en délibéré est remis « pour délibération ultérieure », Cass., 2 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 343 ; Cass., 13 septembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 779 et note de O. KLEES ; Cass., 21 octobre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 3 ou *Pas.*, 1992, I, p. 1185 ; Bruxelles, 16 mars 1993, *Pas.*, 1993, II, p. 76 (le fait que le juge d'instruc-

tion a été saisi successivement de deux plaintes réciproques (plaintes croisées) et qu'il a déjà instruit une de ces plaintes ne lui fait pas perdre son impartialité à l'égard de la deuxième plainte) ; Cass., 16 juin 1999, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 81, avec les conclusions de l'avocat général J. Spreutels (l'impartialité objective n'est pas mise en cause lorsque le conseiller de la cour d'appel qui a remplacé son collègue empêché pour la prononciation de l'arrêt avait au préalable fait partie de la chambre des mises en accusation qui avait ordonné le renvoi) ; il en est de même lorsque le président de la chambre du conseil avait exécuté, dans le cadre de la cause qui lui est soumise, des actes qui ne sont pas des devoirs d'instruction et qui n'ont pu emporter de sa part aucune appréciation des éléments produits ; Cass., 21 juin 2000, *Pas.*, 2000, n° 387 ; de même, le magistrat qui a collaboré à la décision de la chambre des mises en accusation qui, en application de l'article 61 *quinquies* du Code d'instruction criminelle, statue sur l'appel d'une des parties contre le refus du juge d'instruction d'accomplir un acte d'instruction peut, lors du règlement de la procédure, connaître le cas échéant de la demande réitérée tendant à obtenir l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires ; la circonstance que les actes d'instruction ont été refusés antérieurement n'y fait pas obstacle (Cass., 30 mai 2001, *J.T.*, 2001, p. 839 ; Cass., 22 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 222) ; Lorsqu'un conseiller a fait partie du siège de la chambre des mises en accusation qui a rendu l'arrêt maintenant l'inculpé en détention préventive alors qu'il avait précédemment été temporairement désigné en la même cause comme conseiller instructeur, mais qu'il n'avait accompli en cette qualité aucun acte juridictionnel ou d'instruction, cette circonstance n'est pas de nature à susciter un doute légitime quant à l'aptitude de ce magistrat à statuer de manière impartiale (Cass., 21 février 2001, RG n° P.01.0242.F).