

# L'ORGANISATION D'UNE JUSTICE INDÉPENDANTE – PARTIE DU MÉCANISME DE CONSTRUCTION DE L'ÉTAT DE DROIT

Lucian CHIRIAC \*

**ABSTRACT:** *The activity developed by the judiciary bodies must have as a unique concern, within the limits of the jurisdiction conferred by the Constitution, the assurance of compliance with the authorities, natural or legal persons, but considering the establishment of special guarantees that provide a complete independence from any interference and influence of organs that are part of the other power, or which are subject to hierarchical control respectively to the authority of the Ministry of Justice as it is the case of the Public Ministry.*

**KEYWORDS:** *Ministry of Justice, Constitution, Public Ministry, independence, jurisdiction*

**JEL CLASSIFICATION:** *K 00*

## 1. SUR LES POUVOIRS DE L'ÉTAT

Même si l'on voudrait être innovants et modernes dans les systèmes de droit, il faudrait reconnaître que le principe de la séparation des pouvoirs dans l'État, principe génialement ressenti et construit par les grands prédécesseurs, tels l'Anglais John Locke (1632-1704), dans son livre *Essay on Civil Government*, les Français Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu (1689-1755) dans *L'esprit des lois* et Jean-Jacques Rousseau (1712-1772) dans *Du contrat social ou Les Principes du droit politique*, est resté le fondement de tout État pour le passé, le présent et l'avenir, caractérisant tout État où ses fonctions concernant le rejet de l'arbitraire et de l'exclusivisme du pouvoir d'un organe, ont été assignées à des organes différents.

À son tour, le professeur Tudor Drăganu, convaincu de la suprématie et de la longévité vitale de ce principe pour un État de droit, dans l'esprit de Montesquieu qui, dans son livre célèbre, affirmait que « *ces trois pouvoirs seront forcés d'aller de concert* », soutenait

---

\* Associate professor PhD. Faculty of Economics, Law and Administrative Sciences, „Petru Maior” University of Tîrgu-Mureş, ROMANIA.

comme adjuvants la collaboration et le contrôle réciproque entre les pouvoirs, ce qui créait un « mécanisme de freins et contrepoids » afin d'assurer le système qu'aucune de ces pouvoirs n'utiliserait d'excès à l'égard de l'autre<sup>1</sup>.

Il est bien plus évident qu'on n'a aucune raison de chercher, à tout prix, une autre mise en place des pouvoirs dans l'État, en cherchant d'autres ou bien asseoir l'État sur d'autres principes et tout cela d'autant plus que, institutionnellement, on ne sait pas valoriser ou bien respecter ce qu'on a. Hans Kelsen avait en effet raison en soutenant qu'il faut garder la pureté du droit et qu'il faut le séparer du politique<sup>2</sup> ; mais en réalité, ce n'est pas possible, et l'on ne voit pas comment on pourrait le réaliser, puisque le droit est le frère siamois du politique, il en dépend ; à son tour, le politique l'utilise comme instrument de travail afin d'atteindre ses multiples buts.

Dans cet esprit, il faut remarquer le fait que, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, dans *Du Contrat Social* Jean-Jacques Rousseau avait eu la prémonition du droit politique. Dans le contexte de cette interdépendance on ne peut pas comprendre Hans Kelsen qui, tout en cherchant les pures raisons du droit, est tombé dans le péché du politique en inventant la Cour Constitutionnelle<sup>3</sup> et en légitimant le lien de sang entre le droit et le politique ; autrement dit, il n'a pas pu éviter ce qu'il redoutait et il a ainsi motivé l'existence d'un organe qui ne pouvait pas revendiquer son origine de la souveraineté du peuple dont le parlement est et restera la seule émanation.

Si le pouvoir législatif a son origine dans la souveraineté du peuple<sup>4</sup> exprimée par le scrutin, d'où son importance essentielle parmi les autres pouvoirs et que le Gouvernement, partie du pouvoir exécutif (sans être limité à la représentation telle que devrait être une monarchie constitutionnelle ou une république semi-présidentielle), se retrouve dans le vote de confiance du parlement, la justice resterait la seule qui puisse être soumise à l'exercice d'un État de droit par le respect montré aux lois adoptées par le même organe comme émanation du pouvoir populaire. Bien des fois, en l'absence des fondements, on a parlé d'une séparation bipartite des pouvoirs (Joseph Barthélemy, Paul Duez, François Gény) où la fonction juridictionnelle fait partie de la fonction exécutive, ou d'une autorité et non pas d'un pouvoir judiciaire (la Constitution de France de 1958).<sup>5</sup>

Et pourtant la thèse de la tripartition, plus logique et plus rationnelle dans sa structure, a triomphé non parce que l'aphorisme en droit peut être justifié par l'équilibre d'une table à trois pieds, en contradiction avec son absence dans le cas d'une table à deux pieds. La modernité de ce principe se retrouve, à présent et à l'avenir, dans les possibilités infinies pour chercher l'équilibre, pareil à Archimède qui cherchait un point d'appui pour mettre en mouvement la terre.

<sup>1</sup> Tudor Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept* (Introduction à l'étude et à la pratique de l'État de droit), Editura Dacia, Cluj Napoca, 1992, pag. 9.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului* (La pure doctrine du droit), Editura Humanitas, București, 2000.

<sup>3</sup> La Cour Constitutionnelle de la Tchécoslovaquie (La Constitution du 20 février 1920), la Haute Cour Constitutionnelle de l'Autriche (La Constitution du 1<sup>er</sup> octobre 1920) ; et d'autres exemples : Le Tribunal pour garantir la constitutionnalité en Espagne (créé par la Constitution républicaine de 1931 a résisté jusqu'à la prise de pouvoir par Franco), Italie (1948), Allemagne (1949), France (1959), Grèce (1975), Espagne (1978), Portugal (1982), Belgique (1983), Hongrie (1984), Roumanie (1991), etc.

<sup>4</sup> La *Déclaration des droits de l'homme* de France, du 29 mai 1793, adoptée par la Convention, qui a considéré la souveraineté comme indivisible, imprescriptible et inaliénable.

<sup>5</sup> Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice - tratat elementar* (Droit constitutionnel et institutions politiques - traité élémentaire), Volumul I, Editura Lumina Lex, București 1998, pag. 256.

Pour être en équilibre les pouvoirs doivent être, vraiment, indépendants et égaux, bien qu'on les appelle pouvoirs, et leurs fonctions sont accomplies par des organes ou autorités qui les composent. En éliminant les inconvénients de tout exercice de pouvoir et en cherchant le magma créateur on touche le point incandescent qui exige l'équilibre des forces pour l'existence de l'État de droit. Mais il semble toujours insuffisant pour qu'ils soient être égaux dans le rôle qu'ils assument et donc pour se donner la main et collaborer, même lorsque le politique se retrouve plus que nécessaire dans les deux pouvoirs, pour éviter qu'elles deviennent irascibles ou dominantes et pour les forcer au dialogue. L'absence de confiance entre les pouvoirs peut être compensée par un contrôle réciproque.

Voilà pourquoi il faut que la justice soit vraiment indépendante, dans sa plénitude ; on ne parle pas de l'innocence du politique à l'égard du droit, mais de l'indépendance des instances judiciaires et des magistrats juges, de la libération de l'organe judiciaire du réseau des relations modernes de subordination. Le signe a été donné par la Révolution française de 1789, par la Constitution américaine de Philadelphie de 1787, *vetera statuta* des droits et des libertés de l'ancienne Angleterre, (Statute Law), la Déclaration Universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée Générale des l'O.N.U., le 10 décembre 1948, la Convention pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales (le 3 septembre 1953), La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (partie du Traité de Lisbonne – 2007), etc.

La Constitution de la Roumanie de 1923, pareille à celle de 1866 a maintenu les trois catégories d'organes qui exerçaient les pouvoirs dans l'État (législatif, exécutif et judiciaire) en les déclarant indépendantes l'une à l'égard de l'autre et en assumant avec fermeté les principes de la séparation des pouvoirs, de la souveraineté nationale et du gouvernement représentatif. Dans les articles réservés au pouvoir judiciaire on interdisait la création de nouvelles juridictions, des commissions ou des tribunaux exceptionnels, autrement que par la loi, on consacrait l'immovibilité de tous les magistrats (les juges et les procureurs auprès de la Haute Cour de Cassation et de Justice, les autres procureurs bénéficiaient de stabilité), on lui attribuait le contentieux administratif, mais aussi le contrôle par la Haute Cour de Cassation et de Justice – sections réunies, sur la constitutionnalité des lois.

Les constitutions du régime communiste de 1948, 1952, 1960, réduisaient beaucoup le rôle et l'importance des organes judiciaires, sans parler de leur indépendance, caractérisés par la subordination totale au politique.

Initialement, la Constitution de 1991 n'avait pas prévu *expressis verbis* la séparation des pouvoirs ; lors de la révision de 2003, on a consacré, à l'article 1, alinéa 4, le principe de la suprématie des pouvoirs et de leur équilibre, de sorte que, implicitement, en se rapportant aux prévisions de l'acte fondamental, à l'article 80, alinéa 2, concernant leur médiation faite par le président, on comprend que cela peut se faire entre les organes qui agissent indépendamment.

Au titre III, « Les autorités publiques » de la Constitution révisée, on parle de l'organisation et du fonctionnement du Parlement, du Gouvernement et du Président, mais aussi du fonctionnement des organes judiciaires. Tout cela nous fait croire que le législateur constituant n'a pas voulu idéaliser et mettre sur un piédestal, certains organes, en leur conférant un pouvoir excessif. Mais, depuis l'article 1, alinéa 4 de la Constitution révisée et de l'article 126, alinéa 1 du même acte fondamental, on observe que la Loi 304

du 2 juin 2004 concernant l'organisation judiciaire<sup>6</sup>, à l'article 1 alinéa 1, reprend le texte constitutionnel et y ajoute, en tout consensus, que « le pouvoir judiciaire s'exerce par la Haute Cour de Cassation et de Justice et par les autres instances judiciaires établies par la loi ». Dans le contexte de l'article 126, alinéa 1 de la Constitution et de l'article 2, alinéa 2 de la Loi 304/2004, le contenu du pouvoir judiciaire est l'activité même d'accomplir la justice.

Par voie de conséquence, lorsqu'on parle d'un « pouvoir judiciaire », on comprend que seuls les juges qui forment les instances judiciaires exercent ce pouvoir ; si l'on se réfère à l'« autorité judiciaire », on comprend qu'elle inclut les instances judiciaires, le Ministère Public et le Conseil Supérieur de la Magistrature et, conformément aux normes de fonctionnement et d'organisation, les juges et les procureurs.

Comment donc, le système fait de « freins et contrepoids » pourrait-il assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs dans l'État et d'autant plus, dans un concours des pouvoirs, assurer leur égalité par l'équilibre entre la collaboration et le contrôle ? Comment une justice indépendante pourrait-elle, vraiment, se valoriser ?

## 2. SUR L'ACTIVITE JURIDICTIONNELLE

Dans notre démarche, avant tout, il faut commencer par un raisonnement, à savoir, le pouvoir judiciaire a comme contenu l'activité juridictionnelle qui, à son tour, par son objet spécifique, l'accomplissement de la justice, met en évidence les règles selon lesquelles l'activité législative se distingue de l'activité exécutive.

L'activité juridictionnelle représente un exercice consacré qui la différencie de toute autre activité ; elle est définie par des traits spécifiques<sup>7</sup> :

1. Elle se déroule dans le cadre du pouvoir judiciaire par des organes spécialisés, appelés instances judiciaires ;

2. La justice est accomplie, au nom de la loi, par le juge (sa gestion se fait dans un cadre strict, prévu par la loi - les règles de procédure civile et pénale – et les solutions sont prononcées au nom de la loi). *Nemo iudex sine lege*.

3. La justice est unique et égale, à savoir, c'est un seul système, le même pour tous ; les grands principes qui se trouvent à la base du droit s'appliqueront de la même manière pour toute personne physique ou juridique, sous la protection de la loi ;

4. Elle a un objet spécifique, elle solutionne les litiges qui découlent du jugement, par des décisions, qui ont la force de la chose jugée.

5. Les instances judiciaires (les organes judiciaires) déploient leur activité à la suite d'une saisine, dans un cas concret et non pas d'office. *Nemo iudex sine actore*.

6. D'habitude, l'activité juridictionnelle est déployée par les organes judiciaires, après violation de la loi et constate une situation de fait, mais *post factum*.

7. La fin de l'activité juridictionnelle suppose un juge neutre et impartial qui passera à l'application d'une sanction, la prise de mesures de contraintes pour rétablir la situation antérieure, etc. *Iurisdictio et imperium*.

<sup>6</sup> Republié dans *Monitorul Oficial* de Roumanie (Le Journal Officiel), nr. 827 du 13 septembre 2005, 1<sup>er</sup> partie.

<sup>7</sup> Cf. Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice - tratat elementar* (Droit constitutionnel et institutions politiques - traité élémentaire), Volumul I, Editura LuminaLex, București, 1998, p.53 et suiv.

8. Toute l'activité juridictionnelle ne peut avoir comme support que le rétablissement de la légalité (l'opportunité ne peut pas constituer sa résultante).

Par ces caractéristiques l'activité des organes judiciaires se délimitent, sans doute, de l'activité de l'organe législatif ou des organes exécutifs ; l'activité juridictionnelle doit de dérouler dans un cadre de légalité dont l'intégrité ne peut être mise en doute, pour avoir comme finalité des décisions qui bénéficient de l'autorité de chose jugée.

La sûreté d'un tel processus est réalisée par une série de « garanties spéciales » qui sont mentionnées, en grande partie, dans la littérature de spécialité<sup>8</sup> dont :

A) *L'indépendance des instances judiciaires* (les instances judiciaires sont considérées autonomes, indépendantes ; elles ne sont pas parties d'un système – *renvoi après cassation casser en rétention, casser en renvoi la cassation à rétention ou à renvoi en examen* ne signifie pas subordination ou contrôle hiérarchique ; d'autre part, création la d'une juridiction spéciale ou la multiplication des juridictions administratives ne ferait qu'augmenter l'influence de l'exécutif<sup>9</sup>).

La plus importante garantie de la solution des litiges dans le respect des lois et de l'impartialité réside dans l'indépendance de la justice. Mais cette « indépendance » dépend d'une série de facteurs qui peuvent la diminuer ou l'amplifier, dont :

1. *L'organisation et le fonctionnement de la justice dans un système unitaire*

Dans la littérature juridique on se demande si l'accomplissement d'une justice indépendante est possible dans la situation où les organes juridictionnels appartiennent à une structure organisationnelle et fonctionnelle unique (dans le modèle anglo-américain les instances appartiennent au même système d'organes) ou mixte (le modèle français propose deux systèmes principaux dans un seul : a) les instances judiciaires ; b) les tribunaux administratifs ; il est à mentionner que les tribunaux administratifs ne font pas partie du système des organes judiciaires)<sup>10</sup>.

Le professeur Tudor Drăganu affirmait que ce caractère unitaire de la justice crée une plus grande indépendance de la justice par rapport au pouvoir exécutif<sup>11</sup> ; à un moment donné, aux États Unis, on a parlé du « gouvernement des juges »<sup>12</sup>.

2. *La manière de recruter les juges. Le recrutement connaît trois systèmes :*

a) *le système du tirage au sort* : la culpabilité est établie par un jury et la punition est appliquée par un juge ; dans un tribunal pénal d'Angleterre ou du Pays de Galles, le jury formé de citoyens résidents élus de manière aléatoire décidera de la culpabilité ou de l'innocence ; ensuite le juge décidera de la punition, tout cela dans l'esprit et dans le respect de ladite Directive du Régime de condamnation.

b) *le système de l'élection des juges* par vote universel et direct par le corps électoral, pour la durée d'un mandat connu ; l'inconvénient réside dans le fait que, à un moment donné, à la fin du mandat, il y a le problème de la réélection ;

c) *la désignation des juges* par le gouvernement ; on y ajoute des mesures pour assurer leur indépendance. En France, la désignation des juges est faite par l'exécutif<sup>13</sup>,

<sup>8</sup> Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 54-55.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.55 et suiv.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.59.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.59.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.59.

<sup>13</sup> L'Ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 concernant la loi organique relative au statut de la magistrature.

aux États-Unis, les juges de la Cour Suprême sont nommés à vie, par le Président avec l'avis du Sénat.

Le danger de ce dernier système réside dans le fait que les juges peuvent être désignés par l'exécutif et en conséquence, ils lui seront reconnaissants en devenant, en réalité, soumis devant lui. Comment pourrait-on s'opposer, partiellement sinon totalement à un tel système ? Le remède proposé pourrait être :

1. *le recrutement* des magistrats par concours (comme en France, en Italie, en Roumanie) ;

2. *la désignation* des juges par le *Conseil Supérieur de la Magistrature* qui ont passé le concours (en Italie le président de la république préside ces réunions de nomination) ;

3. *la nomination* comme juge des personnes dont l'activité juridique professionnelle est reconnue (Angleterre) ;

4. *la garantie de l'impartialité du juge*.

Nos propos ont voulu souligner que le pouvoir judiciaire (article 1 alinéa 4 de la Constitution de la Roumanie, révisée, article 1 de la Loi 304/2004) a pour objet d'activité l'accomplissement de la justice (article 124 de la Constitution de la Roumanie, révisée, article 2 de la Loi 304/2004) et s'exerce par la Haute Cour de Cassation et de Justice et les autres instances judiciaires (article 1 alinéa 1 et article 2 alinéa 2 de la Loi 304/2004).

La justice s'accomplit au nom de la loi. En partant du texte, à valeur d'axiome, de l'article 124 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie, la justice a pour cadre d'accomplissement le cadre procédural, expressément et strictement prévu par la loi et prononce les solutions par lesquelles les litiges sont solutionnés, conformément à la loi. Mais tout cela ne nous empêche pas de constater qu'il vaut mieux ne pas tomber dans un piège et mettre le signe d'égalité entre le concept de justice et celui de faire justice.

Pour être indépendante la justice doit être unique, impartiale et égale pour tous. La justice est *unique et égale* pour tous. *L'unicité* de la justice découle du monopole de l'État dans son exercice, appelé service public dans le cadre d'un système de droit unique. L'histoire du droit nous présente la situation où dans les Pays Roumains, pendant la période médiévale, on appliquait, parallèlement, *un droit consuetudinaire (ius valahicum)* et un *droit écrit (ius scriptum)* formé de *règles et parchemins/documents*. *L'égalité* ne signifie pas une égalité de résultat, ce qui n'exclut pas les chances égales, mais de traitement, par exemple, le respect des droits de l'homme. L'article 14 pct.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre l'égalité de « tous les hommes » devant les instances et le droit à un procès équitable.

La justice doit être *impartiale*, aussi. Si l'on parle d'une justice indépendante, on doit comprendre que les juges doivent être indépendants, soumis « à la loi seule » et, aussi, impartiaux. La loi doit être le seul guide du juge. Et plus encore, s'il ne peut pas recevoir des ordres ou de conseils obligatoires, il ne peut pas subir des pressions, quelles qu'elles soient, car il ne doit pas être influencé dans l'évaluation des preuves, dans l'établissement de la situation de fait, de sorte que la résolution du problème soit conforme à ses convictions.

Être impartial c'est être juste, objectif, équitable, droit, respectueux à l'égard de la loi. L'impartialité suppose le talent du juge d'être impartial, désintéressé, sans parti pris, de

témoigner de l'objectivité<sup>14</sup>. À notre avis, la preuve de l'indépendance de la justice et, implicitement, du juge réside, justement dans son impartialité. Cette impartialité exclut, *a priori*, toute forme institutionnelle, professionnelle ou personnelle de pression et de contrôle sur le juge. L'impartialité de la justice est l'un des critères fondamentaux de l'indépendance de la justice, dans une démocratie.

L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit à un jugement équitable d'une cause par une instance indépendante et impartiale instituée par la loi, droit fondamental qui se retrouve également à l'article 21 alinéa 3 de la Constitution de la Roumanie révisée. Dans la *Décision* de la CEDH prononcée le 26 avril 2011 dans la cause *Steulet vs. la Suisse*<sup>15</sup>, la Cour, conformément à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne a apprécié, à titre de principe, que, dans une société démocratique, il est fondamental que les tribunaux inspirent de la foi aux justiciables, en exigeant que chaque instance soit impartiale<sup>16</sup>. La demande de renvoi d'un procès devant une autre instance est une modalité d'éviter, en cas de doute, le manque d'impartialité de l'instance<sup>17</sup>.

L'impartialité peut être appréciée selon un *critère subjectif* (ce que le juge pense dans son for intérieur, c'est bien) et un *critère objectif* (si le juge a offert des garanties suffisantes pour éliminer toute suspicion légitime en sa présence)<sup>18</sup>. Dans la jurisprudence de la Cour Européenne on distingue deux types de situations susceptibles de représenter un manque d'impartialité du juge : *situation d'ordre fonctionnel* (exercice de fonctions différentes, durant le processus judiciaire)<sup>19</sup> et *situation d'ordre personnel* (la conduite du juge dans telle cause)<sup>20</sup>. L'impartialité d'un magistrat est présumée jusqu'à la preuve contraire<sup>21</sup>.

Si le fait qu'un juge s'est prononcé dans le cadre d'un autre procès concernant le même réclamant ne constitue pas un cas d'impartialité du juge (*Steulet vs. la Suisse*), mais, ce n'est pas la même chose, dans la situation où les décisions antérieures contiennent des références ou anticipations portant sur les litiges qui seront solutionnés<sup>22</sup> ou si les problèmes abordés durant le procès sont analogues à ceux sur lesquels le juge s'est antérieurement prononcé<sup>23</sup>.

5. *l'inamovibilité* (le juge ne peut pas être révoqué ou rétrogradé, et, en l'absence d'une décision disciplinaire ou d'une condamnation pénale, transféré ou avancé, sans son accord) ; l'immunité juridique ne protège pas les juges pour leurs actes ou faits.

6. *la réglementation du statut juridique des juges* (se rapportant à la limite d'âge en vue de la retraite, à la nomination à vie, etc.).

<sup>14</sup> Cf. *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert-VUEF, 2009, Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 2009.

<sup>15</sup> Décision de la CEDH du 26 avril 2011, *Steulet vs. la Suisse* (requête 31351/06)

<sup>16</sup> Décision de la CEDH du 26 février 1993, *Padovani vs. l'Italie* (par. 27, 35-38)

<sup>17</sup> Décision de la CEDH du 29 mars 2011, *Popa vs. la Roumanie*, publiée dans le *Journal Officiel* de la Roumanie, nr.13 du 10 janvier 2012, I<sup>er</sup> partie.

<sup>18</sup> Décision de la CEDH du 1 octobre 1982, *Piersick vs. la Belgique* et Décision de la CEDH du 16 décembre 2003, *Grievies vs. le Royaume Uni* (requête 57067/00 par. 69).

<sup>19</sup> Décision de la CEDH du 26 avril 2011, *Steulet vs. la Suisse*.

<sup>20</sup> Décision de la CEDH du 16 septembre 1999, *Buscemi vs. l'Italie* (requête 29569/95, par.67).

<sup>21</sup> Décision de la CEDH du 24 mai 1989, *Hanscholdt vs. le Danemark*, par. 47.

<sup>22</sup> *A contrario* Décision de la CEDH du 1 février 2005, *Indrac vs. la Slovaquie* par. 51-53(requête 46845/1999).

<sup>23</sup> Décision de la CEDH du 24 juin 2010, *Mancel et Branquart vs. la France* (requête 22349/06, par. 37).

B) *La publicité des débats judiciaires* (est inscrite à l'article 6 de la Convention européenne pour la défense des droits de l'homme ; c'est une vraie garantie d'une bonne gestion de la justice, de la transparence de l'acte de justice, de l'impartialité du juge ?

C) *L'application de la contradictorialité* devant toute juridiction est fondamentale. L'argument donne naissance à un contre-argument pour une égalité totale des droits et des obligations processuelles corrélatives. Nulle décision ne peut être prononcée par la justice sans la discussion des parties sur les moyens et les pièces d'un dossier qui reflète l'objet du procès et le chemin vers sa finalisation.

« Il est une garantie élémentaire de loyauté sans laquelle la justice ne serait qu'un simulacre. »<sup>24</sup>

D) *La motivation des décisions judiciaires en fait et en droit* ; c'est montrer les raisons qui ont conduit à une telle solution et qui, pratiquement, oblige celui qui la donne, conformément à sa conscience, et justifier le choix. La motivation peut constituer un élément dans l'évaluation de la formation, de la capacité d'analyse et de synthèse, des raisonnements psychologiques du juge dans l'application de la loi. Motiver une décision ne signifie que restreindre les droits et les libertés d'un citoyen entre les limites prévues dans la Constitution de 1991, et respectivement, la Constitution de 2003 révisée.

### 3. SUR LE MINISTERE PUBLIC

Le Ministère Public n'accomplit pas la justice, il n'est que l'une des parties de l'activité judiciaire, comme on l'établit à l'article 131 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie révisée.

Le titre III, *Les Autorité publiques*, le Chapitre VI, *L'Autorité judiciaire*, la Section 2 de la Constitution de la Roumanie révisée, sont réservés au Ministère Public dont le rôle est circonscrit à l'activité judiciaire, distincte de l'activité juridictionnelle au sein de laquelle il représente les intérêts généraux de la société, il défend l'ordre de droit, ainsi que les droits et les libertés des citoyens (article 131 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie révisée).

Le Ministère Public apparaît comme l'un des acteurs de l'activité judiciaire. Dans l'activité judiciaire il a le « mandat » constitutionnel de représenter les intérêts généraux de la société et d'être le défenseur de l'ordre de droit, ainsi que des droits et des libertés des citoyens. Défendre les droits et les libertés des citoyens constitue une obligation que le procureur doit assumer quand il défend l'intérêt général de la collectivité ou l'intérêt privé d'une personne endommagée, mais surtout, quand il s'agit d'une personne physique accusée. Cette prévision constitutionnelle ne peut être aucunement interprétée comme une faculté.

Dans la littérature juridique le Ministère Public est vue comme une « fiction juridique, comme une construction juridique particulière »<sup>25</sup> qui désigne l'ensemble des procureurs organisés dans une hiérarchie des « agents de l'État »<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Précis Domat, 9<sup>e</sup> édition, 2000, p. 454, no. 561.

<sup>25</sup> Mihai Constantinescu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Constitutia României revizuită – comentarii și explicații* (Constitution de la Roumanie révisée – commentaire et explications), București, Editura All Beck, 2004, p. 275.



Dans l'interprétation du professeur Traian Pop, la notion de « ministère public » dérive du latin *manus publica* ce qui explique son origine « exécutive ». Mais cette appellation s'est plutôt imposée, comme dérivation du mot latin *ad minister*, dont le sens est au service de quelqu'un ou serviteur, ce qui explique le fait que les procureurs sont engagés dans un service public chargé de défendre les intérêts généraux de la société, l'ordre de droit et les droits et les libertés des citoyens.

Dans le droit français, le Ministère Public est défini comme l'« ensemble des magistrats chargés de défendre les intérêts de la société en veillant à l'application de lois et au respect de l'ordre public »<sup>27</sup>

Le Ministère Public exerce ses attributions, liées à son rôle dans la société (article 131 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie révisée), par les magistrats procureurs organisés dans les parquets qui fonctionnent auprès des instances de jugement et qui, par la Constitution reçoivent encore une tâche, celle de *surveiller l'activité l'investigation pénale* de la police judiciaire (article 131 alinéa 3 de la Constitution de la Roumanie révisée).

Trois observations, au moins, s'imposent :

- *la première observation* se rapporte au fait que le droit roumain a repris, après 1991, le nom de parquet, selon l'intérêt pour le droit et les institutions juridiques français en renonçant au nom de procurature qui provenait du droit soviétique.

Dans le système judiciaire français les magistrats qui forment le corps judiciaire appartiennent à deux catégories : - les magistrats du siège<sup>28</sup>, présidés par le premier président de la Cour de Cassation : les juges qui réalisent l'instruction des causes et les juges qui solutionnent les causes par des décisions ; - les magistrats du parquet<sup>29</sup> présidés par le procureur général auprès de la Cour de Cassation.

- *la deuxième observation* réside dans le fait que le Ministère Public a, pourtant, une physionomie institutionnelle, organisationnelle et fonctionnelle, pas vraiment fictive, une fois qu'il exerce ses attributions par les procureurs réunis dans des parquets ; les parquets auprès des tribunaux de première instance, des tribunaux, des Cours d'Appel et de la Haute Cour de Cassation et de Justice forment, dans leur ensemble et par leur structure hiérarchique, le Ministère Public.

- *la troisième observation*, en général, acceptable pour l'unicité du système de justice, prétend que l'application du principe de l'« égalité des armes » durant le procès, traduise une réelle égalité entre « l'accusation » et « la défense ».

À la lumière de la jurisprudence nationale et de la CEDH, surtout, le procès pénal impose que pendant son déroulement « l'accusation » et « la défense » soient égales ; en de nombreux cas, on invoque le principe de l'« égalité des armes », et le plus souvent pour ne rien faire. Mais comment quelqu'un peut-il être l'égal du représentant du Ministère

<sup>26</sup> Traian Pop, *Drept procesual penal* (Droit processuel pénal), Cluj-Napoca, Editura Tipografia Națională SA, 1947, p.214, apud Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice - tratat elementar* (Droit constitutionnel et institutions politiques - traité élémentaire), éd. cit., tome II, p. 355 (note de sous-sol)

<sup>27</sup> Sébastien Bissardon, *Guide du langage juridique*, 2<sup>e</sup> édition, Lexis Nexis, Litec, 2005, p. 305-306.

<sup>28</sup> Les magistrats sont assis sur des chaises sur une estrade et écoutent, d'une part, les procureurs et d'autre part, les avocats qui se trouvent debout au niveau du plancher (parquet).

<sup>29</sup> Depuis l'Ancien Régime, le procureur du roi était obligé de rester debout sur le parquet - revêtement de sol formé d'éléments de bois (lames, lattes) – et de soutenir sa cause ou sont point de vue devant le juge assis sur une estrade.

Public qui se retrouve sur l'estrade, à côté du juge, et non pas au niveau du parquet et qu'on traite avec toute la déférence et la collégialité possibles, et qui souvent est assis, alors que l'avocat (la défense), est debout, au niveau du plancher, sur la défensive, toujours ? *Ne faudrait-il pas, pour une réelle « égalité des armes », que le troisième acteur du processus judiciaire, l'avocat, et l'on parle de son rôle, soit inscrit dans la Constitution lorsqu'on parle de l'activité judiciaire, et l'on reconnaît les principes applicables au procès pénal ?*

En ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du Ministère Public dans différents pays, la littérature juridique établit plusieurs systèmes selon leur type et la nature de leur source<sup>30</sup> :

1. *Le système* où le Ministère Public est dans la subordination du Ministre de la Justice ; les procureurs ont un statut comparable à celui des fonctionnaires administratifs (publics).

Un système de ce type a fonctionné dans notre pays, sous les Constitutions de 1866, 1923 et 1938 jusqu'en 1948 ; les procureurs ne bénéficiaient pas d'inamovibilité et ils ne pouvaient être révoqués ou suspendus qu'en cas de condamnation pénale ou pour sanction disciplinaire ; autrement, ils pouvaient être transférés ou avancés<sup>31</sup>. En 1943, pendant un bref délai, les procureurs de la Cour d'Appel ont bénéficié d'inamovibilité.

Au Danemark, le Ministre de la Justice est responsable de tout le système judiciaire, de la police et des parquets. Le Procureur général est nommé et libéré de fonction par le Ministre de la Justice, qui répond de l'activité des parquets et les surveille ; il peut retirer certaines tâches du procureur et donner des instructions au sujet d'un tel cas, etc. Les solutions des procureurs peuvent être contestées chez le procureur général ou chez le Ministre de la Justice.

2. *Le système* où le Ministère Public est dans la subordination du Ministre de la Justice ; il est composé de procureurs inamovibles.

Ce système peut reconnaître au ministre de justice le rôle de formuler des indications d'ordre général ou de donner des dispositions dans un tel dossier<sup>32</sup>.

En Suède, le procureur général est inamovible et il est nommé par le Gouvernement. Les procureurs sont nommés par le procureur général et les chefs de parquets par le Gouvernement, à la proposition du procureur général. En Hollande, le procureur général auprès de la Cour Suprême est nommé à vie et les autres procureurs par Décret Royal. Le parquet est subordonné au Ministre de la Justice, qui peut donner des instructions aux procureurs dans l'exercice de leurs attributions.

3. *Le système* où le Ministère Public n'est plus indépendant du Ministre de la Justice, mais il se présente comme une structure autonome (même un pouvoir à part)<sup>33</sup>.

Les Constitutions roumaines de 1952 et de 1965 ont considéré la procurature comme le quatrième pouvoir dans l'État ; elle exerce des attributions dans l'activité judiciaire et surveille le respect de la légalité dans tous les domaines (le procureur général était nommé en fonction par la Grande Assemblée Nationale).

<sup>30</sup>Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice - tratat elementar* (Droit constitutionnel et institutions politiques - traité élémentaire), éd. cit., p. 356.

<sup>31</sup>*Ibidem*, p. 356.

<sup>32</sup>*Ibidem*, p. 356.

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 352.

La Constitution du Portugal, adoptée après la « révolution des œillets » de 1974, a créé un ministère public autonome, formé de procureurs élus par l'Assemblée de la République et indépendant de toute ingérence de l'exécutif.

En Grèce les procureurs sont nommés à vie, ils sont inamovibles, tels les juges ; ils ne peuvent pas recevoir des indications de la part des autorités politiques ou des procureurs généraux.

4. *Le système mixte* est appliqué en Allemagne ; les procureurs généraux des landes sont nommés par le Ministre de la Justice mais ils sont révocables, contrairement les procureurs qui leur sont subordonnés sont inamovibles. D'autre part les procureurs sont hiérarchiquement subordonnés et les supérieurs peuvent intervenir en donnant des ordres.

Quant à la réglementation existante en Roumanie relative à la position du Ministère Public, en général, dans la structure des autorités publiques (Titre III de la Constitution), et, en particulier, dans l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité judiciaire (chapitre VI), il est à mentionner que l'analyse du texte constitutionnel nous conduit à l'idée incontestable d'une subordination à l'exécutif et d'une participation à l'activité judiciaire, au nom de l'exécutif ; et nous insistons là-dessus.

Le professeur Tudor Drăganu considérait que, dans la littérature juridique, il y avait trois opinions relatives à la position du Ministère Public et de son activité au sein de l'activité exécutive ou judiciaire<sup>34</sup>.

*La première opinion*, soutenue par Ioan Vida, ancien président de la Cour Constitutionnelle, considérait que le Ministère Public est un organe exécutif. Dans la même idée, la Cour Constitutionnelle a constaté, dans la Décision 73 du 4 juin 1996, que « les procureurs déroulent leur activité sous l'autorité du ministre de la justice », organe essentiellement exécutif, donc, par voie de conséquence, « ils sont, eux-mêmes, agents de l'autorité exécutive »<sup>35</sup>.

*La deuxième opinion* affirme que les procureurs sont indépendants, bien qu'ils travaillent sous l'autorité du ministre de la justice ; entre eux il n'y a qu'un « rapport administratif » pareil à celui qui existe entre les juges et le ministre de la justice<sup>36</sup>.

*La troisième opinion* soutient que le Ministère Public est un organe à part, à un pouvoir unique, de nature exécutive et judiciaire<sup>37</sup>.

Pour établir la nature juridique du Ministère Public, notre démarche part de la constatation constitutionnelle que le système actuel prévoit que, dans son activité judiciaire, le Ministère Public représente les intérêts généraux de la société, défend l'ordre de droit ainsi que les droits et les libertés des citoyens (article 131 alinéa 1 de la Constitution).

Le Ministère Public exerce ses attributions (comment une fiction peut-elle exercer des attributions ?) par les procureurs réunis dans des parquets. Il aurait été plus correct

<sup>34</sup> Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 358-359.

<sup>35</sup> Décision 73/1996 de la Cour Constitutionnelle, publiée dans le *Journal Officiel* nr. 255 du 22 octobre 1996, I<sup>er</sup> partie.

<sup>36</sup> Nicolae Cochinescu (ancien procureur général et ancien juge à la Cour Constitutionnelle), *Organizarea puterii judecătorești în România* (L'organisation du pouvoir judiciaire en Roumanie), București, Lumina Lex, 1997, p.172.

<sup>37</sup> Mihai Ruja, « Natura juridică a Ministerului Public » (La nature juridique du Ministère Public), in *Dreptul* 4/1995, p.4, 7 ; Loi 304/2004.

d'inscrire dans le texte que le Ministère Public est formé de parquets où les procureurs déploient leur activité spécifique.

Conformément à l'article 132 alinéa 1 de la Constitution les procureurs déroulent leur activité ayant comme principes fondamentaux la légalité, l'impartialité et le contrôle hiérarchique. Et au-dessus de ces trois principes veille l'affirmation que l'activité du procureur est subordonnée à l'autorité du ministre de justice.

À notre avis, le Ministère Public n'est plus une fiction, une fois qu'il est formé de tous les parquets et qu'il est dirigé par le procureur général du Parquet auprès de la Haute Cour de Cassation et de Justice. Les attributions des parquets sont les attributions mêmes du Ministère Public qui, comme nous l'avons montré, tout comme dans le cas des unités administratives territoriales ou de l'État, aurait dû être considéré personne juridique morale et se trouver, en propre nom, comme sujet de droit dans les rapports juridiques et dans les litiges devant les instances judiciaires. Il est évident que le liant d'une direction unique, d'une structure hiérarchique existe, une fois que les procureurs déploient leur activité. Les procureurs sont subordonnés au chef du parquet auquel ils appartiennent, le premier procureur au chef du parquet supérieur hiérarchiquement (article 65 alinéas 1 et 2 de la Loi 304/2004).

Les dispositions du procureur supérieur hiérarchiquement sont obligatoires pour les procureurs qui lui sont subordonnés, si elles sont écrites et conformes à la loi (article 64 alinéa 1).

Plus encore, le contrôle exercé par le procureur général auprès des Cours d'Appel ou de la Haute Cour de Cassation et de Justice se fait directement ou par les procureurs désignés expressément (article 65 alinéa 3 de la Loi 304/2004). À son tour, le Ministre de la Justice, à sa propre initiative ou à la demande du Conseil Supérieur de la Magistrature exerce son contrôle sur les procureurs (article 69 alinéa 1 de la Loi 304/2004). Le ministre de la justice peut, entre autres, vérifier la manière dont les procureurs accomplissent leurs attributions de service, demander des rapports sur l'activité des parquets et donner des indications, par écrit, au sujet des mesures à prendre pour prévenir et combattre efficacement la criminalité (article 69 alinéa 2 de la Loi 304/2004).

Donc, il est à comprendre pourquoi le procureur est indépendant (on inclut le concept d'impartialité), mais seulement dans les conditions prévues par la loi (article 69 alinéa 2 de la Loi 304/2004).

Dans ce contexte, il faut discuter de la qualité de magistrat du procureur qui jouit d'une indépendance relative, inscrite dans les limites de la loi, bien qu'il fasse partie du Conseil Supérieur de la Magistrature ; de cette manière, il ne peut pas devenir réellement le garant de l'indépendance de la justice, activité qui ne se retrouve ni dans les attributions constitutionnelles (article 131 alinéa 1 de la Constitution), ni dans les attributions contenues dans la loi (articles 62 et 63 de la Loi 304/2004).

Il est indubitable que la justice est accomplie par les juges (article 124 alinéa 1 de la Constitution), mais, alors, on peut se demander comment un juge peut vraiment être indépendant, impartial, dans *une cause où il est saisi avec réquisitoire par les procureurs lorsque le même procureur est le seul compétent à effectuer la poursuite pénale, à mener et à surveiller l'activité d'investigation pénale de la police judiciaire, à demander l'autorisation pour intercepter les conversations téléphoniques, à saisir les instances judiciaires à l'égard des juges.*

Le système juridique français prévoit un Conseil Supérieur de la Magistrature composé de deux corps distincts de magistrats, pour les juges et pour les procureurs (un juge est membre de la section des procureurs magistrats et un procureur est membre de la section des juges) ; la présidence est exercée par le président de la république. D'autre part, l'investigation des juges pour des faits pénaux est réalisée par le juge d'instruction qui fait partie du corps des magistrats juges.

À notre avis, d'après la Constitution de 1991, après la révision, aussi, et d'après les réglementations initiales, de la Loi 92/1992 et, ultérieurement, de la Loi 304/2004, l'appartenance du Ministère Public a été, est et doit rester exécutive.

Dans la littérature juridique, on a soutenu que la mention, à l'article 132 alinéa 1 de la Constitution, du principe de l'impartialité pour les procureurs souligne un changement fondamental dans la nature de l'institution, à savoir le passage du pouvoir exécutif vers le pouvoir judiciaire<sup>38</sup>.

Cette affirmation ne peut pas être acceptée dès la première évaluation. On reconnaît ainsi que le Ministère Public faisait partie du pouvoir exécutif, mais on n'explique pas, avec des arguments, pourquoi la simple mention de l'adjectif « impartial » peut changer la nature de l'institution, bien qu'on sache que, par la Constitution, le procureur est soumis au contrôle hiérarchique et il est subordonné au Ministre de la Justice ; une thèse pareille n'éclaircit pas le problème du principe de l'« égalité des armes » durant un procès où de l'autre part se trouve un avocat.

Dans cette étude, nous sommes partis de la thèse du professeur Tudor Drăganu qui parlait du mécanisme de construction de l'État de droit d'où fait partie l'organisation d'une justice indépendante. Avant d'élucider ce concept, il faut remarquer la contradiction irrécyclable qui existe entre les articles 132 et 133 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie révisée.

À l'article 132 alinéa 1 on dit que les procureurs déploient leur activité conformément aux principes de la légalité et de l'impartialité, mais aussi, du contrôle hiérarchique, sous l'autorité du ministre de la justice.

À l'article 124 alinéa 3 de la Constitution on affirme que les juges sont indépendants et qu'ils ne se soumettent qu'à la loi ce qui les sépare des procureurs ; le procureur est soumis au contrôle hiérarchique, donc au contrôle du supérieur et il travaille sous l'autorité du ministre de la justice. Ce qui en résulte est évident – le procureur n'est pas indépendant.

D'autre part, la même Constitution proclame l'attribution fondamentale du Conseil Supérieur de la Magistrature d'être le garant de l'indépendance de la justice. Mais, que peut-on faire car, au même article, on dit que le même conseil est composé de juges et de procureurs ? Comment peut-on concilier un indépendant et une personne qui est incompatible avec l'indépendance, d'autant plus que le procureur est hiérarchiquement subordonné ?

Voilà pourquoi nous pensons que la simple affirmation du statut du magistrat pour le procureur aussi ne suffit pas. Dans la conception de la Constitution de la Roumanie, le procureur n'est pas magistrat et n'est pas indépendant. La notion de magistrat ne se confond ni avec celle de juge ni avec celle de procureur, parce que pour devenir magistrat il faut remplir certaines conditions. Dans des nombreux cas, la Cour Européenne des

---

<sup>38</sup> Nicolae Cochinescu, *op. cit.*, p. 181.

Droits de l'Homme a tiré la conclusion que le procureur ne peut pas être considéré magistrat, parce qu'il ne remplit pas les conditions exigées pour un tel statut :

a) l'indépendance devant l'exécutif et devant les parties ; celui qui a des formes de subordination à l'exécutif ne peut pas être magistrat ;

b) il ne représente pas la partie accusatrice dans la phase de jugement.

Le simple fait que les procureurs défendent l'intérêt général de la société et se soumettent aux principes de la légalité et de l'impartialité ne suffit pas pour leur donner un statut de magistrat, d'autant plus qu'ils accomplissent la fonction de poursuite pénale et ont leur position processuelle, se trouvant à côté de l'accusation<sup>39</sup>.

#### 4. EN GUISE DE CONCLUSIONS OU QUOI FAIRE

D'après notre analyse, décidément, il faut séparer les rôles, éliminer le statut de magistrat du procureur, et garantir vraiment au juge l'indépendance pour assurer son impartialité dans la solution des causes.

À notre avis, pour avoir une vraie indépendance de la justice, bâtie sur les pylônes de l'unicité du système judiciaire, de l'impartialité et de l'égalité, à la suite d'une possible révision de la Constitution, il faut choisir l'une des trois variantes, à savoir :

a) Le procureur n'est plus magistrat, mais fonctionnaire public, subordonné à l'exécutif, comme il est à présent. Dans ce sens plaident les nombreuses décisions de la CEDH. D'autre part, les juges *seront enquêtés* pour des faits pénaux et mis en accusation par un corps de magistrat expressément créé, les juges d'instruction (pour identité de raison cette compétence pourrait s'étendre pour le procureur, aussi).

b) Le procureur a la qualité de magistrat au sein du corps judiciaire séparé du Conseil Supérieur de la Magistrature (le modèle français) ; pour l'enquête pénale des juges et des procureurs, il faut créer le corps des juges d'instruction, composante du corps des magistrats juges.

c) Le procureur a la qualité de fonctionnaire public soumis au contrôle du pouvoir exécutif. Dans tous les cas et dans toutes les conditions prévues par la loi, l'enquête pénale est faite par les juges d'instruction. Le procureur soutient l'accusation devant le magistrat juge, dans tous les cas, dans le cadre de la procédure pénale, en représentant les intérêts généraux de la société, le respect de l'ordre de droit ainsi que des droits et des libertés des citoyens.

Pour mettre en valeur tout ce dont on a parlé, il faut que :

1. Le procureur ne soit plus magistrat ;
2. Les procureurs respectent, dans leur activité, les principes de la légalité, de l'impartialité, du contrôle hiérarchique sous l'autorité du ministre de la justice ;
3. Aucun procureur n'ait pas droit de poursuite pénale, en ce qui concerne les juges et les autres procureurs ;
4. Les procureurs n'aient pas d'immunité en ce qui concerne la responsabilité juridique ou pénale, civile, administrative ou patrimoniale ;
5. Le Conseil Supérieur de la Magistrature soit élu parmi les juges ;

<sup>39</sup> Décision de la CEDH du 4 juillet 2000, Niedbala vs. la Pologne (requête 2791519/95) violation de l'article 5 par. 3 de la Constitution.

6. Seuls les juges d'instruction soient compétents de faire l'instruction pénale des juges et des procureurs, ayant à leur disposition tous les moyens de poursuite pénale, d'arrêter et de mettre en accusation ;

7. L'enquête disciplinaire des juges soit faite par le Conseil Supérieur de la Magistrature ;

8. Les juges d'instructions réalisent les enquêtes et la poursuite pénale, soit dans tous les cas, ou bien qu'ils soient élus pour le déroulement de l'enquête pénale des juges ou des procureurs. Pour cette dernière situation, les juges d'instruction seront élus parmi les magistrats juges pour une durée de trois ans, tout au plus, trois juges de Première Instance judiciaire, trois des Tribunaux, trois des Cours d'Appel, trois juges de la Haute Cour de Cassation et de Justice, la compétence revenant selon du niveau et l'échelon dont fait partie la personne enquêtée.

Toutes les mesures proposées ou bien quelques-unes, seulement supposent, comme première étape, la révision de notre Constitution, ensuite la modification et la réévaluation de tout le système judiciaire.

Si la  *cité du soleil*  se trouve sous le signe de l'utopie,  *l'État de droit peut-il*  échapper à l'image du virtuel ?

