

REPETITIO EST MATER STUDIORUM
L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE, L'IMPARTIALITÉ ET LA
RESPONSABILITÉ DU MAGISTRAT

Lucian CHIRIAC*

« Rien ne pousse à l'ombre des grands arbres » Brâncuși

ABSTRACT: *If the independence of the court authority is guaranteed by the Constitution of Romania revised in 2003, the problem brought into discussion is the way it is effectively achieved. (Article 124 paragraph 3). **Independence** assumes action and decision without restrictions or presuppose from another authority. **Impartiality** requires the magistrate to decide in the even balanced and equitable scale of goddess Themis, on purpose blindfolded, in order to be equal with all litigants, regardless of their position occupied in society, the position they have in the state. **Responsibility** falls on the magistrate, as he, according to the law but also according to his conscience, must not violate the great principles of the criminal trial, to judge ie. to reason, to analyze and evaluate only the evidence, to decide only based on the evidence as this public service is found in a permanent mission - to protect the rights and liberties of the citizens. Facing the exorbitant power of the prosecutor who is opposing a weak defense due to the disloyalty of law, there is only a single "counterweight" in the justice mechanism that can offer confidence and trust in justice – the court judgment. This leads to the question, which are the guarantees that the Constitution and law can provide so that justice is impartial and responsible? Regardless of the way it manifested, according to the historical stages completed, "justice", the activity of the justice bodies and of the magistrate was and will remain indebted, like any public service, to act as an "art in the service of man, of good and of equity", otherwise it transforms from the virtual to the real" inquisition of the 21st century. Therefore, "quo vadis Themis"? However, does the question require an answer? Pending a response, I resumed the ideas of an old survey, published in this Review, hoping for their settlement within an absolutely necessary reform (Chiriac, no. 2/2013).*

KEYWORDS: *judges, prosecutors, authority of the magistrates, independence, impartiality, responsibility*

JEL CODE: *K 4*

Le titre III de la Constitution de la Roumanie de 1991 est dédié aux Autorités Publiques qui exercent les pouvoirs de l'État (le parlement, le président, le gouvernement, l'administration publique, l'autorité juridictionnelle). Le chapitre VI, tel que le titre l'indique, s'occupe de l'« Autorité juridictionnelle », et, dans des sections différentes, des

* Ph.D, professor at „Petru Maior” University of Tîrgu Mureș, Faculty of Economics, Law and Administrative Sciences, ROMANIA.

instances juridictionnelles, du Ministère Public et du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Dès le début, après un regard critique sur la rédaction du texte fondamental, ce qui paraît ne pas être que le péché de notre Constitution, il est à discuter si, dans ce chapitre VI, défini par son objet bien déterminé, l'« Autorité juridictionnelle », il faut retrouver aussi, l'organisation et le fonctionnement du Ministère Public (art. 131 et 132 de la Constitution) ou bien du Conseil Supérieur de la Magistrature (art. 133 et 134 de la Constitution).

La même ton interrogatif se retrouve dans la littérature juridique française car « la Constitution ne fait pas référence à l'existence d'un pouvoir juridictionnel, pas même d'un pouvoir judiciaire, elle parle seulement de l'autorité judiciaire » (Ardant & Mathieu, 2014 26e édition, 2014). Et alors, n'était-il pas mieux que ce chapitre de la Constitution de la Roumanie soit intitulé « Les autorités judiciaires » ?

Le *Ministère Public* déploie son activité judiciaire, donc non pas juridictionnelle comme un organe judiciaire sous l'autorité du ministre de la justice qui dirige un organe de spécialité de nature exécutive-administrative, le Ministère de la Justice et des Libertés des Citoyens. Dans notre opinion, aussi, le Ministère Public a une seule subordination, celle à l'égard du Ministre de la Justice (la subordination à l'égard du Conseil Supérieur de la Magistrature est sans relevance), ce qui entraîne sa nature juridique d'organe de spécialité du pouvoir exécutif (Vida, 1994) et, par conséquent, il ne peut pas faire partie des autorités juridictionnelles, et d'autant moins, il n'est pas le titulaire d'un pouvoir juridictionnel partagé (les procureurs sont amovibles, ils sont hiérarchiquement organisés et subordonnés) (Cochinescu, 1997). Le Ministère Public exerce ses attributions par les procureurs organisés dans des Parquets et sous le contrôle hiérarchique des supérieurs (conformément à l'article 325 du Nouveau Code de procédure pénale « les procureurs appartenant au parquet hiérarchiquement supérieur peuvent assumer des causes des parquets hiérarchiquement inférieurs, afin d'effectuer ou surveiller la poursuite pénale, par la disposition motivée du chef du parquet hiérarchiquement supérieur ») et sous l'autorité du ministre de la justice. Si l'on parle de la force du droit dans un État de droit et qui se reflète dans la priorité des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) par rapport aux dispositions constitutionnelles, si la Constitution de la Roumanie révisée statue cette préemption, dans les articles 11, 20, 148, on ne comprend pas pourquoi l'obligation constitutionnelle n'est pas traduite dans la réalité de la norme juridique. La Cour Constitutionnelle soutenait dès 1996 : « Il est vrai que le Ministère Public fait partie, conformément à la Constitution, de l'autorité juridictionnelle. Il représente, pourtant, une magistrature spéciale qui n'accomplit pas d'attributions de nature juridictionnelle. Dans le sens des dispositions de l'article 131 alinéa 1 de la Constitution, les procureurs déploient leur activité, sous l'autorité du Ministre de la Justice, organe essentiellement exécutif, étant, par conséquent, des agents de l'autorité exécutive. »¹ Dans ce sens la Cour Européenne des Droits de l'Homme a reconnu, dans de nombreuses décisions, la différence entre le juge et le procureur, le premier étant indépendant à l'égard de l'exécutif et des parties, le dernier étant soumis au pouvoir

¹ Curtea Constituțională a României (Cour Constitutionnelle de Roumanie), Décision nr. 73/1996, publiée dans *Monitorul Oficial* I^{ere} Partie, nr. 255 du 22 octobre 1996.

exécutif (CEDH - Décision Schiesser vs. Suisse, le 4 décembre 1979² ; Décision Niedbala vs. Pologne, le 4 juillet 2000³).

Quelques arguments pour ou contre qu'on apporte, rien ne peut éloigner l'appartenance du Ministère Public à l'exécutif (en fait, ce n'est qu'un ministère). D'ailleurs le statut des procureurs se confond, lui aussi, avec celui des fonctionnaires publics, caractérisé par légalité, stabilité, impartialité, et les rapports de service s'exercent dans le cadre de la subordination hiérarchique.⁴ Dans la plus simple logique possible, concernant la place et le rôle du Ministère Public dans le système d'organes de l'État, on déduit que sa place n'est pas au sein du pouvoir juridictionnel (Cochinescu, 1997). Le raisonnement de l'organisation hiérarchique des organes de l'État est dans une totale dégringolade démontrée par le fait que le Ministère Public est situé dans la Constitution roumaine dans le cadre de l'autorité juridictionnelle, une fois que, par définition, il appartient au pouvoir exécutif. Dans la Constitution, on n'affirme nulle part que le Ministère Public est indépendant, tout comme la justice que l'autorité juridictionnelle accomplit, que les procureurs sont indépendants, ce qui serait un non-sens une fois qu'ils sont dans la structure du ministère, hiérarchiquement subordonnés aux chefs des parquets, et respectivement, à l'autorité du Ministre de la Justice. Les procureurs sont considérés comme organes judiciaires (art. 30 du Code de Procédure Pénale) à côté des organes d'enquête pénale qui appartiennent au Ministère de l'Intérieur, et rien ne les empêche, en tant que partie du pouvoir exécutif, de représenter les intérêts généraux de la société, de défendre l'ordre de droit, les droits et les libertés des citoyens. « Le simple fait qu'ils sont des défenseurs de l'intérêt général de la société ne suffit pas pour leur conférer un statut d'organe de la magistrature » (CEDH – Décision Niedbala vs. Pologne, le 4 juillet 2000). Dans l'esprit du principe de l'« égalité des armes » si souvent véhiculé mais moins respecté, il faudrait que « l'accusation » et « la défense » soit mises sur pied d'égalité et véritablement au niveau du « parquet ». La réforme du système imposera, certainement, un changement de position concernant la place et le rôle du Ministère Public, position inerte depuis les XIII-XIV^e siècles – lorsque les procureurs étaient « les procureurs du Roi » et le procureur général se présentait comme « procureur généralement chargé des affaires du Roi ».

Dans notre opinion, le Ministère Public a la nature juridique d'un organe de spécialité exécutif-administratif et fait partie du système des organes du pouvoir exécutif.

Le *Conseil Supérieur de la Magistrature* situé dans la section de l'autorité juridictionnelle est crédité du rôle d'instance de jugement, par ses sections, pour les juges et, respectivement, pour les procureurs, dans le domaine de la responsabilité disciplinaire des juges et procureurs – article 134 alinéa 2 de la Constitution (il est vrai que le ministre de la justice, le président de la Haute Cour de Cassation et de Justice et le procureur général n'ont pas droit au vote) et, aussi, du rôle de garant de l'indépendance de la justice.

² Requête nr. 7710/76.

³ Requête nr. 27915/95.

⁴ Art. 13 de la Loi nr. 188/1999 concernant le Statut des fonctionnaires publics, republiée dans *Monitorul Oficial* (I^{er}e Partie nr. 365 du 29 mai 2007. Conformément à l'article 5 de la loi, certaines catégories de fonctionnaires publics peuvent bénéficier de statuts spéciaux : les structures de spécialité du Parlement de la Roumanie, de l'Administration Présidentielle, du Ministre de l'Intérieur, etc. Par les statuts spéciaux on peut implémenter des droits, des devoirs, des incompatibilités spécifiques, autres que ceux prévus dans la loi, les fonctions publiques spécifiques, etc.).

Par la décision du 9 janvier 2013, prononcée dans la cause Oleksandr Volkov vs. Ukraine⁵ (CEDH a conclu que la présence du Procureur Général et du Ministre de la Justice, comme membre de droit, au sein du Conseil Supérieur de la Justice de l'Ukraine (l'équivalent du Conseil Supérieur de la Magistrature en Roumanie) n'offre pas de garanties d'indépendance et d'impartialité une fois que la Cour Suprême de l'Ukraine censure les décisions de sanction disciplinaire émise par cet organisme. De même, la nomination des juges à la Haute Cour de Cassation et de Justice en Roumanie se fait sur la proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature et, donc, les mêmes juges de l'instance suprême sont appelés à censurer les décisions de sanction disciplinaire des magistrats et, de cette manière, les exigences d'impartialité et d'indépendance ne sont pas satisfaites, ceux qui décident sont subordonnés, au moins administrativement, au Président de la HCCJ (qui n'a pas droit de vote) et disciplinairement, au Conseil Supérieur de la Magistrature.

Donc, car il s'agit d'une violation des dispositions de l'article 6 alinéa 1 de la Convention Européenne, la CEDH arrive à la conclusion que le Conseil Supérieur de la Magistrature ne peut pas être considéré une instance de jugement indépendante et impartiale. Par toutes les compétences établies par la Constitution et par la loi organique⁶, le Conseil Supérieur de la Magistrature a, plutôt, la nature juridique d'une autorité administrative autonome, ce qui n'empêche pas qu'il ait, aussi, des attributions administratives-juridictionnelles-disciplinaires et de garant de l'indépendance de la justice. En respectant les prévisions de l'article 21 de la Constitution de la Roumanie, se rapportant au libre accès à la justice, les décisions de l'autorité administrative-juridictionnelle peuvent être attaquées devant la Haute Cour de Cassation et de Justice

En comparant, il est à observer, à l'article 64 de la Constitution de la France, que le garant de l'indépendance de la justice est le Président de la République, **assisté** par le Conseil Supérieur de la Magistrature (Ardant & Mathieu, 2014 26e édition, 2014).⁷ Mais en France il y a le même problème, de l'indépendance et de l'impartialité des juges, tant par la modalité de nomination des membres du Conseil, que par les compétences établies (la nomination des magistrats, l'avis conforme-avis simple, le conseil de discipline qui peut appliquer des sanctions, des avis consultatifs à la demande du Président ou du Ministre de la Justice)⁸.

D'autre part, dans cette analyse, il est à constater que, la CEDH va plus loin et examine si le Conseil d'un Barreau, qui accomplit des fonction de nature administrative, consultative et disciplinaire, peut jouer le rôle d'« instance de jugement » qui, par les membres qui le composent, se conduit, en respectant les prévisions de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, d'une manière indépendante et impartiale. « La pluralité des fonctions d'un organisme ne peut l'empêcher de fonctionner comme une „instance de jugement”, afin d'accomplir certaines de ces fonctions » (CEDH-H. vs. Belgique du 30 novembre 1987)⁹. On a considéré que, dérivé de ses responsabilités disciplinaires, le

⁵ Requête nr. 21722/11.

⁶ Loi nr. 317/2004, sur le Conseil Supérieur de la Magistrature, publié dans *Monitorul Oficial*, I^{ère} Partie, nr. 599 du 2 juillet 2004.

⁷ art. 64 alinéa 1 et 2 de la Constitution de France (1958).

⁸ *Ibidem*, pag. 481.

⁹ Décision CEDO Le-Compte Van Leuven et De Meyere vs. Belgique, du 23 juin 1981 (Requête nr. 8950 du 20 mars 1980) ; Décision CEDO Campbelle et Fell vs Royaume Uni de Grande Bretagne du 28 juin 1984).

Conseil d'un Barreau peut accomplir une fonction judiciaire, mais, peut-être, c'est trop à dire, dans un certain sens, qu'il fait partie du système judiciaire. La contribution des avocats à l'administration de la justice, les inclut-elle, dans la sphère des services publics ou bien y a-t-il le désir d'égaliser les positions occupées par le procureur, respectivement, par l'avocat non seulement au niveau du « parquet »?¹⁰

Cette démonstration vient à l'appui de la thèse qu'il y a une grande différence entre le système des « autorités juridictionnelles » et le système des « organes judiciaires », ou des « organes administratifs-judiciaires » ; et cette différence ne peut pas disparaître ni même par une réaction biochimique de « contamination » ; c'est ce qu'on essaie, par l'intermédiaire de l'acte fondamental, dans le cas du Ministère Public ou du Conseil Supérieur de la Magistrature.

En partant de cette observation, c'est une constante le fait que les éléments sûrs de l'autorité juridictionnelle ne peuvent pas être considérés que les instances juridictionnelles et les juges, et cela d'autant plus que, dans la vision de la Constitution de la Roumanie de 1991, révisée en 2003, les deux éléments deviennent partie inséparables de l'acte de justice, activité de l'autorité juridictionnelle.

Le concept d'État, de souveraineté a été bâti sur le principe de la séparation des pouvoirs, pouvoirs reconnus nécessaires afin d'assurer l'équilibre dans le fonctionnement et l'organisation de la société.¹¹ La théorie bipartite (Joseph Barthélemy, Paul Duez) ou la théorie tripartite (Léon Duguit) a offert un débat animé à cause de l'appréciation comme pouvoir de l'autorité juridictionnelle, et, à la fin, la dernière thèse a été presque unanimement, acceptée et adoptée, dans l'exercice de l'État moderne et contemporain. Si la Constitution de la Roumanie, dans le texte de 1991, ne négligeait pas de mentionner expressément ce principe de la séparation des pouvoirs, en considérant, de façon métaphorique, qu'elle « respire » *par la manière même de sa rédaction* ; la révision constitutionnelle de 2003 a apporté un éclaircissement et un certain calme doctrinaire, en statuant, dès l'article 1 alinéa 4, que « l'État est organisé conformément au principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire – au sein de la démocratie constitutionnelle ».

À partir de cette prémisse, cette fois-ci expressément déduite, on peut se demander « ces pouvoirs, sont-ils vraiment séparés ? » ou bien « jusqu'où va cette séparation ? » tout en sachant que dans un État qui se révèle unitaire et souverain, ces pouvoirs ne peuvent pas exister l'un sans l'autre.

Montesquieu a pensé que l'État, comme dans tout engrenage mis en marche, utilise ces pouvoirs, et non pas indépendants l'un de l'autre, car ils doivent « collaborer », « se soutenir » et « se contrôler » l'un l'autre, justement pour que « la croissance de l'un » ne signifie pas « la décroissance de l'autre » - telle une circonvolution autour d'un corps inerte - « *ces trois pouvoirs seront forcés d'aller de concert* »(Silvian, 1934).

¹⁰ Le Nouveau Code Pénal de Roumanie entraîne aussi l'avocat dans la sphère des infractions de service – art. 308 alinéa 1 du Code Pénal : « les infractions concernant les fonctionnaires publics s'appliquent conformément aux règles, pour les faits commis par ou en rapport avec les personnes qui exercent en permanence ou temporairement, avec ou sans rémunération une charge de toute nature au service d'une personne physique, de celles prévues à l'article 175 alinéa 2 du Code Pénal (exerce une fonction de dignité publique ou une fonction publique de toute nature) ou dans le cadre de toute personne juridique ». Et par cette disposition on a enterré le statut de profession libérale de l'avocat.

¹¹ J. Locke, Ch. de Montesquieu, J.J.Rousseau, etc.

Notre contemporain, le professeur Tudor Drăganu comparait la thèse de « la collaboration et le contrôle réciproque » avec celle du « mécanisme de freins et contrepoids » à la recherche de l'équilibre des pouvoirs, pour qu'aucun des pouvoirs ne dépasse pas l'autre (Drăganu, 1992).

Dans le contexte décrit, en recherchant l'unité de l'État et la stabilité du rôle des pouvoirs dans l'État, toute discussion liée à la place et au but de la Cour Constitutionnelle, supra-pouvoir dans notre opinion dans le scénario constitutionnel roumain, n'offre pas la possibilité de vérifier, avec des arguments scientifiques, la distribution consolidée du pouvoir dans l'État. Naturellement, l'activité de la Cour Constitutionnelle devait être le couronnement dans le cadre de l'activité de l'autorité juridictionnelle pareille à l'organisation de la justice constitutionnelle de l'État roumain de l'entre deux-guerres.

La séparation des pouvoirs dans un État signifie plutôt « la non ingérence dans les affaires intérieures » de chaque pouvoir, la solution des problèmes de l'État dans l'intérêt public ou privé, par les moyens dont on dispose, par la collaboration et le soutien réciproque pour son unité ; mais en aucun cas, il ne faut pas poursuivre la création d'une barrière artificielle, de failles incompréhensives entre les fonctions, ce qui équivaldrait à la décomposition de l'État. Voilà pourquoi, il n'est pas acceptable, non plus, d'exagérer la thèse de l'indépendance de la justice, la justice vue comme plus indépendante, séparée du pouvoir exécutif et législatif, jaillie d'une théorie bipartite de la séparation des pouvoirs, parce que l'unité de l'État est donnée par la collaboration même des trois pouvoirs dans un système basé sur la démocratie constitutionnelle. Il n'est pas moins vrai qu'en réclamant l'indépendance de la justice, celle-ci doit être soumise à la loi, uniquement, mais l'équilibre entre les pouvoirs peut être rompu n'importe quand, si le parlement reprend son rôle créateur et primordial, et par l'exercice souverain de la fonction législative, il change les règles du jeu à son gré.

L'indépendance de la justice. La différence entre la situation idéale et la situation réelle a fait que les acteurs et les managers impliqués dans l'organisation et l'administration de la justice définissent et agissent conformément aux principes qui régissent le déroulement d'un processus fondé sur l'égalité devant la loi, la présomption d'innocence, la contradictorialité et la publicité, devant une instance compétente, indépendante et impartiale, établie par la loi.¹² Conformément au Principe 1 – des Principes fondamentaux des Nations Unies concernant l'indépendance de la magistrature¹³ « l'indépendance du pouvoir juridictionnel doit être garantie par l'État et consacrée par la Constitution ou par les lois du pays. C'est le devoir de tous les gouvernements et des autres institutions de respecter l'indépendance du corps de juges ».

Le concept de justice, objet de l'organisation et du fonctionnement de l'autorité juridictionnelle, suppose deux approches, l'une institutionnelle et l'autre à la lumière de l'activité du juge ; mais les deux s'expriment, conformément à l'article 124 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie, par soumission devant la loi.

La première approche, institutionnelle ou organique, suppose la réalisation de la justice, conformément à l'article 126 alinéa 1 de la Constitution de la Roumanie, par les

¹² *Principes fondamentaux sur l'indépendance de la magistrature*, adoptés au IV^e Congrès des Nations Unies, se rapportant à la prévention des infractions et au traitement des infracteurs, Milan, 26 août-6 septembre 1985, Acte approuvé par les Résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU nr. 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

¹³ Principes de base de l'indépendance de la magistrature - l'indépendance du pouvoir judiciaire.

organes spécifiques, dont la Haute Cour de Cassation et de Justice et les autres les instances juridictionnelles établies par la loi – les Cours d'Appel, les Tribunaux et les Tribunaux de première instance. Dans ce sens le législateur constitutionnel voit dans la justice une structure, un système d'organes juridictionnels (Drăganu, 1998), chargés de cette autorité qui se constitue en un service public et, par conséquent, dans ce contexte le concept de justice n'est pas égal avec le concept de pouvoir juridictionnel.

Pour qu'une instance puisse être considérée « indépendante » dans le sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention – affirmait la Cour Européenne des Droits de l'Homme – il faut envisager premièrement : a) la manière de nomination et la durée du mandat de ses membres ; b) l'existence d'une protection contre les pressions extérieures ; c) la capacité de savoir s'il y a ou non l'apparence d'indépendances.¹⁴ Le simple fait qu'une instance est militaire ne suffit pas pour mener à l'idée de l'absence de l'indépendance.¹⁵

Le critère organique suppose l'analyse de l'autorité juridictionnelle dans l'exercice naturel de la structure des instances juridictionnelles organisées dans une hiérarchie avec des compétences différentes, ayant en tête la Haute Cour de Cassation et de Justice (article 126 alinéas 1 et 2 de la Constitution). Mais, il n'est pas moins vrai qu'il ne suffit pas que l'État déclare seulement l'indépendance du système par des Constitutions et des lois,¹⁶ il doit aussi offrir des garanties effectives, par les moyens dont il dispose, défendre ou protéger de toute ingérence, reconnaître aux instances, *in concreto*, ce statut indépendant.¹⁷

L'indépendance du système des organes juridictionnelles à l'égard des autres pouvoirs de l'État, à l'égard des justiciables, prétend certaines garanties qui assurent la « neutralité du tribunal ». (Chiriță, 2009) Donc :

1^o. La création, l'organisation et le fonctionnement des instances juridictionnelles s'accomplit, uniquement, par la loi (article 126 alinéa 1 de la Constitution, l'article 1 et 2 de la Loi nr. 304/2004 concernant l'organisation judiciaire).¹⁸ Comme les lois appartiennent aux Parlement, il est évident que son rôle dans l'organisation de la justice peut être intéressé, et le vote peut être l'expression d'une majorité passagère.

Il est interdit de créer des instances extraordinaires, de laisser l'organisation des instances à la volonté de l'exécutif. Par loi organique on peut créer des instances spécialisées en certaines matières, avec la possibilité de participer, selon le cas, des personnes qui n'appartiennent pas à la magistrature (article 126 alinéa 5 de la Constitution). Est-il indépendant un tribunal où la répartition des causes se fait d'une manière aléatoire, mais uniquement vers ces juges qui, auparavant, ont obtenu l'avis/l'autorisation d'accès aux données strictement secrètes ou bien aux secrets de service ?

¹⁴ Décision CEDO, Maszni vs Roumanie du 21.09.2006 (rêquete 59892/00 – section 1) ; dans le même sens la Cour Constitutionnelle de Roumanie, Décision nr. 435 du 26 mai 2006, publiée dans *Monitorul Oficial*, nr 576 du 4 juillet 2006.

¹⁵ Décision CEDO, Yaruz vs Turquie, du 25 mai 2000 (rêquete 29870/96).

¹⁶ *Principes fondamentaux sur l'indépendance de la justice*

¹⁷ Décision CEDO, Cooper vs Royaume Uni de Grande Bretagne, du 16 décembre 2003 ; Graves vs. Royaume Uni de Grande Bretagne, du 16 décembre 2003.

¹⁸ Art.1 du Règlement concernant l'organisation et le fonctionnement administratif de la Haute Cour de Cassation et Justice ; art. 2 aliné 1 du Règlement d'ordre interne des instances judiciaires.

La simple existence des tribunaux militaires ne mène pas automatiquement à « une procédure inéquitable et injuste » ; seul le non-respect des standards qui assurent l'équité, l'indépendance et les procédures légales correctes, crée la suspicion que l'impartialité manque. Par la *Déclaration de Caire*¹⁹ les participants ont reconnu la logique de l'indépendance de la justice devant l'intrusion du pouvoir exécutif dans les problèmes de l'autorité juridictionnelles (nomination, transfert, mandatement, promotion, révocation, gestion des affaires professionnelles des juges) et ils ont demandé l'annulation de la législation et des tribunaux exceptionnels qui contraignent les libertés et les droits de l'individu, le droit de recourir à un juge ordinaire, la limitation du pouvoir des tribunaux militaires d'instrumenter d'autres causes que celles concernant les militaires, l'interdiction des tribunaux *ad hoc*.²⁰

2°. *La structure organisationnelle et fonctionnelle est unique* (à la différence du système roumain, le système français a une organisation mixte – instances judiciaires et tribunaux administratifs) ayant comme fondement les mêmes principes du droit. Avec ce sens apparaît le texte de l'article 124 alinéa 2 de la Constitution qui déclare que « la justice est unique, impartiale et égale pour tous ». Ici, la justice a le sens de système, qui ne peut être qu'*unique*, c'est-à-dire c'est un service public constitué comme monopole de l'État et elle est *égale* pour tous ceux qui paraissent devant les instances juridictionnelles, sans distinction de race, de religion, d'ethnie, etc. (article 14 point 1 du *Pacte international concernant les droits civils et politiques*). *L'impartialité* des instances juridictionnelles est consacrée à l'article 6 paragraphe 1 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* et assure le droit de toute personne de bénéficier d'un procès équitable (dans ce sens l'article 21 alinéa 3 de la Constitution de la Roumanie). Il est fondamental qu'au sein d'une société démocratique les tribunaux inspirent de la confiance aux justiciables, qu'ils n'exercent aucune forme de contrôle sur les décisions des juges, en exigeant que chaque instance soit impartiale.²¹ L'instance de jugement accomplit les exigences d'indépendance et par cette création de la CEDH, la théorie de *l'apparence* conformément à laquelle tout observateur extérieur est autorisé de constater l'absence de neutralité, un simple doute sur l'impartialité de l'instance étant suffisant.²²

3°. *La compétence* des instances judiciaire et *la procédure de jugement* ne sont prévues que dans la loi (art. 126 alinéa 2 de la Constitution).

4°. *Le système adopté pour désigner les juges*

a) le système du tirage au sort – suppose l'élection d'un jury qui décidera de la culpabilité et le juge, de la sanction ; b) le système de l'élection des juges – suppose le vote universel et direct ; c) le système de la désignation des juges (le Gouvernement – la France, le Président – la Cour Suprême des États Unis avec l'avis du Sénat) ;

Tous ces systèmes peuvent être améliorés par recrutement, nomination faites après un examen au Conseil Supérieur de la Magistrature (Italie, Roumanie), recrutement de personnes ayant une activité professionnelle reconnue, la réglementation du statut des juges (limite d'âge pour la retraite, la durée du mandat peut être à vie, l'inamovibilité,

¹⁹ II^e Conférence Arabe de la Justice de Caire, du 24 février 2003 – Déclaration d'Indépendance de la Justice.

²⁰ Normes Minimales d'Indépendance de la Justice adoptées par International Bar Association, 1982, New Delhi, pct.21.

²¹ Décision CEDO, Steulet vs Suisse du 26 avril 2011 (requête 31351/06) ; Padovani vs Italie du 26 février 1993.

²² Décision CEDO Procola vs Luxembourg du 28 décembre 1995.

l'exclusion de l'immunité, etc.) La Cour Européenne a qualifié comme manque d'indépendance le cas où les juges étaient nommés ou révoqués par le pouvoir exécutif.²³

5°. *La publicité* des débats assure une bonne administration de la justice, la transparence de l'acte de justice, l'égalité des parties, un procès équitable oblige à l'impartialité du juge (article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme).

6°. *La contradictorialité et l'évaluation directe* dans l'administration des preuves, constituent, avec des principes rationnels et logiques dans la connaissance directe et dans l'évaluation directe, les garanties d'un procès objectif et équitable. La contradictorialité et l'évaluation directe sont des moyens et des droits processuels qui assurent l'établissement de la vérité.

7°. *La motivation* de la décision judiciaire, en fait et en droit, constitue l'expression visible et publique des standards professionnels et de l'impartialité du juge que la solution a été prononcée en toute liberté et sans aucune restriction sur la base d'un procès équitable (*res judicata pro veritate habetur*).

8°. *L'apparence d'indépendance* suppose la confiance que les instances doivent inspirer aux justiciables (CEDH, Décision Padovani vs. Italie du 21 février 1993 – paragraphe 7). Le manque d'indépendance des instances ne doit pas être prouvé, le simple doute étant suffisant.²⁴

La deuxième approche, la notion de justice a un sens matériel et concerne l'activité du juge pour « solutionner les litiges juridiques par des décisions à force de chose jugée »/ Cette signification se fonde exclusivement sur l'œuvre du juge qui, indépendant, conformément à l'article 124 alinéa 3 de la Constitution ne se soumet qu'à la loi. L'activité juridictionnelle du juge est équivalente à la manifestation du pouvoir juridictionnel, et « désigne l'activité afin de solutionner les litiges juridiques par des décisions à force de chose jugée, sur le fondement des principes de l'indépendance du juge et de la contradictorialité ». (Drăganu, 1972)

Le juge doit agir en pleine liberté de sa conscience, sans restrictions, influences, pressions, menaces, etc. Son apostolat en tant que magistrat, parce qu'il est le seul vrai magistrat, se soumet à trois exigences : l'« affection » à l'égard de l'homme, la compétence professionnelle et le courage de décider.

L'indépendance du pouvoir juridictionnel doit être garantie par l'État, consacré par la Constitution et les lois. C'est le devoir des gouvernements et des autres institutions de respecter l'indépendance du corps de juges (le principe 1 des *Principes fondamentaux de l'indépendance de la justice*).

L'indépendance personnelle des juges suppose une série de garanties :

1. *Un système correct de sélection, nomination et promotion* des juges selon des critères objectifs et selon leurs mérites, fait par un organe indépendant qui puisse éliminer l'intervention du pouvoir exécutif.

2. *Une haute compétence professionnelle* (formation continue et éducation) ; l'indépendance de la personne est liée à la plus haute qualification juridique.²⁵

²³ Décision CEDO Budnicka vs Pologne du 2 mars 2005.

²⁴ Décision CEDO Procolo vs Luxembourg du 28 septembre 1995.

²⁵ Déclaration de Beijing se rapportant aux Principes d'Indépendance de la Justice dans la région Lawasia (Association de Droit pour l'Asie et le Pacifique), 1995, pct.14 et 1.5

3. *La durée et la stabilité du mandat.* D'habitude, on envisage, dans l'idée de l'indépendance, de garantir la période d'exécution du mandat jusqu'à l'âge de la retraite, ou, au moins 10 ans, conformément au point 7 de la *Charte Européenne concernant le Statut des Juges*.²⁶ La cessation du mandat peut avoir lieu à la suite de la démission, des inaptitudes physiques constatées par l'expertise médicale, de la limite d'âge, de la fin du mandat, de la révocation à cause de la violation des normes du statut professionnel.

4. *L'immovibilité des juges* ; le juge ne peut pas être déplacé par transfert, délégation, détachement, promotion, sans son accord ; il peut être suspendu ou libéré de sa fonction dans les conditions de la loi, seulement. *Charte Européenne concernant le Statut des Juges* prévoit trois situations où son accord n'est pas nécessaire : a) quand le déplacement se fait à la suite d'une sanction disciplinaire ; b) à la suite d'une modification légale de l'organisation judiciaire ; c) le détachement temporaire, pour aider une instance voisine, pour une durée limitée par le statut. Ce critère de l'indépendance a un double effet : a) de garantie pour le juge et de liberté dans l'activité et b) de garantie pour les justiciables, qui en cas de suspicion peuvent faire appel au renvoi ou à la récusation.

5. *La sécurité financière*, le niveau adéquat de la rémunération et de la retraite, vu l'importance et les risques assumés, les interdictions imposées par la loi ; il semble naturel que la protection de la personne du juge, de son indépendance et impartialité soit à la mesure de sa mission, au-delà de toutes pressions, tentations ou influences.

6. *La protection du juge* ; on comprend la totalité des mesures prévues afin de protéger le juge et sa famille, du point de vue physique et professionnel.

Dans le contexte, toute discussion liée à l'indépendance du procureur doit être séparée de toute analogie liée à l'indépendance du juge. La curiosité du système législatif roumain fait que le Ministère Public soit situé dans le cadre de l'autorité juridictionnelle, ce qui pourrait offrir aux parquets une autonomie fonctionnelle ; mais c'est une apparence d'autonomie car les procureurs travaillent sous « le parapluie » de l'autorité du Ministre de Justice et du contrôle hiérarchique des procureurs en chef et du procureur général, ce qui crée un état de dépendance et de subordination. La meilleure preuve réside dans le fait que le procureur de séance (l'avocat général), bien qu'il soit obligé, conformément à la loi, de formuler des conclusions conformément à ses convictions et aux preuves du dossier, indépendamment de l'acte de saisine de l'instance, lorsque la solution de l'acquittement s'imposerait, ne le fait pas ou bien le fait si rarement qu'une telle requête ne représente rien statistiquement.

Conformément à la Constitution de la Roumanie (art.131 et art.132) et à la Loi nr. 304 de 2004 (art. 65) se rapportant à l'organisation judiciaire, il résulte que *l'activité des procureurs se déroule* :

- *sous le contrôle hiérarchique de la structure* dont il fait partie (art.64 de la Loi 304/2004, « les dispositions du procureur hiérarchiquement supérieur, présentées par écrit et conformément à la loi sont obligatoires pour les procureurs en subordination » ; article 4 de l'Ordre 2632/C du 30 juillet 2014 du Ministre de la Justice pour approuver le Règlement d'Ordre Intérieure des Parquets « les procureurs de chaque parquet sont subordonnés au chef du parquet » ; article 4 alinéa 8 de l'Ordre « les chefs de chaque

²⁶ Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998.

parquet est subordonné au chef du parquet hiérarchiquement supérieur de la même circonscription »)²⁷ ;

- sous l'autorité du *Ministre de la Justice*, article 69 de la Loi 304/2004 « le Ministre de la Justice, quand il trouve nécessaire, de sa propre initiative ou à la demande du Conseil Supérieur de la Magistrature exerce le contrôle sur les procureurs, par l'intermédiaire des procureurs, expressément désignés, du procureur général, du procureur en chef de la DNA ou du Ministre de la Justice » ; article 69 alinéa 3 « Le Ministre de la Justice peut demander des informations concernant l'activité des parquets et donner des conseils écrits se rapportant aux mesures qu'on doit prendre pour prévenir et combattre efficacement la criminalité » ;

- la *Cour Constitutionnelle de la Roumanie* par la décision 73 du 4 juillet 1996 a considéré que les procureurs sont et restent agents de l'autorité exécutive, une fois qu'ils déploient leur activité sous l'autorité du Ministre de la Justice, organe essentiellement exécutif²⁸ ;

- la *CEDH* par le Décision Vasilescu vs. Roumanie du 22 mai 1998²⁹, paragraphe 41 a considéré que seul le tribunal, conformément à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention est un organe qui jouit de la plénitude de juridiction et répond à une série d'exigences, l'indépendance devant l'exécutif et à l'égard des parties concernés ; la *CEDH* par la Décision Pantea vs. Roumanie du 3 juin 2003 paragraphe 238 « En Roumanie les procureurs agissant en tant que représentants du Ministère Public, subordonnés, premièrement au procureur général, ensuite au Ministre de la Justice, n'accomplissent pas la condition d'indépendance en rapport avec le pouvoir exécutif [...] l'indépendance à l'égard de l'exécutif étant incluse parmi les garanties que suppose la notion de magistrat » ; la *CEDH*- Chambre par la Décision Schiesser vs. Suisse du 4 avril 1979 (Chiriță, 2008) « ne peut pas être magistrat celui qui présente des formes de subordination devant l'exécutif ou bien celui qui peut représenter la partie accusatrice au moment du jugement » ; la *CEDH* par la Décision Niedbala vs. Pologne du 4 juin 2000 (Chiriță, 2008) « les procureurs ne peuvent pas être considérés comme magistrats indépendants devant l'exécutif et les partis, de sorte que, conformément à l'article 5 paragraphe 3 de la Convention, il est incontestable que les procureurs sont soumis au contrôle exécutif. Le simple fait qu'ils sont les défenseurs de l'intérêt général de la société ne suffit pas pour leur conférer un statut d'organe de la magistrature ».

Malgré toutes ces décisions de la Cour Constitutionnelle et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, obligatoires pour la Roumanie, soit à la lumière des articles 11, 20, 148 de la Constitution de la Roumanie, soit à la lumière de l'article 46 alinéa 1 de la Convention, la prééminence et l'obligativité de ces prévisions normatives n'ont pas encore trouvé leur place, ni par la révision de la Constitution de 2003, ni dans la Loi Organique pour qu'on puisse prendre les décisions nécessaire afin de consolider le statut des procureurs, conformément aux décisions, en tant qu'organe judiciaire au sein du système exécutif-administratif. À l'article 30 du Nouveau Code de procédure pénale, entré en vigueur le 1^{er} février 2014, le procureur est qualifié individuellement, à côté de

²⁷ Publiée dans *Monitorul Oficial*, I^{ère} Partie, nr. 623 bis, du 26. 08.2014 (*Monitorul Oficial* nr.623 bis/2014)

²⁸ Décision de la Cour Constitutionnelle nr. 96/1996, publiée dans *Monitorul Oficial*, I^{ère} Partie, nr. 251 du 17 octobre 1996.

²⁹ Publiée dans *Monitorul Oficial*, nr. 637/1999.

l'organe d'enquête pénale comme organe judiciaire, mais il est vrai, à côté, aussi du juge. La distinction entre un organe judiciaire et un organe juridictionnel n'a pas constitué, pour le législateur, fondement en vue d'approcher et de résoudre le problème qui est de plus en plus pressante, comme on l'a remarqué.

L'impartialité peut être définie, dans la littérature juridique roumaine comme la solution d'une cause par le juge selon des raisons étrangères à celles présentées devant soi (Bârsan, 2010) ou bien selon d'autres raisons que celles qui résultent des normes juridiques applicables pour la cause. Il est fondamental que les tribunaux inspirent de la confiance aux justiciables, ce qui correspondrait aux idées clamées par la Convention.³⁰ Sur ce constat, on peut apprécier que l'impartialité peut avoir, soit un *substrat subjectif* qui se rapporte à la personne et au raisonnement du juge, soit un *substrat objectif* qui cherche à s'assurer que le juge a offert assez de garanties pour exclure tout doute à l'égard de la solution qu'il va prononcer.³¹

L'impartialité d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve contraire³².

Du point de vue subjectif, il est presque naturel qu'un justiciable n'ait pas confiance dans un juge qui, antérieurement, a occupé une fonction comme magistrat procureur ou bien lorsque le mari du juge est procureur, situation où l'on apprécie qu'il ne présentera pas assez de garanties d'impartialité (CEDH Décision Piersack vs. Belgique).

Du point de vue objectif, l'impartialité peut être affectée faute de certaines garanties qui éliminent tout doute justifié à cet égard³³.

Mais quelles garanties d'impartialité peut-on avoir tant que le seul qui puisse effectuer des actes de poursuites pénales à l'égard du juge est le procureur, qui, en plus, a accès aux moyens d'écoute, d'interceptions, etc. De cette manière, aucune cause ne peut être envisagée sans suspicion ou doute que l'impartialité du juge ne présente pas de garantie. Dans ce cas, l'apparence d'impartialité ne suffit plus ; « jusqu'à présent j'ai eu peur de la mort et de Dieu, dès aujourd'hui j'ai peur du juge, aussi » a affirmé un justiciable. Par conséquent, si la confiance publique dans l'activité du juge laisse lieu au doute, l'intervention de l'État est nécessaire afin d'assurer au juge une indépendance et une incompatibilité réelle.

L'impartialité a comme unité de mesure les prévisions concernant les incompatibilités du magistrat (exemple : le magistrat ne peut déployer des activités de commerce ou gérer une société), le conflit d'intérêts, les interdictions et les incapacités de celui-ci.

La responsabilité du magistrat est civile, disciplinaire ou pénale. Le magistrat ne peut pas et ne doit pas bénéficier d'une immunité générale, mais seulement de protection contre les actions civiles intentées à son égard pour les actes et les faits entrepris de bonne foi, dans l'exercice des attributions du service public ; mais il ne peut pas bénéficier d'immunité pour responsabilité pénale (Projet de *Vade-mecum* concernant le Système Judiciaire de 2008).

Indiscutablement, le juge a sur les personnes, leurs droits et libertés un pouvoir exorbitant qui résulte de la mission qu'on lui a confiée mais qui est conditionnée par la soumission directe à la loi. S'il a voulu, s'il a accepté d'être juge, il doit accepter aussi de

³⁰ Décision CEDO Padovani vs Italie du 21 février 1993, paragraphe 27.

³¹ Décision CEDO Piersack vs Belgique du 1^{er} octobre 1982, paragraphe 30 ; Décision CEDO Grieves vs Royaume Uni, du 16 décembre 2003.

³² Décision CEDO Hauschild vs Danemark, du 24 mai 1989, paragraphe 47.

³³ Décision CEDO Dakaras vs Lituanie, du 10 octobre 2000, paragraphe 30.

répondre pour l'accomplissement, en tant que magistrat, des actes et des faits, pour sa conduite publique, car répondre signifie être responsable. S'il y a de l'indépendance, il faut y avoir aussi de la responsabilité.

Conformément à l'article 52 alinéa 3 de la Constitution de la Roumanie, l'État répond de manière patrimoniale *pour* les préjudices causés par erreurs judiciaires.

La responsabilité de l'État est établie dans les conditions de la loi et n'éloigne pas la responsabilité des magistrats qui ont exercé leur fonction de mauvaise foi ou avec une grave négligence.

Donc, lié au fonctionnement du service public de justice, il y a un double régime de la responsabilité : l'un découle de la responsabilité de l'État pour l'organisation et le fonctionnement du service, et l'autre qui se rapporte à la responsabilité personnelle du magistrat.

A. En ce qui concerne *la responsabilité de l'État*, la Constitution et la Loi Organique institue la responsabilité patrimoniale pour erreurs judiciaires, conditionnés par :

1° - les erreurs judiciaires sont établies *a priori* par les décisions judiciaires définitives et irrévocables ;

2° - l'action peut être dirigée seulement contre l'État, représenté par le Ministère des Finances Publiques, l'action directement formulée par la personne endommagée contre le juge ou le procureur étant inadmissible ;

3° - durant le jugement de l'action en dédommagement, l'État ne peut pas appeler en garantie le procureur et le juge pour l'accomplissement de l'erreur judiciaire.

B. En ce qui concerne *la responsabilité personnelle* du magistrat elle revêt les formes classiques et générales de la responsabilité.

En ce qui concerne *la responsabilité civile* :

1° L'action récursoire de l'État contre le juge ou le procureur a comme fondement la solution de l'action en dédommagement et reste à l'appréciation du Ministère des Finances Publiques (l'État peut venir avec une action en dédommagement – art. 96 alinéa 6 de la Loi nr. 303/2004).

2° Pour être obligé aux dédommagements, le juge ou le procureur doit avoir agi *de mauvaise foi ou avec une grave négligence*. Les notions de *mauvaise foi* ou une *grave négligence* ne sont pas définies par la loi, étant des concepts indéterminés ce qui fait que chaque juge est libre à user de son droit d'appréciation. Ces véritables « paragraphes en caoutchoucs » laissent ouverte « la boîte de Pandore » qui est la responsabilité des magistrats et leurs limites.

3° L'État a des actions récursoires dans le cas où il a été obligé, par les décisions de la CEDH, de payer des sommes d'argent (art. 12 O.G. nr. 94/1999).

En ce qui concerne *la responsabilité disciplinaire* :

1° La responsabilité disciplinaire suppose rendre responsable les procureurs et les juges (art. 98 de la Loi nr. 303/2004) pour faute disciplinaire ou pour des faits qui apportent préjudices au prestige de la justice.

2° Les membres de droit, le président de la Haute Cour de Cassation et de Justice, le Ministre de la Justice et le procureur général du Parquet près la HCCJ, le président et le vice-président de CSM ne peuvent pas faire partie des commissions de discipline. Toute personne concernée peut saisir la commission de discipline ou celle-ci peut se saisir d'office. Les sections de juges, et de procureurs du CSM jouent le rôle de commissions de discipline et se conduisent en instances de jugement pour solutionner. La décision de la

Commission de discipline motivée et argumentée peut être attaquée à la HCCJ – section de contentieux administratif. L'indépendance et l'impartialité de ces « instances » ont été présentées, d'une manière critique, le long de cet article.

En ce qui concerne *la responsabilité pénale* :

1° Le juge ou le procureur ne bénéficie pas d'immunité, dans ce cas, et répond comme toute autre personne, conformément à l'adage constitutionnel « personne n'est au-dessus de la loi ».

2° La compétence dans la solution des cas appartient aux Cours d'Appel (les magistrats de première instance et des tribunaux) et, respectivement la HCCJ (les magistrats des Cours d'Appel ou de la HCCJ).

Tout comme on a remarqué, le magistrat répond, mais sa responsabilité est cachée sous les « pans » de l'autorité de chose jugée. La loi interdit, au moins dans le cas de la responsabilité civile, la mise en cause directe du magistrat. C'est pourquoi, on a créé un système d'immunités, comme un mur de protection, par lequel :

- a) on assure le bon fonctionnement des instances juridictionnelles ;
- b) on garantit l'indépendance du juge ;
- c) on induit l'exercice serein et souverain du droit à l'appréciation.

La question qui se pose est de savoir quelle est la frontière entre la bonne foi, la mauvaise foi ou la grave négligence et, pourquoi pas, l'incapacité professionnelle (une erreur de jugement professionnel) et, aussi, comment définir l'erreur judiciaire et son contenu. La force d'appréciation, l'équivalent du pouvoir discrétionnaire peut-elle être recouverte par l'immunité ? La force de la chose jugée peut-elle « effacer » la mauvaise foi, la grave négligence ou bien l'incapacité professionnelle ?

EN GUISE DE CONCLUSIONS

L'indépendance de la justice (les instances juridictionnelles et les juges), l'impartialité et la responsabilité du magistrat donnent naissance à un « triangle des Bermudes » qui semble rester dans cette équation une énigme, sinon un problème qui n'a pas encore de solution.

L'indépendance de la justice est considérée le fondement de l'État de droit (the rule of law). Mais y a-t-il vraiment un État de droit, ou on en feint l'existence afin de chercher une excuse pour toute violation de la suprématie de la loi ?

L'indépendance de la justice dépend de la volonté de l'État. La réforme ne signifie autre chose que poser une réalité juridique pour la construction d'un État de droit réel.

Et pour cela les pouvoirs de l'État doivent se situer à leur place et le pouvoir exécutif doit consolider son système d'organes et inclure aussi le Ministère Public ; d'autre part le pouvoir juridictionnel doit définir ses valences par l'exercice de l'autorité juridictionnelle (les instances juridictionnelles et les juges). C'est l'unité de mesure d'un État de droit ; L'approche de cette étape de développement de l'État suppose que :

- le Ministère Public ait sa place méritée au sein du système d'organes exécutifs-administratifs (dans certains pays on a passé à un tel processus, le ministre de la justice accomplit la fonction de procureur général).
- le procureur reçoive la qualité de fonctionnaire public, avec toutes les attributions propres à une haute fonction publique ;

- le Conseil Supérieur de la Magistrature soit formé de juges, seulement ; les hautes fonctions de direction ne donnent plus la possibilité d'occuper de droit la qualité de membre du Conseil ;

- la poursuite pénale des juges soit réalisée par les juges d'instruction, élus ou nommés du sein des juges, pour une période de 3 ans, tout au plus, trois juges de chaque degré de juridiction, 12 juges, au total, la compétence d'enquête revenant selon le degré et le niveau de l'instance dont fait partie le magistrat

Tout cela, plus ou moins accompli, représente les intérêts généraux de la société.

