

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

### **GENERAL CONCEPTS OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA**

by

**Alexandr Svetlicinii\*\*\***

#### **INTRODUCTION**

The question about establishing of the liberal civilian government, which would embrace democracy and capitalism as the two main pillars of its policy, arose in Latin America within few years after the independence from Spanish Empire. There were certain challenges, which were built during colonial period and created political, economical and cultural obstacles on the way to true democracy, civil government and the rule of law in the region.

Human rights concept, born at the time of Enlightenment/Renaissance in Europe served as a catalyst to the liberal revolutions and establishing a rule of elected government, which was responsible to the people and respected their inviolable rights and freedoms.

What is the place of human rights in Latin America? Do they play any role in the politics of the region? What are the regional characteristics of that concept? The answers on these questions would help to understand the patterns of the present political, economical and social development of Latin America. The present work has a goal to provide the analysis of the certain historical circumstances, which led to the modern situation with human rights and their enforcement. One of the key points are the reasons why human rights do not have the same significance in Latin America as they have in Europe and United States. This research should produce a logical perspective on the role of human rights for Latin America in the modern age of globalization and complex interdependence.

#### **HISTORY OF LATIN AMERICA IN HUMAN RIGHTS' LENSES**

The Encounter of Latin America by the Columbus in 1495 started the process of colonization of the continent. European powers, particularly Spain and Portugal brought here their type of political governance, ideas and values, imposed new social structure on the indigenous people, and created the economic patterns, which will dominate in the region for centuries. The indigenous population from the beginning of the conquest were denied any rights and put in the inferior position to the colonizers. The economic structure set by the colonizing countries turned local population into the labor force, accessible to any needs of the European settlers. The economic systems of *encomiando*, *repartimiendo*, and a debt peonage segregated the society into *patrons* and *peons*. There was also another type of division in the society based on the race. The mix populations of the most of Latin American countries (except Argentina) experienced the stratification of societies based on the people's skin color: ruling elite of white *peninsulares* and *creoles*, and the subjugated rest: *mestizos*, *mulatos*, indigenous people

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

and blacks. All European ideas about equality, inviolable rights and self-determination at that time were applied only to the European peoples, and even existed in conservative Spain, never spread to its overseas colonies.

Due to the abovementioned facts, these ideas came to Latin America mainly from the United States. Especially, this influence was obvious after Latin American countries gained their independence from European crowns and established constitutional republics, drawing the examples of constitution, laws and political institutions from United States, which in their turn at the time promoted Monroe Doctrine, trying to limit European influence in the region. Latin America gained formal independence but its people did not receive equality or freedom, "the driving force of progress" (Llosa), as one Peruvian author wrote. Old discriminatory economic and social patterns transformed, but not disappeared. The wealth was still concentrated in the hands of landowning elites, who now "independently" exploited "lower races" on the cash crop plantations and mines. The liberal emphasis on legal equality for all citizens, originated during wars for independence and promoted by the idealists and utopists like Simon Bolivar, had disruptive implications in the still hierarchical society. Very few in the ruling elites could accept the idea of racial equality in practice. (See Chasteen p.120-124)

With the following export boom, Great Depression and following neocolonial dependency on the foreign investment, financial aid and international trade, the situation with human rights in Latin America worsened significantly. The post independence dictatorial rule of *caudillos* transformed to the government-organized terror to keep impoverished and exploited populations under control of ruling elites. The state terror characterizes politics of the 20<sup>th</sup> century in many Latin American states. Supported by the United States during the times of Platt Amendment, when USA intervened to protect its interests in the hemisphere and during Cold War when USA supported and funded anticommunist regimes, Latin American military dictatorships created the culture of fear, with no place for human rights. At the time first human rights movements appeared. Mainly consisted of the grass root groups they protested against the practices of kidnapping, assassinations, torturing and imprisonment of the political opponents, practiced by the dictatorial regimes. Thus, since the time of colonialism till the modern times, human rights were neither respected and enforced nor shared by the large sections of population, due to the specifics of the political, economic and social structure of the Latin American society.

### **REGIONAL CONCEPT ON HUMAN RIGHTS**

However, it does not necessary mean those human rights are totally absent in Latin America; the concept of human rights has here its regional interpretation. European concept suggested certain stratification of human rights by their importance from so called universal rights (right for life, happiness, nondiscrimination, health, personal safety) to the economical (fair reward, rights to strike) and political (freedom of speech, universal suffrage, etc.), which significantly differs from that of Latin American.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

For obvious reasons, in the countries, which have lived under openly dictatorial regimes, like Brazil or those in the Southern Cone and Central America, or repressive or authoritarian regimes like Mexico, Peru and Colombia, human rights activists have focused on the defense of civil and political rights.

So while it is common to present the history of human rights as one of a succession of "generations" of such rights - first the civil rights of the seventeenth century, then the political rights of the eighteenth century and later the economic and social rights of the nineteenth and twentieth centuries - the distinction is deceiving. History has frequently inverted this scheme in Latin America, as we have seen, and in some European countries like Germany, many social rights appeared before political rights. In addition, one can argue that these different "generations" of rights are in fact indivisibly linked to one another. (See Caceres et al)

Another regional specific of the human rights concept borrowed from Europe – the identification of human rights with democracy and legality. But this assumption works not in favor of the Latin American human rights record. The societies have developed a strong believe and loyalty towards the rule of law and their collective representation. The legal system is here a case of point. During the periods between numerous coups and even during authoritarian regimes, the notion of legality not only persisted but also was magnified. The example of Uruguayan military dictatorship of 1968-1972 shows how rules of due process were scrupulously respected; new criminal law was adopted, so everything, even dissidence, would fall under the provision of the law. (See Perelli et al p.212-213) This formal legitimacy creates the false sense of the safety and stability in the minds of the masses, while the demonstrations and strikes always were identified with the law violation, disorder and following violence of government reaction.

The destiny of any ideas or reforms depends on the certain scale on the individual or the group of individuals/movement, which are their main promoters and agitators. Human rights movement in Latin America has its own specifics, determined by the above-discussed stratification of human rights and the structure of society. In the scientific literature original human rights activists in the Latin America are primarily identified with the numerous grass root groups, looking for their relatives disappeared during the state led terror. There are thousands of people with little formal education, no political experience, who have participated in a wide range of struggles to move their countries towards peace, equality and democracy. (See *Hear my Testimony* p. 1-4) The names of Rigoberta Menchu, Maria Teresa Tula, and CO-MADRES are world recognized. Unfortunately, very often these groups have no clear program behind their goals. Are these people really able to lead the country to democracy and suggest their own efficient strategy for development? This question remains open for discussion, but those capable, those, who possess the knowledge and recourses; the present leadership of Latin America does not see human rights as a priority in the states' economic development.

### **HUMAN RIGHTS' TODAY AND FUTURE IN LATIN AMERICA**

There is no doubt that recently, thank to the international political environment and attention, human rights' situation in the region improved in the certain way. Furthermore, all the countries of South and

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Central America have signed the International Treaty on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, the most important international human rights documents dealing with civil and political rights. "Although it would be an exaggeration to state that the UN Committee on Human Rights, the UN High Commissioner for Human Rights, the Inter-American Human Rights Court and the Inter-American Commission of Human Rights have forced the hemisphere's governments to end systematic violations of human rights," notes George Vickers, director of the Washington Office on Latin America (WOLA), "these multilateral and regional institutions have played an important role in drawing international attention and criticism to denounce such violations. (See Basombrio)

But even with elections and peaceful transfer of power, elected officials cannot exercise their authority on the insurgent/*guerilla* movements, criminal syndicates (Colombia), who by their activity provoke government to the similar response actions. As it happened in El Salvador, elected officials, powerless, as they have been to end military murder and intimidation, have demonstrated no greater ability to undercut the *guerillas* by addressing the grossly unequal economic and political relations that are the root cause of the war. (See El Salvador's ...p.138-139)

Even today, democratically elected governments still often rely on the military force, this old political pattern of the Latin America, being unable to resolve economic problems, which usually are the cause of the discrimination and inequality. (See Simonson, p.56-64) Many governments in the region very excessively use the state of emergency, prescribed in the international conventions on human rights, as an excuse of human rights violation. Thus, the Fujimori government of Peru has used emergency procedures in an original fashion. When imposing economic shock measures in August 1990, for example, the government applied the state of emergency to Lima and ten other important cities. The lines between peace and war, between civilian control and military authority, have become steadily harder to draw, when Latin American regimes try to emulate formal human rights enforcement. (See Peru under... p.76-77) All these examples prove that human rights are still not the culture or mindset element in Latin America, even despite international attention and local human rights movements' activities, human rights still occupy the marginal place in the states' priorities' list, comparing to the issues of underdevelopment and foreign debt.

For the purpose of summarizing, basically, all suggestions about the eliminating the racial discrimination and create the respect to human rights by the state include: improvement of academic research and sharing the information on the topic, adopting of antiracial law and "affirmative action" type of policy, providing of social welfare programs for most impoverished levels of society (black and indigenous population). (See Hasenbalg, p.172-173) But in order to implement these measures, governments of Latin America should therefore recognize that racism and discrimination exists, and more important be able to provide the economic bases for the above mentioned regulations, what is obviously missing in Latin America, where significant part of the national income (up to 40%) goes on the debt interest payments.

# Eastern European Human Rights Law Journal

## Volume 2, Issue 1 (January 2005)

### CONCLUSION

The future of the human rights in Latin America looks very unclear today. Definitely, there are certain obstacles, which have very deep historical roots, continued to be followed even in today's conditions.

The cultural factors are very important. As for example the democracy has an ill fit for the Muslim culture of Middle East, may be human rights are not for Latin Americans, who lack the confidence in their ability to control their environment and their own affairs. Without the believe in human interaction, with the hierarchical patron-client relations and servility there is little hope for equality and human rights for everybody. (See Toth p.19)

The economic factor is another key point. Without sufficient economic base the government will be unable to provide socioeconomic rights for its citizens. Moreover, being unable resolve the problem of underdevelopment, poverty, unemployment, with the constant fear of civil unrest, Latin American governments won't ever dare to assure true enforcement of all political rights, prescribed in the UN Declaration of Human Rights of 1948. These goals do not seem to be achieved in the short-term timetable. More likely, Latin America would continue its path through the centralized government regulated democracy, while the human rights movements would work within the system, allying with unions, and other interest groups to achieve their goals without separating themselves as classic "human rights movements" (Cleary, 1994) There is no doubt that basic human rights should be respected everywhere, but we should approach Latin American situation with its special regional standards.

### BIBLIOGRAPHY

#### \*\*\* On exchange at California State University Bakersfield.

- \* Basombrio, Carlos *Looking Ahead: New Challenges for Human Rights Advocacy* NACLA Report on the Americas Jul/Aug 2000, Vol.34, Issue 1
- \* Caceres, Eduardo, Mark, Jason *Building a Culture of Rights* NACLA Report on the Americas, Jul/Aug 2000, Vol.34, Issue 1
- \* Chasteen, John Charles *Born in Blood and Fire: A Concise History of Latin America*, Norton, New York, 2001
- \* Cleary, Edward L. *Struggling for Human Rights in Latin America*, America, 11/5/94, Vol. 171, Issue 14
- \* *El Salvador's Decade of Terror: Human Rights since the Assassination of Archbishop Romero*, Americas Watch, Yale University Press, New Haven and London, 1991
- \* *Hear my Testimony: Maria Teresa Tula, Human Rights Activist of El Salvador*, translated and edited by Lynn Stephen, South End Press, Boston, 1994
- \* Hasenbalg, Carlos *Racial Inequalities in Brazil and Throughout Latin America: Timid Responses to Disguised Racism (Constructing Democracy: Human Rights, Citizenship and Society in Latin America* edited by Elizabeth Jelin and Eric Hershberg), Westview Press, Oxford, 1996
- \* Llosa, Mario Vargas, *Cherish Liberty* Vital Speeches of the Day, 10/01/92 Vol. 59 Issue 94, p. 755

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

\* Perelli, Carina *Youth, Politics and Dictatorship in Uruguay (Fear at the Edge: State Terror and Resistance in Latin America)* edited by Juan E. Corrade), University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Oxford, 1992

\* *Peru under Fire: Human Rights since Return to Democracy*, Americas Watch, Yale University Press, New Haven and London, 1992

\* Simonson, William N. *Militarism as an Obstacle to Human Rights (Human Rights and the Liberation of Man in the Americas)* edited by Louis M. Colonnese), University of Notre Dame Press, Notre Dame, London, 1970)

\* Toth, Csanad *Obstacles to the Realization of Human Rights in the Americas (Human Rights and the Liberation of Man in the Americas)* edited by Louis M. Colonnese), University of Notre Dame Press, Notre Dame, London, 1970)

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

### **L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES, PRINCIPE FONDAMENTAL DU MODÈLE UNIVERSEL DE PROCÈS ÉQUITABLE**

par

**Anamaria Bucureanu<sup>1</sup>**

#### **PROBLÉMATIQUE ET PLAN.**

Le processus de l'intégration de la société humaine dans un système commun des valeurs<sup>2</sup>, la globalisation, le phénomène le plus important, le plus médiatisé et le plus controversé de la vie internationale et nationale contemporaine, vise, en différents degrés d'intensité, tous les aspects essentiels de celle-ci: l'économique, le politique et le social –culturel.

La globalisation concerne de plus en plus la promotion de la démocratie et des droits de l'homme. Au-delà de sa composante matérielle, la globalisation suppose également une composante morale, évidente dans tous les domaines et notamment en droit, le domaine, par excellence, de la manifestation des valeurs morales (la vérité, la justice, l'équité, la vertu, etc).

Expression, dans un domaine spécifique d'activité, celui de la justice, d'un processus historique d'ampleur, la mondialisation a déterminé la création d'un droit commun des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les droits de l'homme, *universalisés*, ont attiré dans leur sphère, la procédure qui doit être suivie devant les autorités juridictionnelles, de la perspective du caractère équitable que celle-ci est contrainte à revêtir. Ainsi, au niveau de la doctrine<sup>3</sup>, de la jurisprudence<sup>4</sup> et même, des législations nationales<sup>5</sup>, on invoque le modèle universel de procès équitable, la plus importante garantie de la protection des droits de l'homme.

L'aspiration vers l'universel en droit est l'expression contemporaine d'une tradition ancestrale, celle du droit naturel<sup>6</sup>, qui a conduit à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme<sup>7</sup>, la source primaire du droit processuel de protection des droits de l'homme et des libertés publiques.

La mondialisation en droit s'accompagne du phénomène de la *modélisation* du procès, qui rend obligatoire un certain système des exigences et des garanties processuelles pour la bonne administration de la justice, ayant comme but la protection effective et concrète des droits de l'homme.

On étudiera dans cet article, un des principes fondamentaux du procès équitable, l'indépendance des autorités qui tranchent le litige, tel que celle-ci s'est contournée dans le droit européen et dans le droit roumain.

Le modèle universel de procès équitable résulte de Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>8</sup>, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme<sup>9</sup> et du droit communautaire européen. A côté de ces sources juridiques, un rôle décisif dans l'élaboration et le développement du modèle est revenu à la jurisprudence des organismes constitués par les traités internationaux

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

présentés et chargés à sanctionner leur respect : le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Justice des Communautés Européennes.

La vocation universelle de ce modèle de procès équitable se justifie par l'origine commune de ces trois instruments de droit international (la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme), par l'inspiration universaliste de ceux-ci (retrouvée dans la Déclaration américaine des droits de l'homme<sup>10</sup>, la Convention américaine des droits de l'homme<sup>11</sup>, la Charte africaine des droits de l'homme<sup>12</sup>) et par l'impact considérable que la notion de procès équitable ait dans les Etats signataires de ces traités internationaux.

L'Etat de droit, architecture politique ayant comme but la liberté individuelle, tend, par sa nature, à assurer la réalisation de la justice dans la société. Cet objectif s'accomplit par l'intermédiaire des institutions spécialisées dans le règlement des aspects sociaux litigieux et se concrète par la prononciation d'une décision, accompagnée des effets qui rétablissent la normalité juridique.

Les justiciables ont le droit à être jugés d'une manière égale, devant les mêmes juridictions, conformément aux mêmes normes processuelles. La réalisation de la justice suppose, nécessairement et préalablement, l'accès au tribunal, dans l'acception autonome que la Cour EDO a donnée à cette structure. Même si des limitations du droit d'accès sont possibles, le droit doit garder sa substance et son caractère effectif.

Le modèle universel de procès équitable impose deux catégories de garanties : les garanties relatives au tribunal qui tranche le litige (l'indépendance, l'impartialité, la légalité et l'aptitude à trancher) et des garanties relatives à la procédure (l'équité, la publicité et la célérité).

Cette division reste classique dans la littérature de spécialité<sup>13</sup>. Elle s'inspire des sources juridiques et présente les avantages d'une bonne structuration de l'analyse et d'une bonne systématisation des résultats.

Après la prise du pouvoir, le régime communiste a rompu d'une manière brutale, la tradition de plus d'un siècle de la justice roumaine moderne et a imposé le modèle soviétique. La séparation des pouvoirs a été pratiquement écartée et les facteurs politiques, représentés par le parti unique, se sont appropriés la prérogative exclusive de la décision judiciaire.

Après la chute du communisme (1989), dans les conditions difficiles de la transition, on a enregistré un processus soutenu de la réforme en justice, pour l'orienter vers les standards européens.

Les pressions politiques, l'absence d'un système adéquat, professionnellement et moralement, de sélection des magistrats, les fonds monétaires insuffisamment alloués, le niveau bas de vivre, aussi que la faible mobilisation de la société civile, ont favoriser le manque de l'indépendance des juges et la corruption en justice.

D'une façon systématique, les autorités européennes<sup>14</sup> ont reproché à la Roumanie, les manques dans le fonctionnement de la justice. De même, les enquêtes des organisations non – gouvernementales<sup>15</sup> ont signalé la confiance réduite de l'opinion publique roumaine en justice,



# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

déterminée principalement par la dépendance des juges et les immixtions politiques dans l'activité juridictionnelle.

Dans un rapport de 2002<sup>16</sup>, les experts de l'Institut pour une Société Ouverte ont catalogué la justice roumaine comme *un système centralisé et hiérarchique qui décourage le développement de l'indépendance et du professionnalisme des juges*.

Dans les dernières deux années, la révision de la Constitution (septembre 2003), du Code de procédure pénale (juin 2004) et l'adoption de nouvelles lois pour le statut des magistrats et l'organisation judiciaire (juin 2004) ont consolidé significativement l'indépendance réelle et effective des juges.

Malgré cela, les immixtions politiques se sont intensifiées en 2003 et la Justice est considérée un risque majeur pour l'intégration européenne de 2007. L'Union Européenne a établi, pour les chapitres Justice et Concurrence, une clause de sauvegarde très sévère et sans précédent pour un pays candidat, qui peut retarder l'adhésion de la Roumanie pour 2008.

Cette étude propose une présentation correcte et complète de ce que l'indépendance des juges suppose, ayant comme repères les standards européens du procès équitable. A la fois, elle suit l'identification des manques du système roumain, de leurs causes et des possibles remèdes. Les conclusions contiendront des solutions pour la consolidation de l'indépendance en général, comme garantie primordiale du respect des droits de l'homme. Le débat restera, sans doute, ouvert.

L'indépendance du tribunal s'inscrit, à côté de l'impartialité, de la légalité et de l'aptitude à trancher, dans la catégorie des exigences européennes et nationales relatives à la bonne administration de la justice, plus précisément relatives au caractère adéquat du tribunal.

Dans un sens large<sup>17</sup>, l'indépendance du tribunal se définit par rapport aux autres pouvoirs dans l'Etat, par rapport aux groupes de pression, politiques, économiques ou sociaux, par rapport au media, aux experts et aux parties impliquées dans le procès, aussi que par rapport aux autres possibles centres d'influence de l'extérieur ou de l'intérieur du pouvoir juridictionnel.

Certains auteurs<sup>18</sup> élargissent cette sphère aux conceptions politiques, aux tendances idéologiques et aux courants philosophiques, vis-à-vis desquels le juge doit garder son indépendance et son impartialité. Ces deux notions ne se confondent pas, même si une zone significative d'interférence existe entre elles.

Dans son contenu, l'indépendance suppose la liberté de décision des juges en ce qui concerne le règlement des litiges de leur compétence. Ceux-ci doivent se soumettre seulement à la loi et à leur conscience, sans aucune immixtion de l'extérieur ou de l'intérieur du système juridictionnel. Le juge reste souverain quant à l'adoption d'une décision, il ne reçoit pas des ordres et aucun ne peut l'obliger à prendre une certaine décision.

Pour traiter la problématique de l'indépendance du tribunal, on divisera la démarche en trois sections. Celles ci visent :

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

- les fondements métajuridiques qui consacrent le principe ;
- le contenu organique et fonctionnel du principe ;
- les garanties légales du respect du principe.

Ce plan a l'avantage d'offrir une image assez complexe sur ce que l'indépendance signifie et génère et sur les modalités concrètes de son implémentation dans l'activité juridictionnelle.

L'indépendance des tribunaux est une coordonnée fondamentale d'un procès équitable et d'un Etat de droit. Elle assure l'autonomie de la fonction juridictionnelle et des autorités qui l'exercite, par rapport aux autres fonctions et autorités étatiques. La force des tribunaux est décisivement déterminée par leur indépendance. L'exercice de la justice reste l'exercice de la liberté.

### **SECTION 1. LES SOURCES MÉTAJURIDIQUES DU PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES**

Les fondements de l'indépendance de la fonction juridictionnelle sont primordialement déterminés par la séparation des pouvoirs dans l'Etat, principe de philosophie politique d'inspiration illuministe et libérale. Celle-ci représente la théorie sur laquelle les Etats modernes, démocratiques, ont été bâtis, ayant la liberté individuelle comme finalité.

L'essence de la conception, systématisée par Charles Montesquieu (1689-1755), son représentant le plus connu, interdit le cumul des pouvoirs et envisage un partage stricte de leur exercice entre les autorités publiques, afin que les abus de pouvoir, tellement nocifs à la liberté de l'être humain, soient évités. *La solution proposée fait référence à l'attribution de chacun pouvoir à un organe ou à un système d'organes distinct et indépendant, (...) chaque organe doit rester cantonné entre les limites de ses fonctions ; ainsi le pouvoir arrête le pouvoir.<sup>19</sup> La liberté politique- montre Montesquieu- se trouve que dans les gouvernements modérés. Elle existe à la seule condition de ne pas abuser de pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle que toute personne qui détient le pouvoir est tentée d'en abuser ; elle va jusqu'ou trouve des limites .Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut, par l'ordre des choses, que le pouvoir arrête le pouvoir.<sup>20</sup>*

Les conséquences pratiques de cette théorie empêchent le législateur d'adapter les lois aux situations d'espèce, l'exécutif de les modifier conformément à ses intérêts et le juge de créer le droit.

Le principe de la séparation des pouvoirs a évolué de la manière rigide dans laquelle il a été conçu dans le XVIII-ème siècle, vers un mécanisme beaucoup plus flexible, adapté aux réalités actuelles. A notre époque, *les organes ont des fonctions plurivalentes et il y a de nombreuses zones communes d'activités.*<sup>21</sup>

La classification a été réalisée pendant la période illuministe, par rapport seulement à la loi (qui la fait : le législateur ; qui l'exécute : l'exécutif ; et qui l'applique : le juge, *la bouche de la loi*). L'Etat

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

déploie à présent beaucoup d'autres activités. Les pouvoirs étatiques, ou plus correctement, les fonctions étatiques provenant du pouvoir du peuple, l'unique, ne peuvent pas être compris en opposition et parfaitement séparés, parce que une telle conception paralyserait l'activité de l'Etat.

En deuxième lieu, seulement une interdépendance des pouvoirs permet un véritable contrôle réciproque. Sous l'influence de l'évolution historique, le principe qui a mis les assises de la modernité politique, se présente dans le XXI-ème siècle, comme *le principe de la séparation des pouvoirs, de l'égalité, de la coopération et de leur contrôle réciproque*<sup>22</sup>.

Des recherches actuelles de droit public<sup>23</sup> illustrent un nouveau sens de la séparation entre l'Etat et la société civile, la justice ayant une position centrale et assurant l'équilibre de ces pôles.

Au-delà de ces remarques, la séparation des pouvoirs dans l'Etat, qui fonde aujourd'hui l'indépendance des tribunaux a contribué essentiellement à l'augmentation des libertés individuelles.

La séparation des pouvoirs dans l'Etat interdit au législatif d'intervenir dans le contentieux juridictionnel. L'interdiction reste valable pour l'exécutif également. Cela représente le sens pur et strict de l'indépendance des autorités juridictionnelles.

L'internationalisation de la justice<sup>24</sup>, par l'intégration accentuée des Etats dans des structures régionales ou mondiales et par la création d'une société civile internationale, la politisation de la justice accompagnée par la juridisation du politique<sup>25</sup>, influencent radicalement le statut des juges et la position du pouvoir juridictionnel. Par l'interprétation du droit, par la jurisprudence, le juge concourt à la création du droit, devenant un pouvoir métajuridique<sup>26</sup> et un facteur d'équilibre décisif entre l'Etat et la société civile.

## **SECTION 2. LE CONTENU DU PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES**

### **Préliminaires**

La division du contenu de l'indépendance des tribunaux, conformément à laquelle on distingue l'indépendance organique de l'indépendance fonctionnelle, ne doit pas être considérée d'une manière rigide, notamment parce qu'elle n'est pas parfaitement nette. Au niveau de la jurisprudence de la CEDH, les critères organiques et fonctionnels se mêlent.

Cependant, la distinction organique - fonctionnelle a été principalement opérée à partir de l'interprétation que la CEDH a donnée à l'art 6-1 de la Convention. L'aspect organique fait référence au statut légal qui organise l'indépendance du juge et duquel celui-ci doit bénéficier. L'aspect juridictionnel relève la protection du pouvoir juridictionnel vis-à-vis des possibles immixtions du pouvoir exécutif et législatif.

Avant de commencer l'analyse du contenu de l'indépendance, on s'exprime l'opinion que celle-ci repose, en premier lieu, sur les qualités personnelles des juges. Une préparation professionnelle

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

adéquate, l'aptitude intellectuelle et la force de caractère de se maintenir indépendant vis-à-vis de divers intérêts, des conceptions politiques, des tendances idéologiques ou des courants philosophiques sont essentiels pour un bon juge.

Les pressions du milieu politique et social rendent difficile l'indépendance juridictionnelle, de toute façon, approximative. En conséquence, la protection organique et fonctionnelle institutionnalisée de celle-ci, reste absolument nécessaire.

### **Sous-section 1. Le contenu organique**

Le contenu organique de l'indépendance des tribunaux concerne les sources juridiques, constitutionnelles et organiques, qui réglementent le statut et l'activité du pouvoir juridictionnel et qui doivent garantir l'indépendance. Le pouvoir législatif est tenu d'une obligation positive d'instituer un statut légal d'indépendance de la fonction juridictionnelle, des autorités juridictionnelles et des personnes qui tranchent les litiges.

La proclamation de l'indépendance des tribunaux comme principe fondamental de l'organisation judiciaire ne suffit pour qualifier la justice d'un Etat, libre et autonome. Pour analyser si une indépendance réelle est garantie aux juges, la CEDH<sup>27</sup> a systématisé des critères concrets qui structurent l'indépendance organique.

Le mode de désignation des juges, la durée de leur mandat, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et l'apparence d'indépendance sont les aspects le plus souvent pris en considération pour la recherche de l'indépendance juridictionnelle.

On analysera les critères suivant la manière dans laquelle ceux-ci ont été développés par la CourEDH et leur implémentation en droit roumain. *Toute législation doit manifester une préoccupation majeure pour la désignation des juges, qui doivent répondre aux exigences techniques (préparation professionnelle, expérience, une bonne connaissance des gens, etc.) et morales, pour exercer indépendamment et impartialement leur fonction. Toute société a l'intérêt de bénéficier d'une bonne justice. Les méthodes appliquées pour la sélection des juges diffèrent en fonction des conceptions politiques qui existent dans une société donnée, du niveau des libertés politiques et de la tradition.*<sup>28</sup>

Dans le droit comparé, on peut distinguer trois systèmes principaux de sélection des juges :

- la cooptation de nouveaux juges par le corps des magistrats même, sans l'intervention des autres pouvoirs ;
- l'élection des juges par le peuple, par certaines catégories des citoyens ou par le Parlement ;
- la nomination des juges par l'exécutif ou par un organe collégial non-gouvernemental.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Chacun de ces systèmes présente des avantages et des désavantages propres. L'élection des juges les a offert légitimité démocratique mais, en politisant la justice, rend l'indépendance des magistrats très difficile.

Le maintien de la décision de la désignation des juges dans le cadre du pouvoir judiciaire, risque de transformer le milieu judiciaire dans un milieu clos et difficilement accessible. Ce système vient en contradiction avec la séparation souple des pouvoirs, avec l'interdépendance et leur contrôle réciproque. Au-delà de ces inconvénients, celui-ci offre à la justice la plus grande indépendance, puisqu'il élimine toute intervention législative ou exécutive dans la nomination des magistrats.

La nomination des juges par un organe extérieur au pouvoir judiciaire diminue l'indépendance de celui-ci. Les désavantages se compensent dans presque tous les systèmes, par les exigences professionnelles et morales demandées au futur magistrat.

La promotion hiérarchique est aussi prise en considération à l'occasion de l'analyse du mode de désigner des juges. La manière dans laquelle celle-ci se réalise, et plus particulièrement, l'autorité qui décide la promotion, influencent significativement l'indépendance et l'impartialité.

Certains systèmes<sup>29</sup> ne connaissent pas cette institution, afin de prévenir ses effets négatifs pour l'autonomie des juges. Dans d'autres systèmes, la promotion dépend de l'exécutif, situation critiquable et atténuée par les exigences de professionnalisme, d'ancienneté ou par l'intervention d'un organe indépendant de l'exécutif<sup>30</sup>.

A notre avis, la promotion des magistrats reste nécessaire en raison du spécifique du système (le double degré de juridiction, les voies de recours, etc.), mais également pour reconnaître le mérite professionnel et la réputation personnelle.

La promotion doit se réaliser d'une façon essentiellement objective. Il est préférable que la décision reste au cadre du pouvoir judiciaire ou, le moins, son rôle soit décisif. On partage la même opinion pour la désignation des juges.

De toute façon, il faut que la décision ne soit pas laissée à la discrétion de l'exécutif ou de législatif, mais, par contre, de réduire le plus possible leur influence.

Dans le système roumain, les juges sont proposés pour la nomination, à la suite de l'accomplissement des exigences de compétence professionnelle et morale, par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Cette proposition est présentée au Président de l'Etat. La variante choisie crée une brèche d'immixtion de l'exécutif, car la décision de la nomination appartient au Président, pas au Conseil, mais également du législatif, par la manière de la formation du Conseil Supérieure de la Magistrature. La stipulation ferme de certains critères objectifs, concentrés autour des qualités et de la personnalité du magistrat, devient le contrepois des éventuels essais d'amoindrir son indépendance, soit par la désignation, soit par la promotion.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

La CEDH prend en compte, à cote du mode de la désignation des magistrats, la durée de leur mandat pour apprécier l'indépendance réelle. La longueur, la persistance temporelle de celle-ci, sa distanciation de l'alternance au pouvoir, contribuent à la consolidation de l'indépendance.

Dans le droit roumain, l'élaboration des magistrats de leurs fonctions est déterminée, comme règle générale, par un critère objectif: l'âge de retraite. Des autres cas de cesse de leur fonction sont expressément et limitativement prévus par la loi, étant générés par des éléments objectifs ou par la conduite coupable du magistrat.

Une exigence particulièrement importante de l'indépendance effective concerne les garanties offertes aux juges, dans ce sens, par les lois en vigueur. Ce troisième critère influence plutôt l'indépendance fonctionnelle, faisant l'objectif d'une analyse plus ample à ce privilège.

Quand même, de la perspective de l'analyse présente et dans l'esprit de la CEDH, il est important de souligner des interdictions telles que :

-la nomination, en qualité de membre d'un tribunal, possédant un rôle important, d'une personne subordonnée à l'exécutif (l'interdiction est renforcée si cette personne avait saisi préalablement le tribunal et représente les intérêts de l'exécutif)<sup>31</sup>;

-l'obligation d'un tribunal de solliciter à une autorité extérieure, l'interprétation d'un texte, interprétation obligatoire pour le tribunal<sup>32</sup>;

-la possibilité de la remise en discussion du pouvoir juridictionnel d'une autorité qui s'y inscrit, dans le détriment d'une partie<sup>33</sup>, etc.

L'inamovibilité du juge, principe consacré par la CEDH<sup>34</sup> et garanti également par le droit roumain, signifie que celui-ci ne peut pas être révoqué ou déplacé de la fonction dans laquelle il a été installé, qu'à la suite d'une procédure disciplinaire, dans des situations exceptionnelles en premier cas, ou avec son accord en deuxième cas.

L'inamovibilité représente la principale garantie de l'indépendance réelle des juges, cette composante essentielle de leur statut étant reprise à l'occasion de la présentation des principales garanties de l'indépendance.

Les institutions des incompatibilités et des interdictions<sup>35</sup> assurent également l'indépendance organique. Par l'intermédiaire des normes qui forment ces institutions, on réalise l'autonomie des magistrats par rapport aux activités économiques, politiques ou juridiques de commentaire publique des décisions prises ou strictement réservées aux avocats.

Les dispositions légales propres au déroulement de l'activité juridictionnelle sont protégées par l'institution de la responsabilité des magistrats<sup>36</sup>. Les juges répondent disciplinairement pour les faits qui portent atteintes aux devoirs professionnels et déontologiques, ou affectent le prestige de la justice. Les faits qui attirent la responsabilité disciplinaire sont limitativement prévus par la loi, aussi que les sanctions appliquées et la procédure suivie.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Pour les préjudices causés par les erreurs judiciaires (déterminées par la mauvaise foi ou la négligence du magistrat), l'Etat roumain répond pécuniairement dans les conditions légales. La responsabilité des magistrats peut être déclanchée en subsidiaire.

On peut faire quelques observations sur cet état de choses. La loi relative au statut des magistrats fait référence aux dispositions du Code de procédure pénale relatives aux erreurs judiciaires commises au cours du procès pénale. A notre avis, il reste discutable le fait que seulement la personne qui a été définitivement condamnée ait le droit à la réparation du préjudice. Des erreurs commises en premier degré de juridiction, peuvent être, ainsi, couvertes.

En deuxième lieu, les cas où l'Etat, en principal et les magistrats, en subsidiaire, doivent répondre juridiquement, sont extrêmement limités et couvrent beaucoup d'autres irrégularités assez graves. On peut interpréter ces prévoyances comme une forme de protection des juges, mais, à notre sens, cela ne doit pas se réaliser au prix de l'irresponsabilité professionnelle ou morale de ceux-ci et, en sacrifiant les droits individuels. La prescriptibilité de l'action en responsabilité dans une année est aussi critiquable. Il serait préférable d'établir, sinon l'imprescriptibilité de l'action, un délai significativement plus long.

Au-delà de la matière pénale, des autres manques de la loi envisagent l'absence d'une définition complexe des erreurs judiciaires (bénéfique pour la protection des droits subjectifs) et de l'obligation des autorités habilitées à faire répondre juridiquement les magistrats coupables. La législation roumaine prévoit seulement la possibilité de ces autorités et ne l'oblige sous aucune forme.

La matière de la responsabilité civile des magistrats présente également des dispositions justifiées de protection : le caractère subsidiaire de la responsabilité, même intégral, le déclenchement de la responsabilité seulement après avoir obtenu une décision définitive qui établit la responsabilité disciplinaire ou pénale du magistrat pour un fait commis au cours du procès, de nature à engendrer une erreur judiciaire.

Les saisines, dont l'exercice est ouvert à toutes les personnes, concernant l'activité ou la conduite inadéquate d'un certain magistrat, adressées, directement ou indirectement, au Conseil Supérieur de la Magistrature, ne remis pas en discussion les solutions prononcées, soumises seulement aux voies de recours.

Un quatrième critère de l'appréciation de l'indépendance organique des juges relève l'apparence d'indépendance<sup>37</sup>. On rencontre ici une transposition de l'adage anglais: *justice must not only be done, it must also be seen to be done*. L'adage concerne à la fois l'indépendance et l'impartialité du tribunal et suit la consolidation, au niveau de la conscience collective, de l'idée et de la valeur d'une justice réelle et effective. Autrement dit, indépendante et impartiale. Les possibles doutes des parties ou des justiciables en général, doivent être, le plus possible, réduites.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Malheureusement, la confiance de l'opinion publique roumaine vis-à-vis de l'indépendance juridictionnelle, reste réduite. Les scandales de corruption et les pressions politiques ont altéré fortement l'image du juge roumain.

On a soutenu<sup>38</sup> la nécessité d'une autonomie financière de la justice. L'autonomie réelle suppose des structures fonctionnelles et des organes propres de gestion et d'administration, mais également un budget propre.

Les quatre critères qu'on vient de présenter (la désignation des juges, la durée de leur mandat, les garanties de leur indépendance et l'apparence d'indépendance) ne doivent pas être considérés d'une façon isolée et parfaitement séparés entre eux. Ceux-ci forment un véritable système, se complètent réciproquement et contribuent d'une manière plus ou moins importante à l'indépendance des magistrats.

Par exemple, le fait que les membres d'un organe juridictionnel sont nommés par l'administration, ne suffit pas pour en douter l'indépendance et l'impartialité. Habituellement, dans ces situations on vérifie les autres critères : la liberté de la décision, l'inamovibilité, la durée du mandat, le doute légitime et l'indépendance de la structure, etc.

La brièveté du mandat n'est pas, à priori, de nature à faire douter l'indépendance des juges, mais, dans ces cas, on analyse obligatoirement les autres critères prévus, notamment l'inamovibilité.

On considère quand même, que la présence des garanties légales de protection contre les pressions extérieures, est absolument nécessaire. La clef de voûte de ces garanties reste l'inamovibilité. La même considération est valable pour l'apparence d'indépendance.

Etant données les pressions du milieu politique et social, l'indépendance des magistrats reste relative et difficile. Il est nécessaire, en conséquence, de l'institutionnaliser, de la protéger. Cet objectif se réalise par le statut légal qui organise l'indépendance des juges, ou, autrement dit, par l'indépendance organique.

### **Sous-section 2. Le contenu fonctionnel**

L'indépendance fonctionnelle suppose que ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir législatif ait la possibilité légale d'intervenir dans le mécanisme du pouvoir juridictionnel. L'interdiction vise les pressions, les influences ou les injonctions auprès des juges, afin d'obtenir un règlement favorable des litiges.

Si l'indépendance organique se cantonne au niveau du pouvoir juridictionnel que, par l'intermédiaire des différents instruments, la protège des immixtions extérieures, l'indépendance fonctionnelle concerne plutôt la réalité extérieure au pouvoir juridictionnel et ses relations avec les autres pouvoirs dans l'Etat.



# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

L'autonomie des tribunaux ne peut être assurée seulement par l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats. Une délimitation rigoureuse des attributions qui reviennent au exécutif et au législatif est absolument nécessaire. Ainsi, le Comité des droits de l'homme des N.U. qui sanctionne le respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a affirmé que *les situations où les fonctions et les attributions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ne peuvent être clairement distinguées, où dans lesquelles le second est en mesure de contrôler ou de diriger le premier sont incompatibles avec le principe d'un tribunal indépendant et impartial au sens de l'art 14 du Pacte*<sup>39</sup>.

L'indépendance fonctionnelle illustre la liberté complète, délimitée seulement par la loi, du pouvoir des autorités juridictionnelles de trancher les litiges de leur compétence. Ces autorités forment un service publique et unitaire, organisé à partir des principes spécifiques, fonctionnels et autonomes. L'aptitude à trancher fait partie de leur statut des autorités étatiques, les uniques spécialisées dans l'activité de rendre la justice.

Les censures de l'exécutif ou de législatif, les atteintes portées à l'autorité de la chose jugée par les mêmes pouvoirs, l'orientation des décisions des juges et, notamment, leur substitution dans le jugement des litiges de leur compétence, constituent les plus fréquents et les plus dangereux attentats à l'adresse de l'indépendance fonctionnelle<sup>40</sup>.

La séparation des pouvoirs en sens moderne, souple et flexible, aussi que des nécessités juridiques et extra juridiques, ont fait consacrer certains moyens légaux, par l'intermédiaire desquelles, les autres pouvoirs publics interviennent dans le fonctionnement de la justice. De telles interférences ont déjà été surprises au prisme de l'analyse du contenu organique. Une des plus éloquents reste la désignation des juges par l'exécutif.

Par rapport au législatif, l'indépendance des juges peut être affectée par la création des tribunaux et de leurs procédures, d'une part, et d'autre part, par la légifération même, qui s'impose aux juges au-delà de leur liberté d'interprétation.

En premier cas, le législatif peut abuser de son droit de créer des tribunaux, particulièrement des tribunaux spécialisés<sup>41</sup>, tandis que l'exécutif peut, pour éviter l'indépendance des juges, instituer des tribunaux extraordinaires<sup>42</sup>. Pour prévenir les effets négatifs de telles tendances, soit on interdit constitutionnellement le droit de créer ce type des tribunaux<sup>43</sup>, notamment extraordinaires, soit l'on permet, mais cela sera strictement réglementé par la Constitution<sup>44</sup>.

La non-intervention du législatif dans le contentieux judiciaire peut être éludée, en matière civile, par les lois rétroactives et, en matière pénale, par des lois d'amnistie. Les sources juridiques d'application immédiate, aussi que les sources interprétatives, ont un impact considérable pour les deux matières. Cela représente un état généralisé au niveau des systèmes juridiques du monde entier.

L'art. 15 de la Constitution roumaine prévoit que *la loi dispose pour l'avenir seulement, à l'exception de la loi pénale ou contraventionnelle plus favorable*. Ce principe constitutionnel, la non-retroactivité des lois, est repris par le premier art. du Cod civil : *la loi dispose seulement pour*

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

*l'avenir, elle n'a pas du pouvoir rétroactif.* On consacre ainsi une règle toute à fait importante pour l'indépendance de la justice, aussi que les exceptions qui semblent être permises en matière pénale seulement.

L'exception s'est imposée en matière civile également, même si, en principe, *une loi civile s'applique seulement aux situations qui surviennent après son entrée en vigueur, (...) le passé échappe à une nouvelle loi civile.*<sup>45</sup>

En substance, si le Parlement veut obtenir *un certain* règlement des causes litigieuses, conformément à ses intérêts ou si celui-ci suit éviter le règlement de tels litiges, il peut adopter des lois rétroactives qui imposent aux tribunaux des règlements différents en comparaison avec les solutions qui auraient normalement résultées des lois en vigueur.

Même si les lois rétroactives ne sont pas interdites par la jurisprudence de la CEDH, elles doivent répondre au critère de la proportionnalité entre les atteintes portées à la sécurité juridique et les intérêts légitimes suivis. En conséquence, elles ne peuvent être admises que exceptionnellement.

*L'amnistie est l'acte de clémence du Parlement, par lequel, en raison de considérants de politique pénale (ou des intérêts politiques-n.n.), on écarte la responsabilité pénale pour les infractions commises antérieurement à l'adoption de la loi d'amnistie.*<sup>46</sup> En fonction du moment dans lequel elle intervient au cours d'un procès pénal, on distingue entre l'amnistie antérieure à la condamnation et l'amnistie postérieure à la condamnation.

La première forme de l'amnistie lèse le plus grièvement l'indépendance des tribunaux, car elle empêche l'instrumentalisation d'un procès ou sa finalité, si celui-ci est en cours. *Le juge pénal se trouve dessaisie des poursuites, qui sont éteintes faute de base légale. Le Parlement, dans une certaine mesure, se substitue aux juridictions dans le jugement de litiges relevant de leur compétence*<sup>47</sup>.

Si l'amnistie intervient après la condamnation, elle a pour effet la néantisation de la responsabilité pénale, de l'exécution de la peine et de toute conséquence de la condamnation (les interdictions, les incapacités), exceptant les mesures de sûreté et éducatives. Le délit garde son caractère pénal, mais, en l'amnistiant, on jette sur celui-ci un sort d'oubli. Pour ces raisons, l'amnistie doit être faite dans les plus objectives conditions possibles.

Si on adhère à l'opinion conformément à laquelle *la réalisation des buts de la peine a lieu non seulement par son établissement, mais également par son exécution et par l'exécution de la peine, la fonction de défense sociale du droit pénal reçoit efficience plénière*<sup>48</sup>, la grâce même, accordée d'une façon subjective, constitue une immixtion dans l'activité juridictionnelle.

Même si la grâce ne s'élève à l'impact de l'amnistie, car elle n'efface pas la responsabilité pénale, mais seulement l'exécution de la peine, son caractère preponderamment *in personam*<sup>49</sup>, constitue une possible source d'abus de la part du Président de l'Etat et du Parlement, en qualité des titulaires de cette prérogative.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Les lois d'application immédiate ont les mêmes conséquences sur les procédures, que les lois rétroactives.

Cependant, le problème le plus épineux reste celui des lois interprétatives<sup>50</sup>. Une loi interprétative se distingue d'une loi ordinaire par le fait que son but n'est pas celui d'ajouter de nouvelles règles au système juridique présent, mais de préciser une règle existante.

L'aspect qui intéresse notre analyse est celui de l'application temporelle d'une telle loi. L'abus du législatif est facilité par l'absence des critères rigoureux de qualification d'une loi comme interprétative, elle pouvant masquer, en raison de la confusion créée, une loi proprement dite.

Même si elle est émise ultérieurement à la loi ordinaire, la loi interprétative a un effet rétroactif en essence, faisant corps commun avec la loi interprétée. Due à ce corps commun, sa rétroactivité passe inobservée. Ainsi une loi ordinaire peut devenir rétroactive, sous la qualification de loi interprétative.

Compte tenu de ces possibles situations présentées, on constate que même si le non-retroactivité des lois est consacrée au niveau constitutionnel, elle reste insuffisante pour prévenir les immixtions du Parlement dans le contentieux juridictionnel.

Dans la littérature de spécialité<sup>51</sup> et au niveau de la jurisprudence roumaine<sup>52</sup>, on a proposé la constitutionnalisation du principe de la non-intervention même, sous la forme suivante : *Le législateur ne peut pas intervenir dans la déroulement du contentieux juridictionnel, ni par la création des tribunaux spécialisés, ni par l'adoption des lois rétroactives, sous aucune forme, ni en empêchant les effets d'une décision ou d'une autre façon.*

### **SECTION 3. LES GARANTIES LÉGALES DE L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES**

#### **Preliminaires**

Des garanties importantes en ce sens, on été déjà précisées à l'occasion de l'analyse du contenu organique de l'indépendance des juges. En conséquence, cette section contiendra des garanties ponctuellement présentées, à côté des garanties plus largement examinées. De toute façon, on renvoie le lecteur à la démonstration incidente de la section antérieure.

On reprend séparément la problématique des garanties légales, en raison de leur rôle d'institutionnalisation de l'indépendance des juges et pour en compléter une image, déjà réalisée dans une certaine mesure.

#### **Sous-section 1. L'inamovibilité des juges**

L'inamovibilité des magistrats représente la clef de voûte de leur indépendance. Etant la plus importante mesure de protection vis-à-vis des immixtions extérieures ou même intérieures au pouvoir juridictionnel, l'inamovibilité<sup>53</sup> signifie la stabilité en fonction des magistrats, sans laquelle

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

l'indépendance et l'impartialité sont impensables. L'inamovibilité, l'indépendance et l'impartialité, voilà le trinôme d'une véritable justice.

L'inamovibilité constitue un bénéfice de la loi, qui garantit aux juges l'impossibilité de leur révocation, de leur transfert ou de leur suspension, une fois investis en fonction, exceptant les situations exceptionnelles et leur consentement (y compris pour la promotion). Elle corrige les manques d'un mode de désignation des juges de nature à les soumettre aux influences de l'exécutif ou de législatif<sup>54</sup>, ou d'une durée trop brève de leur mandat<sup>55</sup>.

Le principe de la stabilité en fonction des juges constitue une conquête relative récente du droit (moderne), imposée particulièrement par l'illuminisme et le libéralisme. (...) *Toute nomination temporelle, soit par le gouvernement, soit par le peuple, toute possibilité de révocation, en absence d'un jugement concret, porte atteinte au pouvoir juridictionnel(...). Un juge amovible ou révocable est plus dangereux qu'un juge qui achète sa fonction. Acheter la fonction est quelque chose moins corrompteur que la crainte permanente de ne pas la perdre*<sup>56</sup>.

L'inamovibilité, analysée d'une façon exigeante par la Cour de Strasbourg, a été consolidée en Roumanie par les nouvelles lois organiques concernant l'organisation de la justice et le statut des magistrats. On a abrogé des anciennes dispositions qui offraient des attributions de contrôle direct ou indirect au Ministre de la Justice, dans des matières comme la promotion des juges, la délégation temporelle des présidents des tribunaux, la qualité de l'activité juridictionnelle ou la responsabilité disciplinaire des magistrats. Quand même, on signale le suivant manque de la législation : l'absence d'une stipulation expresse d'interdiction du transfert des juges d'une section à l'autre du même tribunal, sans leur consentement.

Les juges doivent être conscients psychologiquement de leur inamovibilité. Celle-ci représente à la fois une mentalité et un état d'esprit, pour la consolidation desquels les juges roumains ont encore beaucoup à travailler.

### **Sous-section 2. Le secret des délibérations**

La délibération constitue l'acte final du jugement, à la suite de laquelle, le tribunal émet une décision concernant le conflit de droit. Celle-ci représente une opération complexe, dans le cadre de laquelle, *on établit les faits et les normes applicables au litige, on vérifie et on apprécie les preuves, en vue du règlement du fond de la cause.*<sup>57</sup>

En essence, la délibération est l'expression d'un raisonnement judiciaire, la méthodologie de la recherche d'une solution juste, construite sur un processus dialectique<sup>58</sup>. A l'aide des notions judiciaires, on projette les données du conflit dans un mécanisme rationnel qui permettra la solution. Cette solution est inhérente à l'acte juridictionnel, qui n'est pas un acte de création, mais un acte de révélation<sup>59</sup>.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Le secret des débats doit être assuré afin que, pendant l'effectuation de ce jugement de valeur-la délibération, les juges soient protégés de toute ingérence extérieure. L'exigence est satisfaite par le droit roumain.

### **Sous-section 3. La publicité des débats**

*Une justice indépendante et impartiale implique le déroulement des séances de jugement en présence des parties et dans des conditions qui garantissent la possibilité du public d'assister aux débats. Le secret des débats serait contraire à une justice démocratique<sup>60</sup>.*

La publicité, la célérité et l'équité représentent, conformément aux standards internationaux, les exigences processuelles communes à toutes les procédures judiciaires. Cela reflète l'essence même de la justice et le noyau de son fondement.

A cette occasion, on ne réalisera pas une analyse approfondie du principe de la publicité. On s'arrêtera seulement aux aspects étroitement liés à la problématique de cet article. Il était nécessaire quand même, en raison de son importance, de souligner sa relevance pour le droit processuel.

La Cour de Strasbourg accorde une importance particulière à cette garantie, considérant que *la publicité protège les justiciables contre une justice secrète, échappant au contrôle du public<sup>61</sup>, elle préserve la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire et participe pleinement, par cette transparence, du droit à un procès équitable et à sa finalité<sup>62</sup>.*

Au-delà de sa valeur processuelle, la publicité ou la transparence de la justice sont essentielles à la vie démocratique, dont les citoyens doivent voir la justice accomplie<sup>63</sup>.

La publicité des débats ne constitue un principe absolu, car au niveau des sources juridiques<sup>64</sup> et par voie prétorienne<sup>65</sup>, on admet des exceptions. Même si celles-ci doivent être expressément et limitativement prévues par la loi, exigence qui à la première vue est respectée, les termes employés (moralité, ordre public, vie privée), favorisent une interprétation jurisprudentielle assez libre.

Les principales causes qui peuvent justifier l'interdiction de la presse et du public dans la salle de séances, pour toute la durée du procès ou partiellement, sont :

-la nécessité de protéger la moralité, l'ordre public ou la sécurité nationale dans une société démocratique ;

-la protection des intérêts des mineurs ou de la vie privée des parties, etc.

L'appréciation du respect de la publicité se réalise conformément à la pratique de la CEDH<sup>66</sup>, d'une manière concrète et globale, en prenant en compte la diversité des systèmes législatifs et jurisprudentiels des Etats membres.

La transparence du déroulement des séances de jugement offre aux justiciables la possibilité de se convaincre de l'indépendance et de l'impartialité des juges. Celle-ci fait que les tendances de

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

dépendance envers certaines structures (le manque d'indépendance), aussi que les tendances de favoriser les parties (le manque d'impartialité) soient difficiles au cours des séances.

La publicité, par la médiatisation de la justice, ouvre cette activité à l'analyse et à la vigilance de l'opinion publique. L'absence de l'objectivité sera ainsi sanctionnée d'une manière généralisée, aussi que les immixtions dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. La législation roumaine garantit, au niveau constitutionnel<sup>67</sup>, la publicité des débats.

### **Sous-section 4. L'existence d'un contrôle judiciaire adéquat**

Les voies de recours, caractéristique structurelle du droit moderne, constituent une garantie particulièrement importante de la protection effective et concrète des droits fondamentaux des justiciables. Elle offrent, en même temps, la possibilité de remédier les éventuelles erreurs dans l'administration de la justice et garantissent la qualité de l'activité juridictionnelle.

En dépit de cette signification tout à fait importante pour la protection des droits de l'homme que les voies de recours détiennent, aucune de sources juridiques internationales spécifiques ne les retienne en qualité des garanties processuelles<sup>68</sup>.

On a justement apprécié<sup>69</sup> que les éléments d'un procès équitable doivent intégrer le droit d'exercer les voies de recours, sous la forme de l'équité procédurale, qui a déjà englobé l'égalité des armes, la contradictorialité et les droits de la défense.

Une telle tendance peut se concrétiser soit par un acte normatif (un protocole), soit par la voie de la jurisprudence de la CEDH. Elle serait soutenue par la une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe<sup>70</sup>, qui prévoit *la consécration d'un droit à un contrôle juridictionnel de chaque décision émise par un tribunal (...) en matière civile. Les exceptions doivent être établies par la loi et conformes aux principes généraux du droit. Cela interdit l'exclusion de toute voie de recours pour les excès du pouvoir du juge, les dénis de justice, les violations manifestes des règles fondamentales de fond ou de procédure (l'indépendance des juges -n.n.), ou pour des erreurs manifestes du juge.*<sup>71</sup>

La Constitution de la Roumanie<sup>72</sup> garantit constitutionnellement le droit à l'usage des voies de recours.

### **Conclusions**

Les Etats européens ont affirmé après la Deuxième Guerre Mondiale, *leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament*<sup>73</sup>. (...) *animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit*<sup>74</sup>, les

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Etats européens ont agi et agissent pour la promotion des droits de l'homme. La politique choisie est celle d'une protection effective et concrète, non pas théorique ou illusoire<sup>75</sup>.

Cette politique a dépassé le périmètre européen, en s'exportant vers d'autres horizons de culture et de civilisation. Les droits de l'homme se sont mondialisés et, en même temps, ont mondialisé le principal vecteur de leur protection-le procès équitable.

Sa vocation universelle s'explique par le degré élevé d'élaboration (grâce aux juridictions internationales unificatrices), par sa vastité géographique et par la facilité de son application, synthèse des valeurs généralement valables qui garantissent une bonne justice.

Des juridictions mondiales (les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex -Yougoslavie ou pour le Rwanda, la future Cour pénale internationale, l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce), régionales et nationales importent ce modèle, en contribuant pleinement à sa mondialisation<sup>76</sup>.

L'indépendance de la justice reste l'élément essentiel d'un procès équitable. L'impartialité, la légalité, l'aptitude à trancher (les exigences d'un tribunal adéquat) d'une part, la publicité, la célérité et l'équité (les exigences d'une procédure adéquate) de l'autre part, se fondent sur l'indépendance juridictionnelle. En dehors de celle-ci, elles restent impossibles.

Ayant un contenu complexe, organique et fonctionnel, nécessitant obligatoirement l'institutionnalisation, l'indépendance de la justice s'est avérée difficile à reconstruire après la chute du communisme. Pour la justice des Etats de l'Europe de l'Est et Centrale, la séparation véritable des pouvoirs et le découragement des pressions politiques, ont représenté les plus importants objectifs après 1990.

La Roumanie reste malheureusement un des exemples tristes des immixtions politiques dans la justice. En 2004, de nouvelles lois concernant l'organisation de la justice et le statut des magistrats ont été adoptées. Même si celles-ci écartent des obstacles significatifs pour l'indépendance des juges, principalement par la réduction du rôle du Ministre de la Justice, elles gardent une dépendance financière de l'exécutif accentuée et continuent à encadrer les procureurs au corps des magistrats, créant l'impression de leur fausse indépendance.

Au-delà de ces manques, un cadre législatif adéquat a été créé en bonne partie, mais la différence entre la théorie et la pratique est difficile à surpasser. Les hommes politiques doivent comprendre que l'Etat de droit et la démocratie ne permettent pas des immixtions dans le contentieux judiciaire. A la fois, les juges doivent conscientiser leur indépendance et leur inamovibilité et il faut qu'ils agissent en conséquence.

La société civile, à son tour, doit se manifester plus activement pour le soutien de l'autonomie de la justice. Récemment, un important représentant de celle-ci, Mme Monica Macovei<sup>77</sup>, est devenu Ministre de la Justice dans le nouveau gouvernement roumain. L'indépendance de la justice a été déclarée objectif stratégique par le nouveau pouvoir de Bucarest et elle reste monitorisée par les autorités européennes.

# Eastern European Human Rights Law Journal

## Volume 2, Issue 1 (January 2005)

<sup>1</sup> Assistent à la Faculté de droit de l'Université de Craiova, Roumanie (abucureanu@yahoo.com).

<sup>2</sup> L'élaboration du système des valeurs communes ne doit pas être entendue comme une idéologie de l'uniformisation et comme un déni de la diversité. Ce processus n'est pas un processus conflictuel, une lutte entre les différents systèmes des valeurs. La synthèse entre les formes de civilisations, le maintien de l'identité culturelle, aussi que le respect envers l'autre et la diversité en général, doivent être considérées dans le cadre de la globalisation. Ces aspects sont nécessaires pour assurer un climat de paix, de prospérité et de promotion des droits de l'homme. La globalisation reste possible grâce à l'identité des êtres humains, en leurs repères fondamentaux, au-delà des multiples formes d'altérité. La véritable globalisation et son système des valeurs s'érigent sur ce fond humain universel.

<sup>3</sup> Serge Guinchard, Monique Bandrac, Xavier Lagarde, Melina Douchi, Droit processuel, Droit commun du procès, Dalloz, 2001, pp267-289 ;

Natalie Fricero, Les garanties d'une bonne justice, in Droit et pratique de la procédure civile (ss la direction de Serge Guinchard), Dalloz-Action, 2001/2002, pp473 et suiv. ;

Colloque du CREDMI (Université de Bourgogne/CNRS), Dijon, 13-15 sept.1999, La modélisation du droit, diffusion Litec, 2000. En particulier, Catherine Kessedjan, La modélisation procédurale, pp 237 et suiv.

<sup>4</sup> Vincent Berger, Jurisprudence de la CEDH, L'Institut roumain pour les droits de l'homme, 1999, Iasi, pp133-295

Tavernier, Le droit a un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des N.U., RTDH, 1996

<sup>5</sup> Constitution roumaine, art.20

La loi roumaine concernant le statut des magistrats (304/28.06.2004)

Le Préambule de la loi roumaine concernant l'organisation de la justice(304/28.06.2004)

<sup>6</sup> Hugo Grotius, Du droit de la guerre et de la paix, Edit Stiintifica, Bucaresti, 1968, pp84

A. Brimo, Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Edit A. Pedone, Paris, 1978, pp97.

<sup>7</sup> Le 10 décembre 1948, l'Assemblée Générale de l'ONU a adopté la Déclaration. Celle-ci a marqué un moment historique unique : l'élaboration, pour la première fois, par une communauté organisée des nations, d'une déclaration des droits de l'homme. Malgré sa valeur prédominante morale, et purement déclarative, malgré l'absence d'une Cour de justice qui sanctionne ses violations, la Déclaration est renforcée par l'autorité que les N.U. l'ont donnée, par les sources juridiques que elle a engendrées, par le Comité des droits de l'homme et par les millions de gens du monde entier qui en trouvent un appui.

<sup>8</sup> Le Pacte a été adopté par l'Assemblée Générale de l'ONU le 10 décembre 1966.

<sup>9</sup> La CEDH a été élaborée et signée dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950.

<sup>10</sup> La Déclaration a été adoptée par la Conférence internationale américaine, Bogota, 1948, Cap i, art. XXVI. A voir les sites [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org); [www.damocles.org](http://www.damocles.org).

<sup>11</sup> La Convention a été signée à Costa Rica, San Jose, le 22 novembre 1969 et est entrée en vigueur le 18 juin 1978., art.8 et 10. A voir [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org).

<sup>12</sup> La Charte a été adoptée en juin 1981 à Nairobi par l'OUA et est entrée en vigueur en octobre 1986; art.7 et 26

<sup>13</sup> S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, op.cit., pp 276-277.

<sup>14</sup> A voir [www.info.europa.ro](http://www.info.europa.ro) (en particulier, le rapport de pays)

[www.clube.ro](http://www.clube.ro) (en particulier, les Relations Roumanie-U.E., Recherche et Etudes européennes)

<sup>15</sup> Association roumaine pour la défense des droits de l'homme en Roumanie (APADOR\_CH): [www.apador.org](http://www.apador.org)

<sup>16</sup> A voir [www.ziua.ro](http://www.ziua.ro)

<sup>17</sup> S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde M. Douchy, op.cit., pp442-60

N. Fricero, op. cit., pp490-493.

Pettiti, Decaux, Imbert, La CEDH commentaire article par article, Economica, 1995, pp260

<sup>18</sup> Dan Claudiu Danisor, Droit constitutionnel et institutions politiques, Edit Universitaria, Craiova, Roumanie, pp303

<sup>19</sup> D.C. Danisor, op.cit., pp274.

<sup>20</sup> Ch. Montesquieu, L'esprit des lois, Classiques Garnier, Paris, 1955, Livre XI, Chap. VI.

<sup>21</sup> Léon Duguit, Traite de droit constitutionnel, Ed. de Boccard, Paris, 1923, I, II, pp133.

<sup>22</sup> P. Pactet, L'évolution contemporaine de la responsabilité gouvernementale dans les démocraties pluralistes, Mélanges, G. Burdeau, L.G.D.J., Paris 1977, pp198 et suiv.

<sup>23</sup> D.C. Danisor, op.cit., pp339.

<sup>24</sup> M. Cappelletti, Nécessité et légitimité de la Justice Constitutionnelle, Cours constitutionnelle européennes et droits fondamentaux, Acte du II-e Colloque d'Aix-en Provence, 1981, pp483-496



# Eastern European Human Rights Law Journal

## Volume 2, Issue 1 (January 2005)

J.Velu, À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la CEDH ;vue en droit compare sur des évolutions en cours, Nouveaux itinéraires en droit, Hommage a Fr.Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp527-562.

<sup>25</sup> Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Paris, 1990, pp359-361.

<sup>26</sup> Fr.Rigaux, La loi des juges, Edit.Odile Jacib, 1997.

<sup>27</sup> A voir les affaires suivantes :pour l'indépendance envers l'exécutif :De Wilde et alii c/Belgique( 1971)  
Sramek c/Autriche(1984)  
Piersack c/Belgique(1982)  
Ciraklar c/Turquie(1998)

pour la durée du mandat :Le Compte , Van Leuven et De Meyere c/Belgique(1981) ;  
Sramek c/Autriche(1984) ;

pour les garanties de l'indépendance :Ettle c/Autriche(1987), Campbell et Fell  
c/Roy.Uni(1984).([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))

<sup>28</sup> Ioan Les, Systèmes juridiques comparés, Edit. All. Beck. Etudes Juridiques, Bucarest,2002, pp165.

<sup>29</sup> C'est une particularité de la justice britannique.

<sup>30</sup> En Roumanie, le Conseil Supérieur de la Magistrature.

<sup>31</sup> A voir affaire Inca /Turquie(1998), Aff. Ciraklar c/Turquie 1998).

<sup>32</sup> Aff.Beaumartin c/France(1994).

<sup>33</sup> Aff Cornelis Petrus. Maria Van de Hurk c/Pays-Bas(1994).

<sup>34</sup> Le Compte , Van Leuven et De Meyere c/Belgique(1981);

<sup>35</sup> La loi roumaine concernant le statut des magistrats(303/2004), Cap. II, art. 6-10.

<sup>36</sup> La loi 303/2004,cite au-dessus, Title IV, La responsabilité des magistrates.

<sup>37</sup> Aff. Langhorer c /Suede (1989), Aff. Belilos c/Suisse (1988).

<sup>38</sup> Réunion des dignitaires des Cours Suprêmes de Justice des pays ibero-americaines, Caracas, 1993.

<sup>39</sup> Décision Angel N. Olo Bahamonde c/Guineea équatoriale, Paul Tavernier, Le droit a un procès équitable dans la  
jurisprudence du Comité des droits de l'homme des N.U., RTHD, 1996, pp 13.

<sup>40</sup> A voir les affaires de la CEDH invoquées; N.Fricero, op. cit., pp 493.

<sup>41</sup> Constitution roumaine, art.125 alinéa (5): (...) *Par loi organique, on peut constituer des tribunaux spécialises en  
certaines matières, avec la possibilité de participer, selon le cas, des personnes de l'extérieur de la magistrature.*

<sup>42</sup> Sur les juridictions extraordinaires, J.Rivero, Les libertés publiques, T. 1, Les droits de l'homme, pp 157-160 ;Joffre,  
Les tribunaux d'exception(1940-19620, 1963.

<sup>43</sup> Constitution roumaine, art.125 alinéa(5): *Il est interdit de constituer des tribunaux extraordinaires.*

<sup>44</sup> L'arrêt Canal (1962) du Conseil d'Etat de France admettait, en principe, la possibilité de créer des juridictions  
extraordinaires a condition du respect des exigences imposées.

<sup>45</sup> Ion Dogaru, Droit civil, vol. I, Edit Europa, Craiova, Roumanie, 1996, pp58.

<sup>46</sup> Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Droit penal roumain, Casa de Editura si Presa Sansa, Bucuresti, Roumanie,  
2002, pp 313.

<sup>47</sup> S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, op. cit., pp 443.

<sup>48</sup> C-tin Mitrache, C. Mitrache, op. cit., pp 381.

<sup>49</sup> L'ex. leader des mineurs de Valea Jiului, Miron Cozma, condamné a 18 ans de prison pour la submination du  
pouvoir de l'Etat pendant les mineriades de 1991, inculpé dans le dossier de la mineriade de 1999. a été gracie, a partir  
des considérants politiques par l'ex Président de la Roumanie, M. Ion Iliescu. Apres le proteste généralisé de la société  
civile, de l'opposition politique et des autorités internationales, cette mesure a été révoquée.

<sup>50</sup> D.C.Danisor, op. cit , pp 320.

<sup>51</sup> D.C. Danisor, op. cit.,pp 321.

<sup>52</sup> Principe dont la nécessité a été affirmée depuis 1922 par le Tribunal Ilfov et, ultérieurement, par la Cour Suprême de  
Justice de la Roumanie.

<sup>53</sup> CEDH-aff.Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique(1981), Campbell et Fell c/Roy. Uni.(1984).

<sup>54</sup> CEDH- aff. Sramek c/Autriche(1984); aff. Crociani et alii c/Italie(1980).

<sup>55</sup> CEDH-aff.Sramek c/Autriche(1984); aff. Ettl c/Autriche(1987).

<sup>56</sup> Benjamin Constant, De la liberté chez les antiques et chez les modernes, l'Institut européen, Iasi, Roumanie, 1996, pp  
165-166.

<sup>57</sup> Ion Neagu, Droit processuel penal, Edit. Global Lex, 2002, Bucuresti, pp 646-647.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

<sup>58</sup> Anamaria Bucureanu, Une reconsidération de la jurisprudence dans le droit roman -germanique (art.), Revue de sciences juridiques, Roumanie, nr. 29(1)/2004, pp 345-351.

<sup>59</sup> Fr. Zenati, Méthodes du droit, La jurisprudence, Edit. Dalloz, 1991, Paris, pp 155-159.

<sup>60</sup> I. Les, op. cit., pp 46.

En Espagne. on garantit constitutionnellement la publicité(art. 120alin 1 et 3).

<sup>61</sup> CEDH- aff. Werner c/Autriche(1987).

<sup>62</sup> CEDH –aff.Axen c/Allemagne(1983); Sutter c/ Suisse(1984); Helmers c/Suède(1991).

<sup>63</sup> Justice is not only to be done, but to be seen to be done.

<sup>64</sup> Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14-1, La ConventionEDH, art.6-1.

<sup>65</sup> La jurisprudence de la CEDH.

<sup>66</sup> Aff. Kremzow c/Autriche, Feijde c/Suede; Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique(1997).

<sup>67</sup> Art.126.

<sup>68</sup> La seule exception est représentée par le Protocole additionnel nr. 7, art 2-1de la CEDH, seulement en matière pénale.

<sup>69</sup> N.Fricero, op. cit., pp 489.

<sup>70</sup> R(95) 5 du 7 fevrier 1995.

<sup>71</sup> N. Fricero, op. cit., pp 489.

<sup>72</sup> Art.128.

<sup>73</sup> Préambule de la CEDH, alinéa cinquième.

<sup>74</sup> Préambule de la CEDH, alinéa sixième.

<sup>75</sup> Objectif déclare par la CEDH, devenu le symbole de cette politique.

<sup>76</sup> S. Guinchard, M. Bandrac, X. Ladarde, M. Douchy, op. cit., pp. 276-277.

<sup>77</sup> Président de l'Association pour la Défense des Droits de l'Homme- Le Comite Helsinki (APADOR-CH), expert/consultant de la Fédération Internationale Helsinki, OSI, le Centre Européen pour les Droits de l'Homme, UNPD et des autres organisations internationales.

# Eastern European Human Rights Law Journal Volume 2, Issue 1 (January 2005)

## THE COMMISSION'S POWERS OF INVESTIGATION IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

by

**Julia Kluczyńska**

Nowadays a common connotations with the notion 'fundamental rights' are a rich output of European Court of Justice jurisdiction, Charter of Fundamental Rights and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In this context it can seem surprising that initially there is no remark in the Treaties about human rights protection. In the fifties an individual was considered mainly in the context of four freedoms, because of it's commercial activity. A breakthrough came with the judgement in *Van Gend & Loos* in 1963, where the ECJ explicitly stated that subjects of EC law are not only Member States but also their nationals. Moreover, EC law can not only impose obligations on individuals but also confer them rights. Formulating a principle of direct legal effect, which in connection with principle of supremacy of EC law over national law gave necessary impulse for national judges and doctrine to start wondering, whether an individual under EC law is equipped with some rights of fundamental character and, what is also important, whether community legal system provides necessary mechanism to protect such rights.

However, until 1969 the ECJ was very reluctant to recognising fundamental rights. With regard to that issue, the case *Stauder v. city Ulm* was a seminal one. Here ECJ for the first time recognized fundamental rights as a part of general rules of community law and it's own competence to ensure their respect.

It was the beginning of line of cases where the ECJ developed the doctrine of fundamental rights. In *Internationale Handelsgesellschaft* ECJ added that the "*protection of such rights, whilst inspired by constitutional traditions common to the MS must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community*". In the case *Nold* ECJ stated that Community's measures that are not consistent with fundamental rights guaranteed in constitutions of MS can't be valid. However, it was remarked that fundamental rights stemming from the constitution of Member State can not be a hindrance in realisation of community's objectives granted in the Treaties.

It was a background for two controversial ruling of Verfassungsgericht in Germany in case *Solange I* and *Solange II*, which implicitly called in question the supremacy of community law. It was a clear signal send by national constitutional court that EC should work out its own catalogue of fundamental rights if it wants national courts to respect supremacy of EC law.

*Solange-beschluss* could have been one of the reasons why in *Heuer* case ECJ referred to European

# Eastern European Human Rights Law Journal

## Volume 2, Issue 1 (January 2005)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In that case ECJ interpreted property right in the light of additional protocol to ECHR. Therefore the question arises of the relationship between community legal order and the Convention. There is still an open question whether the fact that all MS are part signatories of ECHR means that the ECHR binds also EC. Nevertheless, principles gradually worked out by ECJ were underpinned by Article 6 Treaty on European Union added by Amsterdam Treaty:

"The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States. (...) The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law."

Currently the process of development of fundamental rights is a very advanced one. The Charter of Fundamental Rights as a II part of the European Constitution will be a binding, legal act and the draft of the Constitution includes an Article enabling accessing EU to ECHR.

If individual is supposed to be so well protected - by fundamental rights stemming from constitutional traditions common to the MS as a part of general rules of EC law, the Charter and ECHR, interesting issue appears : what to do when the fundamental rights and community organ's powers are in conflict.

In this work I would like to concentrate on the impact of the doctrine of fundamental rights on Commission's powers of inspection in proceeding against anti-competitive practices. Currently that issue is regulated by the Council Regulation No 1/2003<sup>1</sup> but all cases that I am going to analyze were judged under the rule of previous Council Regulation No 17 from 1962<sup>2</sup>.

According to Article 14 of the Regulation No 17 the officials authorised by the Commission are empowered to examine the books and other business records, to take copies of or extracts from the books and business records and to enter any premises, land and means of transport of undertakings.

In all three cases that I am going to analyse-*AM&S*, *Hoechst* and *Roquette Frère* Commission adopted, on the basis of Article 14 (3) of Regulation No 17, a decision ordering the undertaking to submit to an investigation because of alleged breach of competition law. All defendants called in question Commission's investigations powers on the basis of the Article 8 (1) of the ECHR which provides that: "*Every one has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*".

In case *AM&S* the undertaking was questioning the Commission's decision imposing on it an obligation to present certain documents. According to the undertaking documents were confidential communications between lawyer and client and because of that reason it is protected by professional privilege common to constitutional traditions of the MS. The basic issue was whether a scope of legal privilege includes correspondence between client and every lawyer or only lawyer who are not bound with the client by a relationship of employment. According to ECJ "*it is apparent from the legal system*

<sup>1</sup> Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

<sup>2</sup> Council Regulation No 17 of 6 February 1962

# Eastern European Human Rights Law Journal

## Volume 2, Issue 1 (January 2005)

of the MS that, although the principle of such protection is generally recognised, its scope and the criteria for applying it vary." ECJ stated that only communication that is made for the purposes of client's defence and only made by independent lawyer is common criteria in national laws of the MS. That approach to the scope of protection of professional privilege has begun to change recently. Decision of the Court of First Instance on October 30, 2003 in *Akzo* indicates that CFI may extend professional privilege to in-house lawyers. The President of the CFI suggested that the judgement in *AM&S* can be out-dated. As CFI in a different case underlined, "the protection of the confidentiality of written communications between lawyer and client is an essential corollary to the full exercise of the rights of defence, the protection of which Regulation 17 itself, in particular in the 11<sup>th</sup> Recital and its preamble and its provisions contained in Article 19, take care to ensure"<sup>3</sup>.

Some authors even conclude that the extension of legal privilege will enhance a legal compliance and predictability and "the fears of the ECJ that in-house lawyers will hide behind the legal privilege to engage in, or assist with, anti-competitive practices are unfounded"<sup>4</sup>. Maybe they are right, but if they are not there is a risk that a wider definition will make a Commission's powers of inspection in proceeding against anti-competitive practices seem ridiculous.

It is worth noticing that ECJ judgement in *AM&S* is a typical model of ECJ answer as we will see in the next case-*Hoechst*. Here the undertaking contested legality some Commission's decisions ordering the entry on premises of the undertaking on the basis of their non compliance with right to the inviolability of home. The question was whether the scope of that fundamental right protects also business premises. The ECJ said that "although such a right must be recognised in the Community legal order as a principle common to the laws of the MS in regard to the private dwellings of natural persons, the same is not true in regard to undertakings, because there are not inconsiderable divergences between the legal systems of the MS in regard to the nature and degree of protection afforded to business premises against intervention by the public authorities." The court also interpreted Article 8 (1) of the ECHR and said that expression "everyone" indicates that "the protective scope of that article is concerned with the development of man's personal freedom and may not therefore be extended to business premises". However the ECJ underlined that in legal systems of the MS there is provided protection against arbitrary or disproportionate intervention and the need for such protection must be recognised as a general rule of Community law.

In 1992 the European Court of Human Rights answered the question of the scope of protection in very different way. In case *Niemetz* it stated that interpretation of the notions 'private life' and 'home' consisting of certain professional and business activities is consistent with the basic purpose/objective of the Article 8 of the ECHR, which is to protect individual against arbitrary intervention of public authority.

<sup>3</sup> Joint cases T 125/03 R & 253/03 R, para.100

<sup>4</sup> Gavin Murphy, "CFI Signals Possible Extension of Professional Privilege to In-house Lawyers", (2004) European Competition Law Review, vol.25, p.439

# Eastern European Human Rights Law Journal

## Volume 2, Issue 1 (January 2005)

ECJ had again the possibility to analyse that issue and to clarify the lack of compliance in Strasbourg's and Luxembourg's interpretation of the Article 8 of the ECHR in case *Roquette Frère* but the court successfully managed to avoid answering that important problem. We can interpret ECJ judgement in *Roquette Frère* as we want because on the one hand ECJ regarded to case-law of the European Court of Human Rights, according to which the protection of the home may in certain circumstances be extended to cover business premises. But on the other hand the right of interference established by Article 8 (2) of the ECHR '*might well be more far reaching where professional or business activities or premises were involved that would otherwise be the case*'. In that ruling ECJ concentrated only on answering the question asked by national court in preliminary ruling procedure. That question concerned a slightly different issue- about relations between national court and Commission's investigations powers.

It is obvious that this case was a hot potato because the ECJ had to cautiously balance between Commission's powers that have to be broad to ensure free competition-one of the pillar of the common market and on the other hand right of inviolability of home of not only natural but also legal persons. However, it seems that sooner or later the question of the scope of the protection of the Article 8 of the ECHR will have to be answered by the ECJ.

The case *Roquette Frère* has one more interesting aspect. It shows how strong impact have ECJ jurisdiction on legislature because main thesis from *Roquette Frère* judgement concerning the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States were repeated in Article 20 (8) of the Council Regulation 1/2003.

It is a great time to analyze issue of Commission's powers of inspection just now because it is a breakthrough moment for a doctrine of fundamental rights. First, it is very important because it will show what role do the fundamental rights play not only in theory but in reality. Furthermore we do not know neither how the Charter of Fundamental Rights will be functioning in the future nor what with possible accessing of the EU to ECHR. Besides, we do not know how the ECJ approach to fundamental rights will evaluate. As we can see, until now ECJ have been very careful in interpreting EC law in the context of fundamental rights. We can only observe that interesting and important for all of us process.

**THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE**  
**CONSTITUTION FOR EUROPE - AN OBJECTIVE OR A TOOL**  
**IN THE ACTION OF THE EUROPEAN UNION?**

by

**Bartłomiej Latos\***

During last years in international law as well as in the European law human rights have become a matter of great importance. They have been the topic of many discussions and publications, not solely in the scientific literature. At the same time dynamic evolution of the European Union calls for a clear declaration of the position of the protection and development of human rights in the structure of the EU.

This short elaboration tends to answer the question whether the protection of human rights and freedoms is treated in the Treaty establishing the Constitution for Europe as an objective of the existence of the EU or as a tool or one of the means for realization of its traditional aims. These aims which are directly associated with economic and social co-operation of the Member States. The Constitution tends to be a fundamental act of the European law and an essential treaty for the European Union. Therefore, it should concern all its spheres of existence including undoubtedly the human rights with the procedures of their protection.

It should be stressed that the estimation of the contents of the Constitutional Treaty cannot be distracted from the history of the EU. This treaty may be read as a consequence of all the events and decisions which took place within the European sphere. It seems to be a natural, successive stage of strengthening the collaboration of the Member States and of the creation of the European order. The proper analysis and interpretation of the Constitutional Treaty has to take into consideration the position of this act in the whole of law system of the European Union.

***The Historical Background of the Protection of Human Rights within the European Union.***

The European Communities had been created to form and to consolidate the economical and social ties between their Member States. The aims which had been at that time formulated spoke about the balance in Europe, development of peaceful international co-operation and above all about amelioration of the living conditions of the societies. The protection of human rights was not at that stage placed in the first place and surely was not formulated in then European law. The only rights which directly referred to the situation of individuals concerned the sphere of their economical and professional activity and therefore are described as “the freedoms”.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Original aims of the Communities were strictly economical in character and the freedoms mentioned above were different in essence from human rights and freedoms known from international law. They did not encompass traditional humanistic values like e.g. prohibition of torture or freedom of religion but were rather based on the socio - economical rights which are material to financial standard of living. The protection of these freedoms before European Court of Justice was out of question at that time.

Nevertheless, since the birth of the Communities the question of the protection of human rights has been emerging with different frequency and intensity. Obviously, the first step had been taken by European Court of Justice. In its judgment of 12<sup>th</sup> November 1969 it has stated that the fundamental human rights pertain to the general principles of community law and thus are protected by the Court<sup>1</sup>. This conclusion found its continuation in *Internationale Handelsgesellschaft* case where the Court also pointed at Member States' constitutional traditions. This judgment lays down that respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice. The protection of such rights whilst inspired by the constitutional traditions common to the Member States, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community<sup>2</sup>.

Common constitutional traditions emerged also in *Nold* judgment where the Court reiterated above mentioned rules and additionally stated that international treaties for the protection of human rights, on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of community law<sup>3</sup>. It is universally accepted that the European Convention for the Protection of Human Rights (1950) is the treaty which comes here in play in the first place. All the Member States to the Convention are the members of the European Union<sup>4</sup>.

Direct reference to the European Convention was included in a judgment from 1979 concerning the protection of ownership. The Court pointed at Article 1 of the (First) Protocol to the Convention saying that in the community legal order the right to property is guaranteed in accordance with "the ideas common to the constitutions of the Member States, which are also reflected in the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights." Further in the judgment the Court based its decision on the constitutional precepts common to the Member States, consistent legislative practices and Article 1 of the First Protocol as well<sup>5</sup>. From the point of view of the fundamental rights the Court's opinion of 28<sup>th</sup> March 1996 is also of great importance. This opinion

---

**\* University of Wroclaw, The Republic of Poland.**

<sup>1</sup> Judgment 29/69, Erich Stauder v. City of Ulm - Sozialamt, [1969] ECR 419.

<sup>2</sup> Judgment 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Forratsstelle für Getreide und Futtermittel, [1970] ECR 1125.

<sup>3</sup> Judgment 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, [1974] ECR 491.

<sup>4</sup> December 2004.

<sup>5</sup> Judgment 44/79, Liselotte Hauer v. Land Rheinland -Pfalz, [1979] ECR 3727. [the Protocol had been passed on 20th March 1952 and came into force on 18th May 1952 - B.L.].



# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

concerned the possibility of accession of the Communities to the European Convention and determined that respect for human rights is a condition of legality of communities' acts<sup>6</sup>.

All the formal ideas quoted above seem to confirm that within the framework of community law fundamental rights understood as the human rights and freedoms are couched in the form of legal rules. Consequently, they are protected by the ECJ exactly in that aspect. However, their primary sources are placed out of the community law i.e. in the constitutional traditions of the Member States or/and in international law. Moreover, it appears from other judgments that the Court sees and shapes the human rights only within the scope of an individual's activity relevant in the European law<sup>7</sup>. In other words, human rights within community law are economical and social in character.

### ***The Protection of Fundamental Rights in the Primary Community Law***

Binding primary community law do not say to much about the protection of human rights. The Single European Act (1986) in its Preamble refers to the need of maintaining of democracy based on the fundamental rights. These rights which are formulated in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in the European Social Charter. The Preamble additionally stressed that the protection of common interests and independence means *inter alia* the duty to display the principles of democracy and compliance with the law and with human rights to which they are attached.

Subsequently, in the Preamble to the Treaty on European Union (1992) the Member States of the Communities confirmed their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law. These values have been repeated in Article 6 of the Treaty indicating ideological foundations of the Union and in Article 7 comprising the penalty for infringing the values from Article 6. Nevertheless, the objectives of the EU from Article 2 TEU do not speak directly about the need for the protection of human rights. They are focused on economical, political and civil matters with emphasis on the need to retain appropriate *acquis communautaire*.

### ***The Protection of Fundamental Rights in the Constitutional Treaty.***

The Preamble to the Constitutional Treaty includes in the first paragraphs the reference to the "universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law". Further the Preamble says about due regard for the rights of each individual. Article 2 of the Treaty among the fundamental values of the Union mentions respect for

---

<sup>6</sup> Opinion of the ECJ 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECR 1996 I-01759.

<sup>7</sup> e.g.: Judgment C-159/90, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v Stephen Grogan and others, [1991] ECR I-04685; Judgment C-299/95, Friedrich Kremzow v Austria, [1997] ECR I-2629.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights. However, basic objective of the Union is verbalized in Article 3 par. 1. This goal is a complex one since it includes: promotion of peace, the values of the Union and the well-being of the people. Next paragraphs of Article 3 show that the assignments expressed therein are specifically inferred from the main objective from paragraph 1.

While Article 3 par. 1 expressly deals with the aim of the Union the subsequent paragraphs formulate the undertakings of action in specified areas (“The Union shall...”). E.g. paragraph 4 says that in international relations “...the Union shall uphold and promote its values and interests”. According to the rules of literal interpretation it is a reference to Article 2 of the Treaty and respectively to the protection of human rights. Especially that par. 4 openly says about this protection too.

The specific buckle which closes Article 3 is its paragraph 5 which states that all objectives of the EU shall be pursued by appropriate means. There is no doubt that by “objectives” are obviously understood the aims from par. 1 to 4 of Article 3. What comes is that the abovementioned undertakings from Article 3 form the aims of the Union as well. However, taking into account different wording of the parts of this regulation it seems legitimate to admit that these aims are subordinate ones. Therefore the proper realization of the tasks from the sphere of promotion of peace, the Union’s fundamental values and well - being of its citizens requires a realization of the minor aims. One of them is the protection of human rights. It has to be stressed that the qualification as the minor ones does not refer to their weightiness but only to their formal position in the Treaty regulations. In practice the need for the protection of human rights might predominate over the objectives of economical character.

Part II of the Constitutional Treaty contains The Charter of Fundamental Rights of the Union. From its Preamble follows that the individual is in the centre of the Union’s activities by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice. The Preamble underlines that the Union seeks to promote balanced and sustainable development and ensures the fundamental freedoms. Furthermore it acknowledges that for these ends it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights “...by making those rights more visible in a Charter”. It seems to be a corroborative and not a creative verbalization.

The Preamble, just like Part I of the Treaty, assumes a specific division between the main goal related to co-operation and economical well-being of the societies of the Member States and the subordinate aims i.e. the protection of fundamental rights *inter alia*. When it comes to the respective regulations of the Charter one may see that they are partly convergent with the norms of the European Convention for the Protection of Human Rights (1950). Additionally the Charter expresses some other rights with human dignity (Article II - 61) and right to the integrity of the person (Article II - 63) among others. On the other hand it formulates the right to the protection of personal data (Article II - 68) or freedom of the arts and sciences (Article II - 73). Moreover, the whole Title IV of the Charter (“Solidarity”) concerns the rights which are typical for employment contracts and professional activity.

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Respecting the matter of its application and binding character Article II - 111 says that the Charter is addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and to the Member States when they are implementing Union law. Therefore it obliges them to respect the rights, observe the principles and promote the application thereof. Simultaneously the Charter stipulates that it does not formulate any new power or task for the Union or modify them anyway. In this sense the rules of the Charter are subordinated to the rest of the Constitutional Treaty. In consequence the interpretation of the aims of Union's activity cannot solely rest on the Charter. Within the sphere of the protection of human rights in particular. According to the views of the scientists who accentuate the wording of the Preamble of the Charter it constitutes a particular visualization of fundamental rights. It formulates them in the form they are in use in the community law. Therefore confirms altogether the rules which have been disclosed by the ECJ for years.

### ***Recapitulation.***

Fundamental rights both economical and no - economical in character are functioning within the Communities from the beginning of their existence. Nowadays these rights form indivisible and universal ideological foundations of the European Union. However, in the first years of the Communities the need for the protection of fundamental rights was not appreciated and even not recognized. The Charter of the Fundamental Rights of the Union is an effect of a process started years ago by the ECJ and its judgments.

Relying on the constitutional traditions common to the Member States the Court indicated the existence of human rights within its jurisdiction and qualified them as the rules of community law. The Court confirmed their legal protection ipso facto. Nevertheless, when comparing this conclusions with the wording of primary community law within the sphere of the aims of the Communities one cannot stand the feeling that they centre on broadly defined social and economical tasks which are necessary for the well - being of the societies. This conclusion finds also its reasons on the ground of the Constitutional Treaty.

Whereas the protection of human rights is one of the prior field of activity of the EU it does not occur among the aims of its existence. This finds its substantiation in the character of the Communities and the co-operation within their framework. On the other hand one has to keep in mind the formulation of Article 3 of the Constitutional Treaty with its basic and subordinate aims of the Union. The protection of fundamental rights forms one of the subordinate aims necessary for the realization of the main one. Nevertheless the significance of this protection is essentially evident. As a matter of practice it has been given precedence over the protection of economical rights.

The final conclusion of this elaboration is that human rights and their legal protection forms immanent component of co-operation of the Member States within the EU. However taking into consideration the reasons of this co-operation and the initiatives which have been taken since its beginning, the protection of human rights cannot be recognized as its main objective. The contents of the Constitutional Treaty compared with hitherto *acqui communautaire* evidently show that the

# **Eastern European Human Rights Law Journal**

## **Volume 2, Issue 1 (January 2005)**

Union is a supranational structure of economical character. Therefore the protection of human rights and freedoms is not the Union's prime objective. None the less regarding the need to secure an area of peace, well - being, justice and freedom such a protection has to be one of the main objectives.

The ensuring of efficient protection of human rights is a *sine qua non* condition of realization of the primordial, economical goals of the Union. The goals which have been verbalized in the Constitutional Treaty. The significance of commonly recognized human rights and freedoms for the life of every citizen of the Union is obvious and the Member States seem to be fully aware of it. On the ground of procedures the protection of human rights pertains to the powers of the ECJ and functions within the appropriate judicial proceedings.