

# ROUMANIE - UN SYSTÈME JUDICIAIRE ENTRE FORMALISME EXCESSIF ET EXCÈS DE POUVOIR

*Elena Simina TĂNĂSESCU*

La Constitution roumaine de 1991 a marqué, au niveau juridique, une véritable rupture par rapport au passé communiste. Une nouvelle hiérarchie de valeurs a été consacrée, et cela réclamait des instruments juridiques appropriés. La répression pénale, nécessaire dans tout État mais renouvelée en tant que buts, fonctions, formes et instruments, se devait d'être découplée de son précédent enracinement idéologique, et fondée entièrement sur des principes modernes, respectueux à la fois des objectifs propres à la loi pénale (prévention des crimes et réparation des dommages) et de la nouvelle « religion » *in statu nascendi* – la protection des droits humains. Dans cet esprit, la loi fondamentale adoptée par référendum le 8 décembre 1991 contenait - d'une manière symbolique dans le titre consacré aux droits fondamentaux - des principes généraux de droit pénal (la légalité des infractions et des peines ou la présomption d'innocence), et quelques dispositions de détail, plutôt de nature procédurale (sur la responsabilité pénale des dignitaires ou les garanties adaptées au régime juridique de quelques droits fondamentaux). La révision constitutionnelle de 2003 n'a rien changé à ce tableau général; elle s'est limitée à simplement aller plus loin dans le niveau de détail de certaines dispositions constitutionnelles.

Le changement fondamental accompli par la nouvelle constitution n'a pas été suivi immédiatement et dans toutes les matières par le nécessaire ajustement au niveau de la législation d'application; notamment en matière pénale le Code pénal et le Code de procédure pénale, adoptés tous les deux en 1968, sont restés en vigueur même après l'arrivée de la nouvelle Constitution, inchangés jusqu'en 1997, et révisés plusieurs fois depuis.<sup>1</sup> Une telle situation ne pouvait pas perdurer, et l'assainissement de la législation pénale a commencé assez rapidement après la création de la Cour Constitutionnelle pendant l'été 1992. Dans la confrontation entre le système de valeurs consacré par la Constitution et celui propre à une législation pénale pré-constitutionnelle les affrontements ont été nombreux et difficiles, soldés, en règle générale, avec le constat de l'abrogation implicite des normes pénales contraires à la loi fondamentale. (A) Toutefois, le législateur pénal post-constitutionnel aussi s'est vu confronté au filtre des règles fondamentales, mais sa marge de manœuvre a été mieux préservée par un juge constitutionnel conscient que la matière pénale constitue l'apanage exclusif du législateur organique. (B) Le facteur moins pris en compte a été le système judiciaire, appelé à appliquer une législation pénale structurée selon une hiérarchie de valeurs différente par rapport à celle consacrée par la Constitution, mais avec laquelle il était plus familier, et qui, quelquefois, a réussi faire perdurer l'ancien esprit du droit pénal pré-constitutionnel. (C)

## **A. La survie du droit pénal pré-constitutionnel est le résultat du filtrage opéré par le juge constitutionnel**

Nombreuses ont été les dispositions du Code pénal roumain de 1968 lesquelles, confrontées à la Constitution adoptée en 1991, ont dû céder le pas, mais on a préféré se concentrer sur deux situations-type, illustratives pour notre propos, à savoir la protection pénale du droit de propriété et le régime juridique de la détention provisoire. Dans les deux cas, les procureurs et les tribunaux ont manifesté des réticences à confronter la loi pénale à la Constitution, invoquant le principe de la plus stricte légalité qui s'impose en matière pénale avec un formalisme zélé, et feignant la crainte de se transformer en législateur s'ils devaient tirer les conséquences de l'inconstitutionnalité de certaines dispositions pénales pré-constitutionnelles. Tout en soulignant le rôle important qui revient aux organes d'application de la loi pénale, qui doivent tenir compte non seulement du formalisme juridique dans sa forme pure, mais aussi de la finalité de la loi pénale par rapport à la protection de tout un système de valeurs, la Cour

---

<sup>1</sup> Dernièrement, ils ont été remplacés par des nouveaux codes, adoptés en 2010, mais pas encore entrés en vigueur.

Constitutionnelle s'est employée à filtrer la loi pénale, n'hésitant pas, dans le passage, à reconfigurer son contenu.

#### **a) Protection pénale de la propriété privée**

Le Code pénal roumain a été adopté sous le régime de la Constitution de 1965, qui consacrait trois formes de propriété: la propriété socialiste, la propriété individuelle (qui appartenait aux paysans non coopérativisés dû aux conditions objectives liées à la position de leurs terres, et aux artisans qui avaient encore la propriété de leurs ateliers), et la propriété personnelle (qui comptait les biens personnels considérés comme "strictement nécessaires"). La *summa divisio* se faisait donc entre la propriété socialiste et celle personnelle, la propriété individuelle étant considérée comme résiduelle et vouée à la disparition. Selon cette logique, la protection pénale du droit de propriété était échelonnée sur deux degrés: répression plus sévère pour les agissements qui touchaient à la propriété socialiste et répression moins stricte pour ceux qui touchaient à la propriété personnelle. Toutefois, le Code pénal utilisait les notions d'infractions « contre les biens communs » et « contre les biens personnels », où la notion de « biens communs » était définie dans la partie générale du Code: "Par le terme 'commun' il est compris tout ce qui intéresse les organisations de l'État, les organisations de masse ou toute autre organisation qui déploie une activité utile de point de vue social et qui fonctionne conformément à la loi." Pour les infractions concernant lesdits « biens communs » les peines infligées étaient plus grandes que pour les infractions contre la propriété personnelle. Le critère de différenciation était donc le titulaire du droit de propriété.

La Constitution de 1991 opère avec une autre dichotomie, propriété publique et propriété privée, où la distinction est faite non pas selon le critère du titulaire, mais de la forme de propriété visée. La notion de « biens communs » est restée donc sans contenu, et une assimilation juridique entre l'ancienne propriété socialiste et la propriété publique n'était guère possible, tout comme toute similitude entre la propriété personnelle et celle privée n'était pas imaginable. Par conséquent, les dispositions du Code pénal qui garantissait la propriété n'étaient plus applicables, alors qu'une protection pénale efficace pour les formes de propriété consacrées par la Constitution de 1991 n'était pas encore mise en place.

Au début des années '90 les tribunaux ont été confrontés à la délicate situation de ne pas savoir comment protéger pénalement la propriété et, dans le doute, ils ont continué à appliquer les dispositions du Code pénal<sup>2</sup>, en faisant la différence entre la protection pénale de la propriété privée de l'État<sup>3</sup> et la protection pénale de la propriété privée des personnes physiques ou morales, malgré la prescription explicite de l'ancien article 41 alinéa 2 de la Constitution qui impose une protection égale de la propriété privée, sans distinction selon son titulaire. Dans une décision de principe n°1/1992, le Plénum de la Cour Constitutionnelle a fait savoir que la Constitution abroge implicitement toute disposition de la législation pre-constitutionnelle qui lui serait contraire, et cela même en matière pénale, où, pourtant, le principe de la légalité des infractions et des peines est de rigueur (et était invoqué par les tribunaux justement en faveur de leur jurisprudence contraire à la Constitution). En effet, la question plus générale de la possible abrogation implicite de la législation pre-constitutionnelle se trouvait dans ce cas-ci compliquée avec la spécificité de la matière pénale, à savoir le principe très stricte de la légalité des infractions et des peines.

---

<sup>2</sup> Par exemple Cour Suprême de Justice, sentence pénale n°1394/9.07.1992 publiée dans *Dreptul* n°8/1993, pp.89-90; Cour Suprême de Justice, sentence pénale n°2490/24.11.1992 publiée dans *Dreptul* n°8/1993, pp.90-91; Tribunal de grande instance Constanța, décision pénale n°316/8.04.1992 publiée dans *Dreptul* n°10/1992, pp.94-95; Tribunal de grande instance Constanța, décision pénale n°71/28.01.1993 publiée dans *Dreptul* n°7/1993, pp.73-74.

<sup>3</sup> Par exemple la Cour d'Appel, le Tribunal de grande instance et tous les tribunaux de première instance du département de Bacău n'ont fait aucune différence dans l'individualisation de la peine selon la nature juridique de la propriété (publique ou privée) endommagée par l'infraction à partir du moment où il s'agissait des vols contre des sociétés commerciales. (Tribunal de grande instance Bacău, décision pénale n°29/13.01.1993 - société commerciale à capital entièrement privé et Tribunal de grande instance Bacău, décision pénale n°306/8.04.1993 - société commerciale à capital entièrement détenu par l'État, confirmées par la Cour d'Appel Bacău en tant qu'instance de recours, décision pénale n°8/23.09.1993 - décisions non publiées)

En d'autres mots, les tribunaux faisaient savoir que si les dispositions pertinentes du Code pénal devraient être considérées comme abrogées implicitement<sup>4</sup>, il y aurait eu un vide législatif en matière pénale, ce qui leur semblait injuste, alors que si les dispositions du Code pénal étaient inconstitutionnelles mais applicables du fait qu'elles n'étaient pas encore abrogées expressément par le législateur, le juge n'avait pas d'autre choix que de les appliquer, faute de quoi il aurait pris des allures de législateur. Les juges estimaient invraisemblable qu'ils puissent agir en tant que législateur, de surplus en matière pénale, d'autant plus que le système politique avait changé et que le principe de légalité était devenu une valeur en soi, alors que la légalité en matière pénale était de rigueur et avait été respectée même pendant le système communiste. La confrontation entre les usus judiciaires et les valeurs de la nouvelle Constitution se heurtait dans ce cas précis à la spécificité de la matière pénale, où le formalisme juridique semblait avoir été respecté même sous le régime communiste, et avait laissé des traces indélébiles sur la pratique judiciaire.

La Cour Constitutionnelle soutenait que la spécificité de la matière pénale ne pouvait pas dépasser l'importance de la réglementation constitutionnelle d'autant plus que respecter *ad litteram* le principe de la légalité des infractions et des peines amenait à des solutions concrètes contraires aussi bien à la lettre comme (et surtout) à l'esprit de la Constitution. Sans s'ériger en législateur, et sans demander aux juges eux-mêmes d'en faire autant, la Cour Constitutionnelle a fait savoir qu'une simple interprétation et adaptation des dispositions pertinentes du Code pénal à la nouvelle réalité, consacrée au plus haut niveau par le texte même de la loi fondamentale, aurait suffi pour résoudre le dilemme artificiellement posé par les juges.

Pour trancher, la Cour Constitutionnelle a constaté l'abrogation implicite de l'article qui obligeait à une protection pénale renforcée des « biens communs » pour autant que cette protection vise la propriété privée. En revanche, même si le juge constitutionnel ne l'a pas dit expressément, cette protection pénale renforcée a été considérée comme valide par rapport à la propriété publique. Une interprétation qui, pour approximative qu'elle était, suffisait pour atteindre le but de la constitutionnalité sans attribuer des compétences de législateur ni aux tribunaux, ni au juge constitutionnel. Par la suite, plus de 36 décisions de la Cour Constitutionnelle se sont efforcées d'imposer cette vision des choses : la protection pénale renforcée de la propriété privée de l'État par rapport à celle d'autres propriétaires privés est inconstitutionnelle; la répression pénale aggravée peut être appliquée seulement pour la propriété publique alors que les biens propriété privée de l'État sont protégés de point de vue pénal de la même manière que tout autre bien propriété privée. Pour justifier ce choix la juridiction constitutionnelle avait expliqué qu'il s'agit seulement d'interpréter la portée de l'article du Code pénal, et non pas de légiférer, bien qu'en réalité, délimiter la sphère de la protection pénale revient à définir la matière pénale. Suite à cette brèche, toute une série d'autres dispositions du Code pénal relatives à la notion de « biens communs » ont été déclarées implicitement et partiellement abrogées. Finalement, en 1997, le législateur organique est intervenu et, par une modification du Code pénal, a entériné la solution suggérée par la juridiction constitutionnelle en matière de protection pénale du droit de propriété.

#### ***b) Régime juridique de la détention provisoire***

Dans sa version initiale, l'alinéa 4 de l'article 23 de la Constitution disposait : « La détention provisoire se fait en vertu d'un mandat émis par un magistrat, pour une durée de maximum trente jours. La personne arrêtée peut porter plainte au sujet de la légalité du mandat devant le juge, qui est obligé de se prononcer par un arrêt motivé. Seul le tribunal peut décider de la prolongation de l'arrestation. » Le

---

<sup>4</sup> Seulement pour remplacer un mot dans l'ensemble de la loi pénale (le terme de "milice" avait été remplacé avec celui de "police" par le Décret-loi n°12/1990 publié dans le J.Off. n°7/12.01.1990) le législateur avait pris le soin d'adopter un acte normatif qui précisait la terminologie à utiliser pour le future. D'autant plus pour l'abrogation d'un article du Code pénal le législateur aurait dû être attentif et minutieux et ne pas accepter des abrogations implicites.

niveau détaillé de la disposition constitutionnelle était justifié dans la doctrine<sup>5</sup> par la nécessité d'assurer les meilleures garanties possibles à la liberté individuelle, dans un effort d'harmonisation de la législation pénale roumaine avec les exigences des documents internationaux en la matière. En effet, beaucoup d'encre avait coulé au sujet de savoir si la durée de maximum 30 jours de la détention provisoire vise seulement le premier mandat émis, ou se réfère aussi aux décisions qui peuvent être prises suite au contrôle judiciaire prévu par la disposition constitutionnelle. Egalement, la pratique semblait hésitante sur le point de savoir si cette durée maximale doit être comptée à partir du moment où le procureur a émis le mandat ou à partir du moment où il a été saisi du dossier de l'affaire ou, encore, à partir du moment où le procureur en a saisi le tribunal de l'affaire. Des incertitudes ont plané aussi sur le point de savoir si le procureur peut émettre un mandat de détention provisoire, ou s'il est nécessaire, dans tous les cas, un contrôle judiciaire sur une telle décision. La doctrine de droit constitutionnel avait conclu que la disposition constitutionnelle souhaitait assurer la plus large protection possible à la personne soumise à un mandat de détention provisoire, et, par conséquence, l'interprétation du texte et de l'esprit de la Constitution allait dans le sens que la durée du mandat et l'autorité compétente de l'émettre devaient être plutôt limitées.<sup>6</sup> Malgré cela, une partie non-négligeable de la pratique a continué d'appliquer le Code de procédure pénale sous prétexte qu'il n'a pas été formellement modifié par le législateur.

En effet, Le Code de procédure pénale, conçu sous d'autres auspices, permettait que la mesure de la détention provisoire prise pendant la phase de la poursuite pénale soit continuée, ininterrompue, tout au long du procès pénal et même jusqu'à la solution définitive de l'affaire par le juge. En d'autres mots, le Code de procédure pénale contredisait d'une manière flagrante la loi fondamentale.

Confrontée à ce problème déjà en 1994 (décision n°60/1994), la Cour Constitutionnelle avait constaté l'abrogation partielle et implicite de la disposition pertinente du Code de procédure pénale. Le succès presque inespéré de ce premier essai, ainsi qu'une contre-réaction assez forte de la part du Ministère Public qui a continué d'appliquer les dispositions du Code de procédure pénale, ont fait en sorte qu'une longue série de décisions a suivi. Suite à une première modification du Code de procédure pénale en 1997, la détention provisoire a été réglementée différemment : la mesure prise pendant la phase de la poursuite pénale pouvait être maintenue jusqu'à l'initiation de la phase judiciaire du procès pénal, alors que pendant la phase judiciaire le contrôle du juge était présent de toute manière. Dans une autre décision, n°546/1997, la Cour Constitutionnelle avait déclaré cette solution législative toujours contraire à la Constitution, mais le législateur n'a réagi qu'en 2003 (par l'Ordonnance d'urgence n°109/2003 pour la modification du Code pénal et du Code de procédure pénale), lorsqu'il a enfin simplement repris la disposition constitutionnelle dans le Code de procédure pénale.

Ces deux exemples, choisis parmi plusieurs, restent emblématiques pour l'attitude proactive adoptée par le juge constitutionnel, qui a obligé le législateur et le système judiciaire se confronter non seulement à la nouvelle hiérarchie de valeurs consacrée par la loi fondamentale, mais aussi aux instruments qui étaient disponibles pour la faire régner. Dans ce contexte il est intéressant d'observer que la matière pénale a présenté la particularité du tout-puissant principe de légalité, pris dans le sens le plus formel possible, jusqu'à sa transformation dans un obstacle plutôt qu'un appui pour la construction de l'État de droit. Cela a empêché la mise en valeur des principes généraux de droit pénal pourtant codifiés dans la nouvelle Constitution précisément afin de garantir une meilleure sécurité juridiques et une prévisibilité accrue pour les conduites humaines. Par rapport à la législation pre-constitutionnelle, si la lenteur du législateur était quelque peu prévisible, car la transition politique et économique, doublée par les divers processus d'adhésion aux institutions européennes (Conseil de l'Europe ou Union Européenne) constituaient autant de sources de pression, le rôle conservateur joué constamment par le système

---

<sup>5</sup> Costica Bulai, *Deciziile Curtii Constitutionale si practica legislativa a Parlamentului în România*, <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=events/2003/bulai>

<sup>6</sup> Pour une vue d'ensemble sur l'historique de l'interprétation et la révision de l'article 23 de la Constitution voir A.Crisu, « Comentariu la art.23 » dans *Constitutia României – comentariu pe articole*, (coord. I.Muraru, S.Tanasescu), Bucuresti, C.H.Beck, 2008, p.217 et s.

judiciaire est plus difficilement explicable. Néanmoins cette réalité objective peut être constatée aussi par rapport à la législation post-constitutionnelle, bien que le rôle principal dans la définition de la matière pénale revienne au législateur.

## **B. La définition du droit pénal post-constitutionnel relève de la compétence discrétionnaire du législateur organique**

La Constitution roumaine prévoit non seulement le principe de la légalité en matière de définition des infractions et des peines, mais précise aussi que cette tâche incombe au législateur organique et non pas à celui ordinaire. La différence, imposée pour la première fois en Roumanie par la Constitution de 1991, entre les lois organiques et les lois ordinaires semble désormais acquise, bien qu'elle soit beaucoup moins claire qu'il ne paraît à première vue. En effet, l'article 73 de la Constitution révisée énumère certains domaines dans lesquels le constituant exige qu'une majorité absolue soit réunie lors de toute intervention parlementaire. *A contrario*, dans tous les autres domaines la majorité simple est suffisante pour légiférer. Mais tout le problème est là : d'un côté, la liste de l'article 73 n'est pas exhaustive, et il existe d'autres articles de la Constitution qui obligent le législateur de recourir à la loi organique, et de l'autre côté la Constitution reste silencieuse sur le point de savoir comment légiférer au cas où une seule loi mélange des dispositions de rang organique et ordinaire. En pratique, nombreuses ont été les situations où, parce qu'une loi contenait une infraction, elle a été adoptée en tant que loi organique malgré le fait que son domaine de réglementation relevait de la loi ordinaire (par ex. loi sur la protection de l'environnement ou loi sur le statut juridique des fonctionnaires publics, etc.). Par ce biais, la législation pénale spéciale a connu un essor inattendu pendant les derniers 20 ans, alors qu'à l'origine la disposition de l'article 73 de la Constitution était vouée à limiter l'appétit du législateur pénal par l'exigence d'une majorité accrue nécessaire pour pénaliser des conduites humaines.

En outre, la distinction entre les lois organiques et celles ordinaires était censée avoir une autre conséquence aussi : la délégation législative était prévue expressément par la version initiale de la loi fondamentale seulement dans le domaine de la loi ordinaire ; de là à en conclure que la Constitution avait interdit la délégation législative dans le domaine de la loi organique il n'était qu'un pas. Pourtant, le juge constitutionnel n'a pas saisi cette occasion et, pendant la deuxième moitié des années '90, la délégation législative a réussi dépasser la production normative parlementaire. En effet, la Constitution avait prévu deux types de délégation législative, les ordonnances simples, résultat d'une loi d'habilitation, et les ordonnances d'urgence, qui nécessitaient seulement une approbation ultérieure du Parlement. Très rapidement les ordonnances d'urgence ont pris le devant en tant qu'instrument normatif. Ce phénomène s'est fait ressentir en matière pénale aussi, où les changements et adaptations les plus significatives du Code pénal ou du Code de procédure pénale ont été accomplis par des ordonnances d'urgence du Gouvernement. (par ex. l'Ordonnance d'urgence n°109/2003 précitée)

De l'autre côté, le juge constitutionnel a été particulièrement respectueux de la marge discrétionnaire du législateur en matière pénale : « il est évident que le régime des peines constitue un problème de politique pénale que le législateur est le seul en mesure de résoudre selon les circonstances de chaque instant de la criminalité » (décision n°25/1999) ou « la liberté de réglementation dont dispose le Parlement vise la réglementation de la responsabilité pénale pour les agissements antisociaux qui touchent les valeurs prévues par la Constitution » (décision n°62/2007) ou encore « c'est au Parlement qu'il revient d'établir les infractions et leurs peines respectives, ainsi que les causes d'irresponsabilité » (décision n°140/2008) et encore « la réglementation de l'infraction de destruction qualifiée représente une option de politique pénale qui relève de la compétence exclusive du législateur » (décision n°176/2010)

Très rarement le juge constitutionnel s'est estimé compétent de véritablement censurer les choix opérés par le législateur en matière pénale, mais ces expériences n'ont pas toujours été couronnées de succès ; bien au contraire, des décisions mitigées de la Cour Constitutionnelle ont été vivement contestées par la doctrine et la pratique, et ont produits des effets contraires à ceux souhaités, alors que la réaction du législateur ne s'est pas fait attendre et n'a jamais suivi la voie indiquée par le juge constitutionnel. L'exemple le plus illustratif reste à ce jour les infractions de diffamation et insulte (ex-articles 205 – 206

du Code pénal roumain), à l'origine incriminées par le Code pénal en tant que garanties de la dignité humaine, et des-incriminées par le législateur post-constitutionnel<sup>7</sup> en tant que réaction au nombre croissant de condamnations que la Roumanie a subi devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour la trop fréquente incarcération des journalistes sur cette base.<sup>8</sup> Dans un effort de conserver dans le système normatif juridiquement valide ces garanties de la dignité humaine, la Cour Constitutionnelle avait constaté que leur abrogation était inconstitutionnelle (au vue de l'article 1 de la Constitution, qui déclare la dignité humaine en tant que valeur suprême de l'État de droit, démocratique et sociale que se veut la Roumanie contemporaine), et que, de ce fait, les infractions de diffamation et insulte étaient toujours en vigueur. (décision n°62/2007) Mise à part les interrogations de la doctrine sur les limites de la compétence de la Cour Constitutionnelle elle-même<sup>9</sup>, cette décision a eu le douteux effet d'augmenter l'insécurité juridique et l'imprévisibilité de la jurisprudence de droit commun en la matière, car une partie des tribunaux ont pris la décision de la juridiction constitutionnelle pour le nouveau Code pénal et ont continué de condamner pour diffamation et insulte, alors que d'autres ont préféré attendre une intervention du Parlement et se sont désistés de toutes les affaires de diffamation et insulte. Finalement, lorsque le nouveau Code pénal a été adopté<sup>10</sup>, l'insulte et la diffamation n'y figurent plus.

Cet exemple montre à quel point le législateur est souverain dans la définition de la matière pénale, et ce malgré des limites explicites tracées par la Constitution et même contre les explications plus que rationnelles fournies par le juge constitutionnel. Dans sa décision n°62/2007 la Cour Constitutionnelle avait bien souligné : « selon l'article 1 alinéa 5 de la loi fondamentale, le respect de la Constitution et de sa suprématie est obligatoire, d'où il résulte que le Parlement ne peut pas exercer sa compétence d'incriminer et de des-incriminer des faits antisociaux sans respecter les normes et les principes consacrés par la Constitution. Par exemple, le Parlement ne pourrait pas, sans méconnaître la Constitution, définir comme infractions des faits qui comporteraient des éléments de discrimination prévus par l'article 4 alinéa 2 de la Constitution. De la même manière le Parlement ne pourrait pas éliminer la protection pénale des valeurs qui ont rang constitutionnel, tel le droit à la vie, la liberté individuelle, le droit de propriété ou, comme dans ce cas-ci, la dignité humaine. La liberté de réglementation dont dispose le Parlement dans ces cas est exercée par la réglementation des conditions spécifiques à la responsabilité pénale pour les faits antisociaux qui touchent les valeurs prévues et garanties par la Constitution.» Cette belle plaidoirie pour le respect du partage des compétences entre le constituant et le législateur dans le domaine de la définition de la matière pénale, ainsi que pour le respect des fonctions assignées au droit pénal dans tout système normatif n'ont pas eu d'écho. Le législateur a simplement ignoré la valeur ultime sur laquelle repose la construction constitutionnelle roumaine et a rayé la protection pénale de la dignité humaine. Désormais, sa protection juridique relève uniquement de la jurisprudence en responsabilité extra-contractuelle.

### **C. Le rôle du système judiciaire dans la définition du droit pénal**

Mais le législateur n'est pas le seul à jouir d'une très large marge de manœuvre dans ce domaine. Bien que dépourvu de toute compétence formelle dans la définition du droit pénal, et malgré une attitude extrêmement respectueuse de la légalité la plus formelle, en réalité le rôle du système judiciaire en matière pénale reste important. Pendant les années qui ont suivi l'adoption de la Constitution de 1991, et même après sa révision en 2003, le système judiciaire a été confronté à un environnement juridique assez

---

<sup>7</sup> Loi n°278/2005 pour la modification du Code pénal et d'autres lois pénales, publiée dans le J.Off. n°601/12 juillet 2006.

<sup>8</sup> Voir notre Chronique AIJC 2008, p.811 et sv.

<sup>9</sup> D.C.Danisor & S.Raduletu, « Competenta Curtii Constitutionale. Insulta. Calomnia. Controlul normelor de abrogare », *Curierul judiciar* n°3/2007, p.4-25 ; E.S.Tanasescu, « Insulta si calomnia. Dezincriminare. Demnitate umana. Protectia valorilor constitutionale. Abrogare partiala. Vid legislativ. Competenta Curtii Constitutionale. Efectele deciziilor Curtii Constitutionale » ; *Curierul judiciar* n°4/2007, p.1-14.

<sup>10</sup> Loi n°286/2010 sur le Code pénal, publiée dans le J.Off. n°510/24 juillet 2010.

complexe: une législation pénale dynamique mais dont la principale source (code pénal & code de procédure pénale) n'a pas changé de philosophie, assortie d'une consolidation constante et sans précédent de son indépendance fonctionnelle, budgétaire et organisationnelle en complément des nombreux changements institutionnels lesquels avaient pour but l'unification de la jurisprudence (mais qui ont fini plutôt dans le contraire).

En effet, le recours dans l'intérêt de la loi, introduit dans la compétence des Sections Réunies de la Haute Cour de Justice et de Cassation par la loi n°304/2004 portant sur l'organisation judiciaire, représente le principal instrument dont dispose le système judiciaire pour assurer l'interprétation et l'application unitaire de la loi. Cette voie de recours est à la disposition des collèges de direction des Cours d'appel ou du Procureur Général de la République, qui peuvent saisir la Haute Cour de Justice au cas où une même question de droit serait traitée dans des manières différentes par les tribunaux du pays. Il s'agit donc d'une voie extraordinaire de recours qui permet non pas de résoudre des problèmes concrets (la solution rendue par la Haute Cour n'est pas applicable dans les affaires qui ont conduit à l'emploi de cette procédure), mais d'assurer que le système normatif valide est uniformément interprété et appliqué sur l'ensemble du territoire (la solution rendue par la Haute Cour est obligatoire pour tous les tribunaux dans la solution de cette même question de droit dans le futur). La doctrine discute toujours de la valeur de source de droit de telles décisions de justice.<sup>11</sup> Cette discussion doctrinaire n'est pas complètement dépourvue d'intérêt, notamment en matière pénale, et un parmi les exemples les plus illustratifs concerne une confrontation directe entre la Cour Constitutionnelle et la Haute Cour de Justice, mais dont l'origine reste le législateur.

Ainsi, par la décision n°486/1997 la Cour Constitutionnelle a constaté que les dispositions de l'art.278 Code procédure pénale (résolution de ne pas commencer la poursuite pénale prise par le procureur) sont constitutionnelles seulement dans la mesure où elles n'arrêtent pas toute personne qui serait mécontente de cette solution adoptée par le procureur de s'adresser à la justice. Le Ministère Public dans son ensemble avait difficilement encaissé cette nouvelle forme de contrôle judiciaire sur son activité, d'autant plus qu'elle n'était pas prévue par la législation pénale d'origine communiste ; en effet, la Constitution de 1965 faisait de la « procurature » la quatrième branche du pouvoir étatique, chargée de « veiller au respect de la légalité socialiste ». Les conséquences institutionnelles d'une telle configuration fonctionnelle se retrouvaient dans la législation pénale, qui assurait une large marge de manœuvre aux procureurs, sans aucun contrôle judiciaire sur la plupart des activités déployées dans la phase de la poursuite pénale. Paradoxalement, c'est avec l'aide du pouvoir judiciaire que le Parquet allait s'en sortir de cette situation, même si au passage le système judiciaire a dû balayer aussi bien le législateur comme le juge constitutionnel.

La loi n°281/2003 a modifié le Code de procédure pénale et a introduit un nouvel article 278<sup>1</sup>, lequel permet d'introduire une action en justice à toute personne concernée par une telle résolution prise par un procureur, et fixe la compétence du tribunal à trancher le litige. Entre autres, l'article 278<sup>1</sup> alinéa 8 lettre c) du Code de procédure pénale précise que :

*« Le tribunal prononce une des solutions suivantes :...*

*c) admet la plainte par une décision interlocutoire, casse la résolution ou l'ordonnance attaquée et, lorsque les preuves existantes au dossier sont suffisantes pour trancher le litige, retient l'affaire pour la juger, les dispositions concernant le jugement en première instance et les voies de recours étant appliquées d'une manière appropriée. »*

Par la décision n°73/2005 le juge constitutionnel a constaté que la nouvelle disposition du Code de procédure pénale était constitutionnelle. En fait, une personne physique avait soutenu que ces dispositions obligent le juge du tribunal à méconnaître les règles du procès équitable dans la mesure où ils l'obligent à exprimer son opinion avant dire droit dans une affaire, par le fait que la décision interlocutoire qu'il doit prononcer pour admettre en principe la plainte laisse entendre la solution de

---

<sup>11</sup> B.Diamant, E.Blându, C.Turianu, « Discutie cu privire la caracterul deciziilor civile ale CSJ, date in Sectiile unite, ca urmare a introducerii unor recursuri în interesul legii », *Dreptul* n°7/2003.

condamnation qu'il est par la suite presque obligé de prononcer. Il est donc impossible de soutenir qu'un tel magistrat rempli les conditions d'impartialité requises pour rendre justice d'une manière équitable, selon les exigences de l'article 6 de la CEDH, car « le parquet doit soutenir l'action pénale, et le tribunal n'est pas en mesure de se substituer au parquet en tant que titulaire de l'action pénale dans le cadre de telles affaires parce que le tribunal doit rester impartial, un facteur d'équilibre aussi bien pour le respect des droits de la société, représentée par le procureur, tout comme de l'inculpé ». La Cour Constitutionnelle a rejeté cette exception d'inconstitutionnalité car, lorsqu'il décide sur de telles plaintes, le tribunal ne tranche pas le litige sur le fond, mais analyse seulement la légalité et le bien fondé des solutions prononcées par le procureur sur la base des preuves administrées pendant la poursuite pénale et des éventuelles preuves présentées par les parties afin de soutenir leur plainte. Pour trancher le fond du litige les règles de procédure concernant le jugement en première instance et les voies de recours doivent être appliquées d'une manière appropriée. Par conséquent, l'impartialité de la justice n'est pas méconnue non plus, car une fois que le tribunal a été investi par la plainte qu'il a jugée admissible, c'est toujours le procureur qui va soutenir l'action pénale, et dans le cadre du procès sur le fond de l'affaire, il peut demander soit l'acquittement soit la condamnation de l'inculpé. Donc le jugement qui tranche sur la plainte a un autre objet que le jugement sur le fond de l'affaire et il ne peut pas y avoir substitution du Ministère Public par le tribunal saisi de la plainte.

Dans la doctrine il y a eu des nombreuses discussions sur le point de savoir si une dichotomie si nette peut exister entre le jugement sur l'admissibilité de la plainte et le jugement sur le fond de l'affaire pénale. En réalité, lorsque le tribunal qui tranche sur la plainte contre la résolution du procureur décide qu'elle est bien fondée, il est obligé déclencher l'action pénale lui-même, ce qui n'arrive que très exceptionnellement dans le système juridique roumain. Le détail qui fait que les tribunaux n'ont pas l'habitude de déclencher l'action pénale, car ils n'en ont pas les moyens d'effectuer la poursuite pénale nécessaire dans une telle hypothèse, n'avait pas été pris en compte ni par le législateur, ni par le juge constitutionnel. La conséquence directe a été une avalanche des contestations de la constitutionnalité de l'article 278<sup>1</sup> alinéa 8 lettre c) du Code de procédure pénale.

Dans la pratique, certains tribunaux ont estimé que le juge qui a tranché le litige portant sur la plainte est incompatible pour juger aussi le fond de l'affaire, alors que d'autres ont estimé qu'il ne l'est pas. Saisie avec un recours dans l'intérêt de la loi, la Haute Cour de Justice et de Cassation a décidé dans son arrêt n°XV/2006<sup>12</sup> d'unifier la pratique dans le sens de la première mentionnée. Par la suite, dans l'arrêt n°XVLI/2007<sup>13</sup> -rendu aussi sur la base d'un recours dans l'intérêt de la loi-, la Haute Cour a décidé que le juge qui décide de retenir la plainte sur le fond ne peut pas procéder immédiatement au jugement du fond de l'affaire, mais doit le renvoyer au procureur afin de commencer ou recommencer la poursuite pénale (et non pas retenir l'affaire et la trancher directement, sans qu'une poursuite pénale existe dans ces dossiers). Finalement, par l'arrêt n°XXXIV/2008<sup>14</sup> -rendu aussi pour l'unification de la pratique divergente-, la Haute Cour de Justice et de Cassation a décidé que lorsqu'une demande de changement de l'encadrement juridique est effectué dans le cadre des procédures prévues par l'article 278<sup>1</sup> alinéa 8 lettre c) Code de procédure pénale la plainte ne peut pas constituer l'acte de saisine du tribunal, car l'action pénale doit obligatoirement être introduite par le procureur.

Malgré le caractère technique des détails de procédure pénale, il devient clair que, pour ne pas contredire directement ni le législateur, ni la Cour Constitutionnelle qui avait confirmé la constitutionnalité du choix du premier, la Haute Cour de Justice et de Cassation a construit une jurisprudence qui, en réalité, modifie le contenu de la norme juridique sous le prétexte d'une interprétation rendue nécessaire par des pratiques divergentes. En effet, la Haute Cour s'est érigée en législateur sans l'avouer, mais en pratiquant la politique des petits pas et aidée par l'effet obligatoire des

---

<sup>12</sup> <http://www.scj.ro/Decizii%20SU%5CDecizie%20XV%202006.html>

<sup>13</sup> <http://www.scj.ro/Decizii%20SU%5CDecizia%20Nr.%20XLVIII%20%2848%29.html>

<sup>14</sup> <http://www.scj.ro/Decizii%20SU%5Cdecizie%20XXXIV%202008.html>

arrêts rendus sur la base des recours pour l'intérêt de la loi, elle a simplement maintenu en vigueur une solution législative abrogée par le Parlement.

Il est intéressant à observer qu'en adoptant cette position la Haute Cour se met dans une situation où elle semble s'opposer à l'État de droit, en refusant un moyen de contrôle sur l'activité du Ministère Public qui, en même temps, est un instrument de protection des droits humains, sous couvert du fait que le déclenchement de l'action pénale directement par les tribunaux était une exception sous l'empire du Code de procédure pénale de 1968. Il est également intéressant à noter que dans ce cas-ci le système judiciaire semble, apparemment, plus enclin à préserver la marge de manœuvre du Ministère public que de formellement respecter le principe de légalité bien qu'il s'agisse de la matière pénale où il a toujours manifesté de scrupules. Pour notre part on estime que dans ce cas-ci il ne s'agit pas tellement de l'aisance qui est procurée par des pratiques bien établies et mieux connues, mais plutôt de la crainte du système judiciaire de se voir dévolu des tâches et compétences nouvelles. Le déclenchement de l'action pénale directement devant le tribunal n'est pas interdite, mais représente l'exception dans le système pénal roumain, et le système judiciaire n'a pas acquiescé à ce que cette exception devienne plus large, même si la loi fondamentale aurait pu le permettre. Dans toutes ces considérations la confrontation avec la Constitution et son nouveau système de valeurs n'a pas effleuré l'esprit des juges et procureurs, qui se sont bornés à raisonner selon des critères totalement étrangères à la mission de l'autorité judiciaire dans un État de droit. Cette résistance latente a fini, dans quelques situations comme celle décrite plus haut, à faire du système judiciaire un participant à la définition de la matière pénale, même si un diffus, informel, mais extrêmement puissant.

\* \* \*

Le passage du système judiciaire roumain du formalisme inhérent au domaine juridique à l'excès du pouvoir s'est opéré dans l'espace de vingt ans et sous le régime de la même loi fondamentale, marginalement révisée en 2003. Il est saisissable dans beaucoup de matières, mais le domaine du droit pénal reste le plus significatif aussi bien de par son importance pour l'être humain et ses droits fondamentaux, que de par l'intérêt que l'État lui a porté. Ce constat a pu être fait par le système judiciaire lui-même, en tant que réaction à certaines décisions de justice. Néanmoins, les effets d'un tel constat ne font, malheureusement, qu'augmenter l'excès de pouvoir qu'ils entendent combattre, comme dans le cas d'espèce rapporté dans une revue de spécialité par un juge non-désintéressé et qui lui a valu une action disciplinaire devant le Conseil Supérieur de la Magistrature de la Roumanie ...

Saisie avec plusieurs recours contre des arrêts prononcés par le tribunal de grande instance de Arges, lequel à son tour avait tranché des appels contre des arrêts du tribunal de première instance de Pitesti, la Cour d'appel de Pitesti a rendu plusieurs décisions (n°398 du 8/07/2008 ou n°178 du 23/09/2009 – non-publiées<sup>15</sup>) dans lesquelles elle a décidé que la Haute Cour de Justice et de Cassation avait réalisé un excès de pouvoir et, en profitant des compétences qui lui ont été rendues par la Constitution et la loi afin d'unifier la pratique de tous les tribunaux, elle a détournée le sens de la loi, devenant ainsi législateur *de facto*. Sur la base de ce constat, la Cour d'appel de Pitesti a décidé que les décisions de la Haute Cour sont inconstitutionnelles. Comme la Cour d'appel ne peut pas annuler les décisions de la Haute Cour, elle s'est bornée de les rendre inapplicables au cas d'espèce, et elle a donc tranché le litige pénal sur le fond dans le sens contraire des décisions dans l'intérêt de la loi mais selon sa propre interprétation du Code de procédure pénale.

Pour rendre les choses en claire, une cour d'appel a contrôlé la constitutionnalité des décisions rendues par la Haute Cour de Justice et de Cassation et ce dans le cadre d'un système européen de justice constitutionnelle.

Au-delà (aussi) de la très intéressante question de savoir qui a la compétence de vérifier la constitutionnalité des actes normatifs qui ne sont pas donnés dans la compétence de la CCR, ainsi que de celle qui consisterait à analyser les causes plus profondes de l'apparent rivalité entre l'ordre judiciaire et la juridiction constitutionnelle dans le pays où la justice constitutionnelle à l'américaine est apparue de

---

<sup>15</sup> M.Andreescu, Competenta instantelor judecatoresti de a cenzura actele juridice neconstitutionale, Curierul Judiciar n°3/2009, p.155.

manière prétorienne en 1912 déjà, il reste la question de savoir si l'État de droit peut s'accommoder avec la réparation d'une apparente illégalité par excès de pouvoir par un autre abus de droit = excès de pouvoir ? tous les deux accomplis au nom de l'indépendance de la justice ...

## **România – un sistem judiciar între formalismul excesiv și excesul de putere**

### *Rezumat*

*Constituția României din 1991 a marcat, la nivel juridic, o veritabilă ruptură față de trecutul comunist. A fost consacrată o nouă ierarhie de valori, iar aceasta reclama instrumente juridice adecvate. Represiunea penală, necesară în orice stat dar reînnoită în ceea ce privește scopurile, funcțiile, formele și instrumentele, trebuia decuplată de ancorele ideologice anterioare, și întemeiată în întregime pe principii moderne, care să respecte atât obiectivele proprii legii penale (prevenirea infracțiunilor și repararea daunelor), cât și noua « religie » in statu nascendi – protecția drepturilor omului. În acest spirit, legea fundamentală adoptată prin referendum la 8 decembrie 1991 conținea – într-o manieră simbolică, în titlul consacrat drepturilor fundamentale – principii generale de drept penal (legalitatea infracțiunilor și pedepselor și prezumția de nevinovăție) și câteva dispoziții de detaliu, mai degrabă de natură procedurală (privind responsabilitatea penală a demnitarilor sau garanțiile adaptate regimului juridic al unor drepturi fundamentale). Revizuirea constituțională din 2003 n-a schimbat cu nimic acest tablou general, limitându-se pur și simplu la accentuarea nivelului de detaliu al anumitor dispoziții constituționale.*