



Strasbourg, le 22 novembre 2005

CDL-AD(2005)023
Or. angl.

Avis n° 349/2005

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS
SUR LES DISPOSITIONS RELATIVES AU POUVOIR JUDICIAIRE
DU PROJET DE CONSTITUTION
DE LA REPUBLIQUE DE SERBIE¹

Adopté par la Commission
lors de sa 64^e session plénière
(Venise, 21-22 octobre 2005)

sur la base des observations de

M. James HAMILTON (Membre suppléant, Irlande)
M. Jeffrey JOWELL (Membre, Royaume-Uni)
M. Georg NOLTE (Membre suppléant, Allemagne)
Mme Hanna SUCHOCKA (Membre, Pologne)

¹ Tel qu'approuvé par le Gouvernement de la République de Serbie en juin 2004.

I. Introduction

1. Par une lettre datée du 20 juin 2005, M. Stojkovic, ministre de la Justice de la République de Serbie, a prié la Commission de Venise d'émettre un avis sur le chapitre relatif au pouvoir judiciaire du projet de Constitution de la Serbie que le Gouvernement a approuvé en juin 2004.
2. Le présent Avis, qui repose sur les observations de Mrs. Hamilton (Irlande), Jowell (Royaume-Uni), Nolte (Allemagne) et de Mme Suchocka (Pologne), a été examiné et adopté par la Commission de Venise à sa 64^e session plénière, le 21 octobre 2005, à Venise.

II. Remarques générales

3. Les dispositions du projet de Constitution visent à instaurer l'indépendance du pouvoir judiciaire et à créer un ministère public indépendant. L'indépendance du pouvoir judiciaire est un principe fondamental de la démocratie et de l'Etat de droit et un élément nécessaire d'un procès équitable. Un pouvoir judiciaire indépendant garantit que le gouvernement et l'Administration puissent être appelés à rendre des comptes et que les lois régulièrement promulguées sont appliquées. L'indépendance du pouvoir judiciaire apparaît dans le chapitre premier du projet de Constitution consacré aux principes fondamentaux. L'article 3 érige la primauté du droit en valeur suprême de la Constitution et en fait un des facteurs de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Protéger le ministère public des ingérences injustifiées garantit que les lois régulièrement promulguées sont appliquées sans parti-pris politique ou personnel.
4. Un certain nombre d'instruments internationaux et d'autres du Conseil de l'Europe relatifs à l'indépendance du pouvoir judiciaire définissent les mécanismes de base nécessaires pour atteindre un niveau d'indépendance satisfaisant. Le texte de référence en la matière est la Recommandation (94)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges. Ce texte, relativement succinct, laisse beaucoup de questions à la discrétion des autorités nationales. L'avis n° 1 (2001) du Conseil consultatif de juges européens à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les normes relatives à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges fournit davantage de précisions.
5. Il n'existe pas de norme européenne commune relative au ministère public. Dans certains pays, le ministère public, qui fait formellement partie du pouvoir exécutif, dépend plus ou moins du pouvoir politique alors que, dans d'autres, il est plus indépendant étant rattaché au pouvoir judiciaire. Les divers modèles nationaux se différencient encore sur d'autres points, par exemple, en ce qui concerne l'obligation ou, au contraire, le pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites. Cependant, tout système doit tenir compte de la Recommandation (2000)19 du Comité des Ministres sur le rôle du ministère public dans le système de la justice pénale qui énonce que la nature et l'étendue de l'indépendance du ministère public doivent être précisées par la loi afin de préserver son indépendance, mais aussi d'éviter que le ministère public n'acquière trop de pouvoir au point de constituer une menace pour la démocratie.

III. Commentaires article par article

LE POUVOIR JUDICIAIRE

Article 125 – Dispositions de base

6. La première phrase du premier paragraphe affirme le principe selon lequel les juges sont "indépendants et subordonnés à la Constitution et à la loi exclusivement". On trouve cette même disposition dans les autres Constitutions européennes, par exemple, à l'article 97 de la Loi

fondamentale allemande², quoique le terme "subordonné" qui figure dans la traduction anglaise n'exprime pas forcément au mieux cette idée.

7. A l'exception de la Cour suprême, prévue l'article 129, et de la Cour constitutionnelle qui est définie comme une instance judiciaire indépendante et autonome (voir articles 170 à 178), tous les autres tribunaux doivent être institués par une loi organique qui définit leurs attributions et leur compétence. Ajoutons que la Constitution évoque très peu la Cour suprême alors même que celle-ci doit être instituée par la Constitution (voir article 129). On peut s'interroger sur l'opportunité de laisser à une loi organique le soin de disposer de toutes ces questions. Cette question a son importance car il est beaucoup plus facile d'adopter et de modifier les lois organiques que la Constitution. Il faut cependant tenir compte du fait que la Serbie est un pays en transition et qu'il sera peut être nécessaire de réformer la structure du système judiciaire dans un avenir proche. C'est pourquoi il est souhaitable de ne pas avoir des règles trop rigides.

8. Affirmer que les tribunaux peuvent être "abolis" par une loi organique prête à confusion dès lors que, pour donner effet à l'article 3 (et, par ricochet, à d'autres droits fondamentaux consacrés par la Constitution) des tribunaux sont nécessaires. Il serait préférable que cette disposition énonce qu'une loi organique régit la "création, l'organisation, les fonctions et la hiérarchie (sous réserve de l'article 129 qui consacre la primauté de la Cour suprême de Serbie) des tribunaux (ou un libellé à cet effet). Pareille formulation impliquerait sûrement que l'on pourrait supprimer certains tribunaux dès lors que (conformément à l'article 3) l'accès à la justice et la prééminence du droit sont préservés.

9. L'interdiction d'instituer des tribunaux temporaires et des tribunaux extraordinaires, notamment des tribunaux militaires, mérite d'être saluée.

Article 126 – Permanence et inamovibilité des juges

Nomination pour une durée indéterminée

10. Selon l'article 126.1 du projet, "un juge est nommé pour une durée initiale de cinq ans et pour une durée indéterminée par la suite". Il faut supposer que l'expression "pour une durée indéterminée" signifie que le juge est nommé jusqu'à la survenance de l'âge de la retraite, sous réserve d'une cessation anticipée de ses fonctions par effet de l'article 128. Il serait préférable d'énoncer clairement qu'il s'agit en fait d'une nomination à titre permanent jusqu'à la survenance de l'âge de la retraite.

Nomination initiale pour une durée de cinq ans

11. La question relative à la nomination initiale pour une durée de cinq ans est plus délicate. Il est vrai que, dans beaucoup de pays d'Europe continentale où de jeunes juristes inexpérimentés sont nommés à la fonction de juge, la nomination initiale constitue souvent une période d'essai. Cette pratique est toutefois source d'inquiétude s'agissant de l'indépendance de ces juges qui pourraient se sentir obligés de statuer dans un sens donné³.

² Art .97.1: " Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi. "

³ Une décision de la cour d'appel de la Cour suprême en matière pénale de l'Écosse (*Starr v Ruxton*, [2000] H.R.L.R. 191 ; voir aussi *Millar v Dickson* [2001] H.R.L.R. 1401) illustre le type de difficultés qui peuvent surgir. Dans cette affaire, la haute juridiction écossaise a considéré que la garantie d'un jugement devant un tribunal indépendant conformément à l'article 6 (1) de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'était pas respectée par une procédure de jugement en matière pénale devant un juge nommé pour une durée d'un an et dont le renouvellement de la nomination relevait du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. La décision ne va peut-être pas jusqu'à laisser entendre qu'un juge nommé à titre temporaire ou qui n'est pas inamovible ne pourrait en aucun cas constituer une juridiction indépendante au sens de la convention mais elle indique certainement qu'il est pour le moins souhaitable de faire en sorte qu'un juge nommé à titre provisoire ait la garantie d'une nomination permanente, sauf dans les circonstances qui justifieraient la révocation d'un juge permanent. En l'absence d'une telle condition, le juge ne peut pas être considéré comme véritablement indépendant.

12. Il n'existe pas de jurisprudence établie de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet⁴ et la Recommandation (94)12 du Comité des Ministres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges n'en dispose pas non plus expressément. Mais il est d'autres textes qui l'évoquent. Le mémorandum explicatif de la Charte européenne sur le statut des juges qui a été adoptée à Strasbourg en juillet 1998 (DAJ/DOC(98)23) exprime des doutes en son paragraphe 3.3 :

“Il est évident que l'existence de périodes probatoires ou de conditions de renouvellement présente des difficultés, voire des dangers, du point de vue de l'indépendance et de l'impartialité du juge en question qui espère être confirmé dans ses fonctions ou obtenir le renouvellement de son contrat».”.

La Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice, adoptée à Montréal en juin 1983 par la Conférence mondiale sur l'indépendance de la justice (UN DOC.E/CN.4/Subs.2/1985/18/Add.6, Annexe 6) énonce que :

“La nomination de juges à titre temporaire et la nomination de juges pour des périodes d'essai sont incompatibles avec l'indépendance de la justice. Là où de tels modes de nomination existent, ils devraient être éliminés progressivement ”.

13. D'un côté, le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire est un sujet de préoccupation majeur ; de l'autre, il est tout aussi indispensable, dans des pays où des personnes ayant une expérience limitée peuvent être nommées à la fonction de juge de s'assurer, dans les faits, de leur aptitude réelle à s'acquitter effectivement de leurs fonctions avant de les nommer jusqu'à la survenance de l'âge de la retraite. Certains pays peuvent, en conséquence, juger indispensables de nommer les juges pour une période d'essai mais, dans ce cas, il est essentiel de mettre en place des garanties appropriées.

14. Pareille garantie pourrait, par exemple, consister à limiter le rôle de ces juges en veillant à ce que leurs collègues nommés à titre permanent leur fournissent des conseils éclairés et qu'ils ne prennent pas seules des décisions définitives. La législation polonaise prévoit, par exemple, la nomination au poste d'assesseur avant de devenir juge à part entière. Réduire la période d'essai - excessive- de cinq ans atténuerait également le problème.

15. Le point essentiel est de prévoir suffisamment de garanties procédurales, établies par la loi (de préférence organique), de sorte à garantir que toutes les décisions reposent sur des critères objectifs. La Recommandation (94)12 énonce que “toute décision concernant la carrière professionnelle des juges devrait reposer sur des critères objectifs, et la sélection et la carrière des juges devraient se fonder sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité”. Le système proposé omet de satisfaire à ce critère. La décision relative à la nomination d'un juge après la période d'essai serait prise par un organe politique, l'Assemblée du Peuple, sous la forme d'élections, c'est-à-dire par un acte discrétionnaire qui

⁴ La Commission européenne des Droits de l'Homme a jugé, dans l'affaire n° 28899/95, *Stieringer c. Allemagne*, le 25 novembre 1996, que les dispositions de l'article 6 (1) de la convention n'étaient pas enfreintes dans le cas d'une procédure de jugement pénal qui avait eu lieu en Allemagne devant trois juges, dont deux nommés pour une période probatoire, et deux assesseurs non-magistrats. Pendant toute la durée de la période probatoire, les juges ainsi nommés pouvaient être révoqués par les autorités judiciaires, sous réserve de leur droit de contester leur révocation devant une juridiction disciplinaire. Selon le droit allemand, leur participation à la procédure de jugement devait être justifiée par une nécessité impérative. Les tribunaux allemands avaient jugé qu'une telle nécessité n'existait pas en l'occurrence. La Commission a estimé, quant à elle, qu'il n'y avait pas infraction à l'article 6 (1).

n'aurait pas à être justifié par des critères objectifs. La Commission est d'avis que le Haut Conseil judiciaire devrait avoir en charge de prendre les décisions relatives au statut des juges nommés pour une période d'essai de sorte à garantir qu'elles reposent exclusivement sur le mérite et ne sont pas influencées par des considérations politiques injustifiées. Ces décisions du Haut Conseil judiciaire devraient être susceptibles de recours devant un tribunal.

Article 127 – Nomination. Immunité. Conflit d'intérêts.

Nomination

16. Les dispositions de l'article 127 sur la nomination des juges est source de vives inquiétudes. Les juges et les présidents des tribunaux sont "élus par l'Assemblée du Peuple sur proposition du Haut conseil judiciaire". Le Président de la Cour suprême de Serbie est "élu" (il le faut supposer par l'Assemblée du Peuple bien que cela ne soit pas énoncé clairement) sur proposition du Président de la République qui aura "pris l'avis de l'assemblée générale de la Cour suprême de Serbie". La participation du Parlement aux nominations judiciaires emporte le risque de les politiser. S'agissant plus particulièrement des juges des tribunaux inférieurs, l'on voit mal ce que pourrait apporter une procédure de nomination parlementaire. En Serbie, l'Assemblée du Peuple ne s'est à ce jour pas contentée de confirmer des candidats présentés par le Haut conseil judiciaire mais a rejeté un nombre considérable de ces candidats dans des cas où il paraît douteux que ses décisions étaient fondées sur le mérite. Cela n'a rien d'étonnant car l'élection par un Parlement est un acte discrétionnaire dans lequel les considérations politiques ont toujours leur rôle.

17. Comme énoncé précédemment⁵, la Recommandation (94)12 exige que les nominations judiciaires reposent sur des critères objectifs et le mérite et non pas des considérations politiques. Le rôle essentiel en matière de nominations judiciaires devrait, en conséquence, revenir à une instance impartiale telle que le Haut conseil judiciaire - prévu aux articles 133 à 135 de la Constitution - dont les propositions ne pourraient être rejetées qu'à titre exceptionnel. L'on ne saurait attendre d'un Parlement élu qu'il fasse preuve d'une telle retenue. C'est pourquoi il paraît préférable de considérer ces nominations comme une prérogative du Président. Les candidatures devraient être préparées par le Haut Conseil judiciaire et le Président ne serait pas autorisé à nommer un candidat ne figurant pas sur la liste présentée par le Haut conseil judiciaire. Pour les présidents des tribunaux (sous réserve, le cas échéant, du Président de la Cour suprême) la procédure devrait être la même.

Immunité

18. L'article 127 conférerait aux juges la même immunité que celle dont disposent les députés. Il n'est pas certain qu'il faille accorder aux juges une immunité aussi étendue. Dans son avis sur la réforme du pouvoir judiciaire en Bulgarie (CDL-INF (1999)005) la Commission de Venise constate que "bien que l'immunité, à n'en pas douter, puisse être justifiée s'il était nécessaire d'empêcher les juges ou les procureurs d'être victimes de procédures abusives, il ne faudrait pas qu'elle ait pour effet de placer les juges et les procureurs au-dessus de la loi, sinon elle violerait le principe fondamental selon lequel nul n'est au-dessus de la loi." L'immunité parlementaire est apparue à titre de garantie contre un pouvoir exécutif tout puissant. Elle protège le fonctionnement du Parlement en empêchant que les députés ne soient poursuivis pour des motifs politiques. L'immunité étant une exception au principe de l'égalité devant la loi, il n'est justifié de l'accorder aux juges que pour autant qu'elle est nécessaire pour garantir l'absence d'ingérence dans le fonctionnement des tribunaux. C'est pourquoi l'immunité, si tant est qu'il faille l'accorder aux juges, devrait se limiter à une immunité fonctionnelle contre l'arrestation, la détention ou d'autres poursuites pénales qui entravent le fonctionnement des tribunaux. Leur immunité ne

⁵ Paragraphe 15.

devrait cependant pas aller jusqu'à exclure de manière générale toute enquête judiciaire. Une immunité plus large ne saurait être justifiée en invoquant la nécessité de protéger la réputation des juges car éclaircir les faits au moyen d'une procédure judiciaire est à la fois un meilleur moyen et un moyen plus rapide pour protéger une réputation qui le mérite.

Conflit d'intérêts

19. S'agissant du conflit d'intérêts, l'article 128.3 renvoie à une loi organique. Cela semble justifié. Une meilleure formulation pourrait être : "une loi organique définit les fonctions, les activités et les intérêts privés qui sont incompatibles ou semblent incompatibles avec l'indépendance de la fonction judiciaire." L'on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'inclure dans le texte l'interdiction pour les juges d'appartenir à un parti politique. Pareille disposition paraît utile, en particulier dans une jeune démocratie, pour protéger l'indépendance du pouvoir judiciaire même s'il n'existe pas de pratique européenne commune en la matière.

Article 128 – Cessation des fonctions et responsabilité disciplinaire du juge

Cessation des fonctions

20. Selon cet article, le mandat d'un juge prend fin à sa demande, en cas de survenance de l'âge de la retraite ou de révocation. L'âge de départ à la retraite est fixé à 67 ans ou à 40 années de services. Il faut supposer qu'il veut dire "selon l'événement qui survient en premier". L'âge de départ à la retraite ne peut pas être modifié de sorte à viser un juge donné.

21. A l'instar de ce qui se produit pour les nominations judiciaires, l'Assemblée du Peuple est appelée à décider de la cessation des fonctions d'un juge. Sur la base de quels critères et pour quels motifs ? Les arguments précédemment énoncés à l'encontre de la participation de l'Assemblée du Peuple aux nominations judiciaires ont encore plus de poids s'agissant de la révocation. Le paragraphe concerné de l'article devrait être supprimé.

Responsabilité disciplinaire

22. Les dispositions relatives à la discipline et la révocation sont vagues et peu claires. Il appartient à une loi organique de définir les motifs qui justifient qu'un juge soit démis de ses fonctions. Vu leur importance, il semblerait préférable de les définir dans la Constitution. Le Haut conseil judiciaire a en charge de prendre les décisions disciplinaires en première instance. Les recours sont examinés par une instance judiciaire spéciale. Ladite "instance judiciaire spéciale" n'est pas définie ; il serait préférable de le faire dans le texte.

23. D'après le texte, les juges engagent leur responsabilité s'ils méconnaissent leurs obligations ou portent atteinte à la réputation du pouvoir judiciaire. Ce dernier point paraît problématique. Les juges peuvent essuyer de sévères critiques de la part de l'opinion publique pour des décisions que la loi leur imposait de prendre. Si l'action disciplinaire est justifiée, le juge ayant terni la réputation du pouvoir judiciaire l'aura nécessairement fait en méconnaissant ses obligations de juge. Ce critère semble, en conséquence, suffisant et la référence à la réputation du pouvoir judiciaire devrait être supprimée.

LE MINISTERE PUBLIC

Article 130 – Attributions et hiérarchie

Compétences

24. Selon la définition donnée, le ministère public a pour fonction de poursuivre les auteurs de délits ou d'autres infractions pénales ainsi que d'exercer les recours pour protéger la constitutionnalité et la légalité. La Constitution garde le silence sur la signification exacte de cette dernière disposition. Les articles 136 et 137 de la Constitution instituant un médiateur

qui, en sa qualité d'instance publique, a pour fonction de contrôler l'administration publique et de veiller au respect des droits de l'homme et des droits des minorités, il semblerait que le ministère public n'a pas à assumer ces fonctions. De surcroît, si cette disposition devait être comprise comme renvoyant au système socialiste traditionnel des recours extraordinaires formés par le ministère public contre les décisions définitives des tribunaux, force serait de constater qu'il existe un risque important de conflit avec le principe de sécurité juridique. La Cour européenne des droits de l'homme a constaté, à maintes reprises, que l'exercice de tels recours viole la Convention. La référence à l'exercice de ces recours par le ministère public aux fins de protéger la constitutionnalité et la légalité ne peut être maintenue qu'à condition de bien préciser que le principe de la sécurité juridique sera respecté et que les décisions en la matière ressortent exclusivement des tribunaux et que la fonction du ministère public se limite à porter ces questions devant les tribunaux aux fins précisément de décision.

Indépendance

25. Le projet opte pour un modèle qui tend fortement à l'indépendance. Le ministère public est défini comme un "organe de l'Etat indépendant" (article 130.1) et les procureurs, à l'instar des juges, sont inamovibles après une période d'essai de cinq ans (article 131.2). Le Procureur général est (seulement) nommé pour une durée de six ans (article 131.1.2), mais "sur proposition du Haut conseil judiciaire" (article 132.1). Cette dernière disposition laisse à penser que la nomination au poste de procureur général est toujours conçue comme une avancée normale dans la carrière et non comme une nomination politique. Seule la nomination à la fonction de procureur suprême de la Serbie est politique puisqu'il est nommé par le Président de la République "sur avis – il est à supposer non contraignant - du Haut conseil judiciaire" (article 132.1.2). Mais le procureur suprême de la Serbie est aussi nommé pour une durée de six ans pendant laquelle il est, en principe, inamovible.

26. Le système proposé a ses avantages et ses inconvénients. L'avantage est de tenir, pour une grande part, le ministère public à l'abri des influences politiques. Cela est particulièrement important lorsque les affaires portent sur des délits ordinaires pour lesquelles ceux qui détiennent le pouvoir politique pourraient vouloir protéger leurs "amis" ou leurs "clients" des poursuites. Cette disposition pourrait cependant également poser problème si, par exemple, le procureur en personne commettait une infraction. Un problème particulier peut apparaître lorsque les délits perpétrés et, par voie de conséquence, les poursuites y liées soulèvent des questions qui mettent aussi en jeu la responsabilité du gouvernement, en particulier dans le domaine des affaires étrangères. La poursuite de certains terroristes et d'autres crimes internationaux exige une marge discrétionnaire. C'est ici que l'indépendance du ministère public et la compétence du pouvoir exécutif de déterminer la politique extérieure peuvent entrer en conflit. Une indépendance totale du ministère public peut conduire à la situation où un organe de l'Etat qui n'est responsable devant aucune institution démocratiquement élue pourrait décider de questions de politique étrangère. A l'opposé, lorsque l'exercice des poursuites relève du gouvernement et non d'un ministère public indépendant, il existe un risque de voir certains délits, y compris des violations patentées des droits de l'homme, rester impunis pour des motifs d'opportunité politique. Le paragraphe 16 de la Recommandation (2000) 19 est pertinent à cet égard :

“Le ministère public doit, en tout état de cause, être en mesure d'exercer sans entrave les poursuites des agents de l'Etat pour les délits commis par eux, notamment des délits de corruption, d'abus de pouvoir, de violation patente des droits de l'homme et d'autres délits reconnus par le droit international.”

27. Peu importe qu'il faille, dans un cas donné, porter une appréciation positive ou négative sur un système où le ministère public est totalement indépendant, force est de reconnaître que le fait de ne pas être responsable devant une institution démocratiquement élue met aussi ces décisions

à l'abri de l'influence de l'opinion publique. Cela présente à la fois des aspects positifs et négatifs – d'un côté, le ministère public est à l'abri de la pression populiste mais, d'un autre, il se peut très bien qu'il n'ait aucun contact avec l'opinion publique, notamment avec les préoccupations exprimées au niveau international. L'on pourrait envisager de permettre au gouvernement d'influer dans une certaine mesure sur les poursuites de certains délits graves, ceux mettant en cause la sécurité extérieure et les délits internationaux. Une solution possible serait de créer un procureur spécial pour de tels délits dont la nomination et la cessation des fonctions pourraient être plus fortement influencées par le pouvoir exécutif. Le Royaume-Uni pourrait être cité en exemple à cet égard : l'*Attorney General* qui est politiquement responsable devant le Parlement a en charge de poursuivre certaines affaires sensibles telles que l'incitation à la haine raciale alors que le *Director of Public Prosecutions* qui est indépendant poursuit la plupart des délits. En Allemagne, le *Generalbundesanwalt* (procureur général près de la Cour fédérale de justice), que le gouvernement peut révoquer, a en charge de poursuivre un nombre restreint de délits graves qui, de manière générale, mettent en cause la sécurité de l'Etat. Le système allemand repose toutefois sur l'organisation fédérale de l'Etat. Le reproduire en Serbie n'est pas aisé. Si la Serbie devait opter pour un ministère public indépendant du gouvernement, il lui faudrait se conformer au paragraphe 14⁶ de la Recommandation (2000)¹⁹. Si elle devait préférer un ministère public davantage subordonné au gouvernement alors ce serait le paragraphe 13⁷ de ce même instrument qui s'appliquerait.

Structure

28. Le paragraphe 2 de l'article 130 prévoit l'organisation hiérarchique du ministère public. Cela n'est pas inhabituel et ne prête aucunement à critique. Il faut cependant aussi tenir compte de ce que l'article 133 institue un Haut conseil judiciaire commun pour les juges et les procureurs. Cela signifie que, dans le système de gouvernement serbe, le ministère public n'est pas rattaché au pouvoir exécutif mais est un organe séparé entretenant des liens étroits avec le pouvoir judiciaire. La structure organisationnelle et territoriale des instances de poursuites devrait par conséquent être parallèle à celle des tribunaux. Les procureurs deviendraient ainsi les procureurs des tribunaux au niveau individuel. Pareille solution n'est cependant pas proposée.

Article 131 – Les membres du ministère public

Mutations

⁶ 14. Dans les pays où le ministère public est indépendant du gouvernement, l'Etat doit prendre toutes mesures afin que la nature et l'étendue de l'indépendance du ministère public soient précisées par la loi.

⁷ 13. Dans les pays où le ministère public dépend du gouvernement ou se trouve subordonné à celui-ci, l'Etat prend toutes mesures afin de garantir que :

- a. la nature et l'étendue des pouvoirs du gouvernement vis-à-vis du ministère public soient précisées par la loi;
- b. le gouvernement exerce ses pouvoirs de manière transparente et conformément aux traités internationaux, au droit interne et aux principes généraux du droit;
- c. toute instruction à caractère général émanant du gouvernement revête une forme écrite et soit publiée selon des modalités appropriées;
- d. lorsque le gouvernement est habilité à donner des instructions de poursuite dans une affaire spécifique, celles-ci s'accompagnent de garanties suffisantes de transparence et d'équité, dans les conditions prévues par la loi nationale, le gouvernement étant, par exemple, astreint:
 - à solliciter au préalable l'avis écrit du ministère public compétent ou de l'organe représentatif du corps;
 - à dûment motiver ses instructions écrites, tout particulièrement lorsqu'elles ne concordent pas avec cet avis et à les acheminer par la voie hiérarchique;
 - avant l'audience, à verser au dossier de la procédure pénale les instructions et avis, et à les soumettre au débat contradictoire;
- e. le ministère public conserve le droit de soumettre à la juridiction tout argument juridique, même dans les cas où, lorsqu'il la saisi par écrit, il est dans l'obligation de le faire dans le sens des instructions qu'il a reçues;
- f. les instructions individuelles de non poursuite soient, en principe, prohibées et que, s'il n'en est pas ainsi, de telles instructions, par ailleurs exceptionnelles, soient assujetties non seulement aux règles énoncées aux paragraphes d. et e. mais également à un contrôle spécifique approprié dans le but notamment de garantir la transparence.

29. L'article 131.3 vise à garantir l'indépendance personnelle des membres du ministère public par leur inamovibilité. Etant donné la structure hiérarchisée du ministère public, l'indépendance est moins grande pour les procureurs que pour les juges. Dans ces conditions, la question de savoir si un procureur peut être muté contre sa volonté a moins d'importance et devient même un obstacle aux considérations légitimes de rotation. Il semble plus pertinent de s'interroger sur le point de savoir si un procureur subordonné est tenu de se conformer à des instructions qui – de son point de vue – violent la loi ou l'obligation qui pèse sur lui d'engager ou non des poursuites dans un cas donné. Il convient à cet égard de se conformer au paragraphe 10 de la Recommandation (2000)19⁸. Ces questions peuvent être et sont du reste en l'état actuel des données, couvertes par la loi serbe sur le ministère public, mais elles semblent plus importantes que la question de la mutation des procureurs. Sur le fond, s'agissant de la règle relatives aux mutations, il semblerait approprié, dans le cadre du système envisagé d'un Haut Conseil judiciaire commun, d'associer ce dernier à ces décisions.

Immunité. Conflit d'intérêts

30. S'agissant de l'immunité et du conflit d'intérêts, les considérations énoncées ci-dessus⁹ à propos des juges s'appliquent également aux procureurs.

Responsabilité disciplinaire

31. Des règles relatives à la responsabilité disciplinaire des procureurs font défaut. L'article 128.4 s'applique à l'évidence aux juges exclusivement. Les dispositions relatives aux procureurs qui renvoient aux dispositions pertinentes relatives aux juges ne font aucunement référence à la responsabilité disciplinaire des procureurs. Le paragraphe 5 de l'article 131 devrait être complété de sorte à énoncer que : "les dispositions constitutionnelles relatives au conflit d'intérêt, à l'immunité, la responsabilité disciplinaire des juges s'appliquent aux membres du ministère public".

Article 132 – Nomination et cessation de fonctions des membres du ministère public

32. Les réserves exprimées quant à la participation de l'Assemblée du Peuple à la nomination et la cessation des fonctions des juges s'appliquent *mutatis mutandis*, quoique à un degré moindre, aux membres du ministère public. Exception faite, le cas échéant du procureur suprême, pour la nomination duquel l'intervention de l'Assemblée du Peuple peut se justifier, une nomination par le Président sur proposition du Haut conseil judiciaire serait préférable.

Articles 133-135 – HAUT CONSEIL JUDICIAIRE

Article 133- Compétences et composition

Conseil commun pour les juges et les procureurs

33. Le projet adopte la solution d'un conseil judiciaire commun pour les procureurs et les juges. Cette solution (une *magistrature* commune) ne suscite pas de réserves eu égard aux normes européennes même s'il faut remarquer qu'il ne s'agit pas d'un modèle largement répandu. Il est important que les juges et les procureurs soient indépendants des autres pouvoirs de l'Etat, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, mais aussi les uns par rapport aux autres. Il n'est pas

⁸ Tout membre du ministère public a le droit de demander que les instructions qui lui sont adressées le soient sous forme écrite. Au cas où une instruction lui paraîtrait illégale ou contraire à sa conscience, une procédure interne adéquate devrait permettre son remplacement éventuel.

⁹Aux paragraphes 18 et 19.

souhaitable que le ministère public puisse influencer sur des questions concernant la magistrature assise et inversement que cette dernière exerce un contrôle sur le ministère public

Nature

34. Le Conseil est qualifié d'"instance judiciaire indépendante et autonome". L'accent placé sur l'indépendance mérite d'être salué même si les avis peuvent diverger sur l'opportunité de qualifier le Conseil d'"instance judiciaire".

Composition

35. Le Conseil doit être composé de quatre juges, quatre procureurs, d'un avocat et de deux professeurs de droit. Cette composition offre la meilleure garantie possible de l'indépendance judiciaire et de la compétence juridique. Cependant si, conformément au présent avis, l'Assemblée du Peuple cessait d'intervenir en matière de nomination judiciaires, il serait souhaitable de prévoir une composition plus large intégrant également un élément non professionnel.

Article 134 – Statut d'un membre du Haut conseil judiciaire

36. S'agissant de l'immunité et du conflit d'intérêts, les considérations énoncées ci-dessus¹⁰ à propos des juges s'appliquent également aux membres du Haut conseil judiciaire.

Article 135 – Processus décisionnel

37. L'article 135 énonce que les membres du ministère public qui font partie du Conseil ne siègent pas au Conseil et ne participent donc pas aux décisions lorsqu'elles concernent exclusivement des juges, membres eux aussi dudit Conseil. De même en est-il des juges lorsque la décision concerne les procureurs exclusivement. Cette disposition semble quelque peu obscure. L'on peut supposer qu'elle ne vise pas seulement les décisions ayant trait à un juge ou un procureur, membre du Conseil, en particulier mais aux juges et aux procureurs qui sont représentés par ledit Conseil. Si tel est le cas, le but de la disposition serait d'exclure les procureurs des décisions intéressant les juges exclusivement et inversement. En revanche, si la décision concerne à la fois les procureurs et les juges, les uns et les autres, seraient appelés à y participer. Cette disposition semble plutôt compliquée et l'on peut se demander s'il ne serait pas plus simple de créer deux conseils distincts, l'un pour connaître des questions concernant les juges et l'autre de celles intéressant les procureurs. S'agissant de ces derniers, un fondement législatif suffirait. Il n'est pas nécessaire que la Constitution en dispose.

MEDIATEUR

Article 136 – Compétences

38. Dans son avis sur le projet de loi sur le médiateur en Serbie (CDL(2004)041), la Commission recommandait de doter l'institution du médiateur d'un fondement constitutionnel. Les articles 136 et 137 du projet le réalisent. Il faut s'en féliciter.

Article 137 – Statut

39. D'après le paragraphe 1, le médiateur est élu par l'Assemblée du Peuple sur proposition du Président. La loi serbe sur le médiateur qui a été adoptée récemment permet à chaque groupe parlementaire de proposer un candidat. Cela semble préférable que de réserver cette prérogative

¹⁰Aux paragraphes 18 et 19.

au Président uniquement. Dans son avis, la Commission de Venise recommandait aussi d'élire le médiateur à une majorité qualifiée. Son immunité devrait, comme énoncé précédemment à propos des juges, se limiter à une immunité fonctionnelle. Enfin, il serait souhaitable de définir dans la Constitution les motifs permettant de mettre fin aux fonctions du médiateur.

IV. Conclusions

40. Dans leur ensemble, les articles du projet de Constitution que la Commission de Venise a examinés visent à mettre en oeuvre le principe primordial de la prééminence du droit, notamment l'indépendance du pouvoir judiciaire telle que consacrée à l'article 3 de la Constitution, conformément aux normes européennes. La Commission a relevé quelques dispositions qui mériteraient d'être clarifiées. Elle a aussi proposé d'apporter des modifications à d'autres dispositions qui, même si elles ne sont pas forcément contraires aux normes européennes idéales, gagneraient à être amendées, modifiées ou réexaminées.

41. La Commission est cependant particulièrement préoccupée par le rôle dévolu à l'Assemblée du Peuple en matière de nominations et de révocations judiciaires. L'élection des juges par le Parlement est une tradition de l'ex-Yougoslavie, mais la réforme constitutionnelle en cours dans "l'ex-République yougoslave de Macédoine" montre que ce système ne fait plus l'unanimité dans la région. La Commission est d'avis que l'intervention de l'Assemblée du Peuple dans les décisions relatives à la révocation des juges ou leur nomination à titre permanent après une période d'essai n'est pas conforme aux normes européennes garantissant l'indépendance du pouvoir judiciaire.