

L'INDÉPENDANCE JURIDIQUE DES JUGES ET L'APPLICATION UNITAIRE DE LA LOI

Maître de conférences Ioan APOSTU
Université "Danubius" de Galati

Rezumat: *Independența implică cerința soluționării litigiilor fără nicio ingerință din partea vreunui organ de stat sau din partea vreunei persoane, atitudinea judecătorului în cadrul procedurii judiciare fiind una neutră față de poziția și interesele părților litigante. Imparțialitatea judecătorului reprezintă o caracteristică esențială a activității judiciare și însuși fundamentul funcției judiciare, fiind în mod inevitabil, o consecință a principiului independenței judecătorilor și al supunerii lor față de lege.*

Cuvinte-cheie: *principiul independenței judecătorilor, imparțialitate, drept comunitar, aplicarea unitară a legii*

Abstract: *The Independence implies the requirement of a lawsuit resolution without any interference from any state's representative or any other person; during the judicial proceedings, the judge has a neutral standpoint and he is neutral towards the interests of the litigant's parties. The impartiality of the judges represents a key feature of the judicial activity and it is the basis of the judicial function, inevitably, a consequence of the principle of judges' independence and their submission to law.*

Keywords: *the principle of judges' independence, impartiality, Community law, the unitary application of the law*

L'Europe, vers un espace juridique commun

Malgré sa modeste superficie, l'architecture politique de l'Europe est très complexe, une mosaïque de nations en permanente transformation, marquée par contradictions et tiraillement ayant finalement déclenché les deux conflits mondiaux.

En dépit de ces contradictions, la construction européenne, à l'échelle du présent, est tout d'abord une idée politique, une tentative sans précédent, un dessein d'une audace et d'une difficulté inimaginables: l'union paisible de peuples depuis

longtemps ennemis, dont le passé – si riche en guerres – rendait impossible l'idée de la coopération actuelle.

Après la chute du mur de Berlin, il a été clairement prouvé que l'Union Européenne n'est ni un club de privilégiés, ni une alliance éphémère issue de la guerre froide, mais la dimension d'un nouveau destin, la voie la plus sûre de tirer les pays du vieux continent de leur isolement et déclin. De la sorte, l'Europe est devenue le creuset où s'élabore, depuis plus de 4 décennies déjà, une conception politique, sociale et juridique digne du III^e millénaire.

L'une des idées majeures de la construction européenne, tant juridique que politique, est celle de la création d'un espace juridique commun. A partir de cette nécessité, il faut dire que l'application unitaire de la loi par les juges indépendants constitue la condition primordiale du maintien de l'équilibre et de la coopération dans un espace aux entités nationales si différentes.

En plus des actes normatifs et des traités ayant constitué le fondement de la Communauté Européenne, au plan judiciaire, les Etats membres doivent respecter aussi la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne. Cet organe a le monopole exclusif d'interprétation du droit communautaire, étant stipulé que ses décisions comportent un pouvoir général créateur de droit, étant appelé à couvrir les carences législatives communautaires. Les décisions de la Cour ne peuvent être modifiées sinon par elle-même, et alors seulement que de nouveaux arguments apparaissent en ce sens.

Par voie de conséquence, les juges de la Cour, eux-mêmes indépendants, sont obligés, dans l'application du droit communautaire, de se conformer à leur propre jurisprudence, élevée à la force normative de la loi.

Dans la plupart des législations des Etats européens, le juge a la seule mission d'interpréter et d'appliquer la loi à la situation de fait établies à base de preuves, dans des cas concrets, sans dépendre de solutions appliquées antérieurement. Les solutions prononcées dans les voies d'attaque peuvent établir des situations de fait et de droit obligatoires pour les juges des premières instances. Malgré leur caractère obligatoire, elles ne comportent pas un caractère normatif, leur force se consommant entre les limites d'un certain litige.

Nonobstant ce, il s'impose de ne pas ignorer la valeur de la pratique judiciaire, laquelle joue, comme la science du droit, le rôle d'une autorité de droit. En règle générale, le juge n'a pas en vue que d'établir la loi applicable en l'espèce, mais aussi de connaître les solutions promues dans des litiges pareils, surtout ceux de l'instance suprême. C'est aussi la raison pour laquelle, dans la science du droit, la jurisprudence est considérée comme une source secondaire de droit.

L'application unitaire de la loi, un impératif du système de droit communautaire

La complexité de l'ordre juridique communautaire, par comparaison à l'ordre interne des Etats membre, a déterminé un système de contrôle juridictionnel

adapté non seulement à l'ordre juridique communautaire, mais aussi aux conséquences issues de l'intégration de celui-ci dans les juridictions nationales.

Attendu que l'applicabilité directe du droit communautaire dans l'ordre juridique interne engendre une situation où les juges nationaux des Etats membres occupent une position importante dans l'application des normes communautaires, on court de risque d'en arriver à les appliquer différemment, en fonction de certaines circonstances déterminées par les différences entre les juridictions nationales. Ces situations possibles peuvent et doivent être éliminées, en gardant à l'esprit les nécessités de l'application unitaire du droit communautaire, à seule fin de garantir un fonctionnement efficient des mécanismes communautaires.

Cette finalité se réalise par l'intermédiaire des mécanismes de coopération entre les juridictions nationales et celles communautaires, mais, surtout, par la juridiction de la Cour de Justice. Ce mécanisme fonctionne en deux directions, à savoir: a) *l'application unitaire par les juges du droit communautaire*; b) *l'interprétation communautaire d'une règle de droit national contraire*.

L'influence de la jurisprudence sur le droit communautaire

Au sens propre du terme, la jurisprudence n'est pas une source de droit, puisque, selon la conception moderne du droit, aucun précédent judiciaire ne peut donner naissance à une règle de fait.

Parmi les sources du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de Justice ne saurait être ignorée, conclusion qui s'impose avec une force particulière dans le cadre de la Communauté Européenne, pour des raisons qui tiennent tant aux caractéristiques de la Cour de Justice, que de la nature du droit communautaire.

Dans le but de la réalisation des objectifs confiés à la Communauté, les Traités de Rome – 1986, Maastricht – 1992 et Amsterdam – 1997, ont conféré exprès, tour à tour, à la Cour de Justice le même rang que celui d'autres institutions d'importance communautaire vitale. Vu sa tâche de veiller sur l'interprétation et l'application des traités, la Cour est confrontée à des systèmes de droit souvent constituée de normes et de notions juridiques, à un contenu sinon totalement indéterminé, en tout cas ayant un caractère général; imprécis et incomplet. Dès ses débuts, la Cour et dû non seulement appliquer le droit communautaire, mais en combler aussi les lacunes.

L'influence de la jurisprudence sur le développement du droit communautaire s'est manifestée par une pratique unitaire, le plus souvent inspirée sur les solutions précédentes dans la solution des cas nouveaux. Cette stratégie résulte sans doute d'une vision d'ensemble de l'économie et de la finalité des traités communautaires, exprimée dans les méthodes d'interprétation que la Cour de Justice n'hésite pas à utiliser: l'interprétation systématique et téléologique. Dans ce contexte, il nous faut souligner que chaque disposition de droit communautaire doit être située dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, des finalités et du stade de son évolution à la date où

l'application de la disposition doit être faite. Tout ceci confère à la Cour de Justice la possibilité d'élargir la sphère d'application du droit communautaire, aux moins duquel elle supplée plus d'une fois.

Toutes ces considérations doctrinaire couvrent entièrement le cadre normatif aussi: l'article 177 du Traité de la Communauté Européenne établit que la Cour de Justice est chargée d'interpréter d'une manière unitaire le droit communautaire, appliqué par les juridictions nationales également. Du reste, la Cour elle-même a établi que ce texte est essentiel pour le maintien du caractère unitaire du droit et qu'il avait le but d'assurer une coopération unitaire et nantie des mêmes effets dans tous les Etats communautaires. Autrement dit, dans l'application unitaire du droit communautaire, la Cour de Justice a été investie pour donner une interprétation authentique, puisque ses interprétations sont obligatoires d'un point de vue juridique. De la sorte, la Cour de Justice contribue décisivement à l'évolution vers un système juridique cohérent et structuré.

En considération de tout ceci, la primauté du droit communauté est en principal le résultat de la construction jurisprudentielle d'application primordiale dans tous les Etats communautaires, avant le droit national. C'est aussi la raison pour laquelle, dans la doctrine, l'on a affirmé que la jurisprudence de la Cour constitue une source essentielle de droit, occupant une place importante dans le cadre des sources du droit communautaire.

L'influence de l'interprétation communautaire sur une règle de droit national contraire

L'obligation du juge national de ne pas appliquer la règle nationale, si elle est contraire à une norme de droit communautaire a été statuée par toutes les décisions de la Cour de Justice. Une telle approche s'impose, même lorsque la règle de droit nationale est contraire à celle communautaire. Il incombe donc aux juridictions nationales la tâche de garantir la protection juridique des justiciables, par l'effet du droit communautaire.

Une telle priorité a été justifiée par trois arguments:

Tout d'abord, mention a été faite de ce que, à la différence des Traités internationaux ordinaires, *le Traité de la Communauté Européenne a créé un ordre juridique propre*, intégré aux système juridique des Etats membres du moment de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions.

Deuxièmement, les Etats membres instituant une Communauté de durée illimitée, munie de ses propres institutions, à une personnalité juridique propre, ainsi que des pouvoirs originées dans une limitation des compétences nationales, *ont entendu restreindre certaines composantes de leurs droits souverains*.

Troisièmement, l'intégration dans le droit de chaque pays des dispositions de droit communautaire a pour conséquence l'impossibilité pour les Etats membres de faire prévaloir, contre l'ordre de droit accepté par ceux-ci, à base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure, laquelle ne pourrait ainsi lui être opposable.

L'indépendance du juge, la clé de voûte et la condition essentielle de l'Etat de droit

Dans la présente démarche, le principe de l'indépendance du juge peut recevoir en égale mesure des connotations juridiques et philosophiques.

Cela étant dû à ce que l'indépendance du juge comporte plutôt une valeur philosophique qu'une (de) juridique, assez souvent, dans l'histoire du droit, l'indépendance étant attribuée aussi comme un don de la divinité ou de la souveraineté, monarchique ou républicaine.

Dans un discours tenu devant les magistrats français en 1660, le juriste Domat disait que les juges sont des dieux. Et pour les persuader de ce qu'ils ne s'étaient pas trompés, il enchaîna: «la divinité s'exprime par la qualité de juge davantage que par celle de tout sacerdoce. L'on pourrait dire que la qualité est plus proche de la divinité que celle de prêtre, car elle est la plus haute dignité sur terre. En soutenant l'idée que la magistrature était d'origine divine, il a affirmé que la preuve consiste justement dans le fait que Dieu a conféré aux juges l'une de ses forces divines, qu'aucun autre sacerdoce ne comporte, à savoir la force d'enlever la vie. Puisqu'on leur attribue des forces divines, les juges devraient être respectés dans leurs jugements, comme Dieu lui-même.

Et, pour rester dans le registre inépuisable des références bibliques, l'on pourrait citer des textes à l'appui:

Le Deutéronome, Chap. I, versets 16 / 17: «A cette époque-là, j'ai enjoint à vos juges: Ecoutez vos frères et jugez correctement la cause qu'aurait un homme tant avec son frère, qu'avec un étranger. Ne soyez pas partiaux dans vos jugements, mais écoutez tant le grand que le petit».

Le Lévitique, Chap. 19, verset 15: «Ne commettez pas d'injustice lors de vos jugements: ne dévisagez pas le pauvre en vous gardant de regarder le puissant en face, mais jugez en toute justice votre prochain».

Dans la trilogie classique des pouvoirs, l'on disait que le pouvoir des juges venait en troisième lieu, non parce qu'il serait inférieur, mais moins périlleuse en ce qui concerne l'abus de force, car son but ne réside pas dans la commande, mais dans le contrôle, dans la vérification de l'application et le respect du droit. Dans cette vision, elle n'est pas une force, mais un frein.

L'activité du juge n'est pas pourtant une de politique, certes, au sens étymologique du mot, parce qu'elle met en cause l'organisation et le fonctionnement de la société, ses décisions pouvant produire des conséquences des plus graves, tant au plan interne, qu'à l'échelle internationale. La grandeur et, en même temps, la difficulté de son rôle consiste à avoir assez de force pour faire barrage au pouvoir politique, sans pour autant l'usurper! Comme il n'est pas une autorité politique, le juge n'a pas la responsabilité politique non plus, spécifique de ceux qui ont été élus pour l'exercice d'une telle autorité ou de ceux se trouvant sous son contrôle, bien que le changement de régimes politiques ait abouti, en règle

générale, au nettoyage de l'appareil judiciaire de personnes devenues indésirables, suspectées d'avoir contribué au maintien du système politique antérieur.

C'est le risque que court finalement le juge, puisqu'il est non seulement l'arbitre de la vie, de la liberté et de l'honneur de chacun, mais, surtout, des règles du jeu démocratique joué, le plus souvent, avec vanité et passion.

Les garanties de l'indépendance du juge

En plus des garanties et de la protection accordées par la loi, le juge doit cultiver sa propre indépendance intérieure, en relation avec ses propres pulsions, passions et affinités idéologiques. Cependant, l'histoire a démontré que, indépendamment du contenu des textes légaux, les hommes de caractère ont gardé intacte leur indépendance, en dépit des menaces ou des sollicitations. L'on a affirmé, à juste titre, que toute la valeur du pouvoir judiciaire dépend de ceux qui l'exercent.

L'indépendance du juge n'est pas exclusivement garantie par les dispositions expresses de la loi. L'indépendance fonctionnelle n'est pas suffisante, une indépendance personnelle s'avérant nécessaire aussi. La Cour Européenne a mentionné dans la décision Campbell / Fell, en plus de l'existence des apparences extérieures d'indépendance et d'autres critères d'appréciation de l'indépendance la manière de nomination des juges, la durée du mandat, l'existence de garanties contre les influences extérieures.

La notion d'indépendance, des la magistrature suppose que le juge, se prononçant dans un certain cas, prend en considération les seules preuves résultées des faits de la cause, les dispositions constitutionnelles et juridiques, ainsi que son propre sentiment de justice et d'équité, s'originant dans son âme et conscience.

Tout autre facteur interne ou externe prétendant à influencer sur la décision du juge, doit être considéré comme contraire à l'indépendance du juge et de la magistrature.

Les limites de l'indépendance ne sont fixées par aucune constitution européenne, mais on peut les tracer facilement, si:

- le système légal l'oblige, par sa nomination, à juger ne faveur des autorités l'ayant désigné;
- il est exposé à la révocation, par suite d'une décision contraire aux intérêts ou aux vœux d'autres pouvoirs de l'Etat ou de tout autre organisme particulier;
- il risque, pour les mêmes raisons, d'être transféré sur une position inférieure;
- sa promotion dépend exclusivement de la volonté discrétionnaire d'autres pouvoirs de l'Etat;
- les compensations financières ont sujettes à la volonté d'autres pouvoirs de l'Etat, tout comme d'autres droits ou besoins matériels ou socioculturels.

Il est évident que de telles circonstances limitent l'indépendance des juges, qui, lorsqu'ils auront à juger un cas, tiendront – inévitablement – compte de tous ces facteurs, sans aucun rapport au texte de la loi, aux faits de la cause ou à son sens de la justice.

Non pas dernièrement, il faut faire entrer en ligne de compte les propres passions, croyances et intérêts du juge, lesquelles peuvent constituer eux aussi de permanentes menaces à son indépendance.

En butte à tant de contraintes et de renoncements personnelles, l'indépendance du juge ne pourrait aucunement être considérée comme un privilège, mais plutôt comme une obligation.

Cela va sans dire que, pour le respect de son devoir d'être indépendant, le juge doit jouir de sérieuses compensations et garanties. C'est aussi la raison pour laquelle, par la Recommandation no. R (94) 12 du 13 octobre 1994, le Conseil de l'Europe a sollicité aux pays membres des mesures concernant la protection de l'indépendance, de l'efficacité et du rôle du juge.

Le juge doit être également indépendant par rapport aux structures syndicales, aux forces économiques et aux groupes de pression de toutes sortes, parce que le seul juge absolument indépendant par rapport au gouvernement, à l'exécutif, aux groupes de parti, aux syndicats ou toutes forces économiques, peut s'appeler un véritable magistrat, garant à tout moment de la liberté et de la sécurité du citoyen. Le citoyen ressentira le plus l'insécurité dans un Etat qui ne lui donne pas la certitude de l'indépendance des juges.

Malgré la simplicité – à première vue – des choses, l'ambiguïté du pouvoir dont est investi le juge transparaît lorsqu'on le rapporte à l'Etat, cette entité dont émane, du reste, son pouvoir. A une analyse plus attentive, le juge représente également le pouvoir et le contre-pouvoir de l'Etat.

Tout d'abord, l'on ne saurait nier que le juge accomplit l'un des pouvoirs de l'Etat.

Ensuite, *il dépend de l'Etat en ce qui concerne sa désignation en tant que magistrat, son salaire, le contrôle professionnel, sa promotion ou même sa correction par les représentants de l'exécutif, comme tout autre employé administratif.*

Bien que le pouvoir du juge émane de l'Etat et qu'il obéisse aux règles de l'Etat afin d'en défendre les valeurs, il agit comme un frein, en ayant l'action d'un contre-pouvoir: il contrôle la légalité des actes administratifs, la constitutionnalité des actes du pouvoir législatif ou exécutif, garantit la défense des droits des citoyens contre toute violation, même contre celles commises par l'Etat lui-même.

Par rapport à cette ambiguïté, l'indépendance du juge dans l'Etat de droit ne constitue pas un privilège accordé à la caste des juges, mais *une garantie pour le citoyen, la garantie de l'impartialité des juges par rapport à l'Etat.*

L'impartialité suppose le respect de la loi par le juge, en tant que prémisses essentielles de l'acte de justice et, en même temps, en tant que légitimation politique

de son pouvoir. Le juge ne doit représenter aucun intérêt, ni général, ni particulier dans la solution des litiges, son rôle se résumant à discerner la vérité d'avec le mensonge.

A la différence du pouvoir législatif et de celui exécutif, qui sont des pouvoirs de la majorité (mesurées électoralement!), le juge exerce son pouvoir au nom de la loi, laquelle peut ne pas représenter la volonté de la majorité; qui plus est, il est investi du pouvoir de défendre les minorités devant la majorité, si la loi est pour eux.

L'indépendance du juge et l'application unitaire de la loi, contradiction nécessaire

La Constitution de la Roumanie, comme d'ailleurs d'autres constitutions des pays de l'Est de l'Europe, a adopté *terminologiquement* la notion d'autorité, lorsqu'elle s'est référée à chacune des trois pouvoirs. Le système des organes judiciaires est formé de tribunaux, cours d'appel et la Cour Suprême de Justice. Conformément à l'art. 123 de la Constitution de la Roumanie, «la justice s'accomplit au nom de la loi», et «les juges sont indépendants et obéissent à la seule loi». Ces principes fondamentaux sont repris aussi dans la Loi pour l'organisation judiciaire, laquelle se réfère, entre autres, à la protection de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Ce qui fait que, dans l'activité judiciaire, les juges ne puissent être soumis / sujets à aucune directive de la part du pouvoir législatif ou exécutif.

Ces prévisions nationales sont conformes aussi aux «*Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*» élaborées par le VII –e Congrès des Nations Unies (Milan, 1985) et, ultérieurement, adoptés comme tels par les Résolutions du 29 novembre 1985 de l'Assemblée Générale de l'ONU, laquelle a invité les Etats membres à les respecter et à les inclure parmi leurs lois et pratiques nationales.

D'autre part, le Conseil de l'Europe, par la Recommandation no. R (94) 12 du 13 octobre 1994, a sollicité aux Etats membres, y compris à la Roumanie, des mesures concernant la protection de l'indépendance des juges.

L'affirmation de ce principe au plan national est nécessaire et possible par le cadre constitutionnel existant, mais aussi par la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle et des instances judiciaires. Dans le cadre de ses compétences, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle influe décisivement sur l'aspect de la constitutionnalité et de la légalité de celles-ci.

Dans ce contexte, l'indépendance des juges et leur soumission à la seule loi d'un côté, et le principe de l'application unitaire de la loi sont deux catégories convergentes, puisque l'application de la jurisprudence constitutionnelle est obligatoire.

Nous allons citer, par exemple, une décision qui, dans l'interprétation des textes constitutionnels, la Cour Constitutionnelle a établi que ses décisions relatives

aux exceptions de non constitutionnalité sont exécutoires du moment où elles sont définitives. Par une telle solution, l'on a établi que le droit de propriété privée de l'Etat et des particuliers doit jouir d'une protection égale. Par conséquent, ont été déclarées non constitutionnelles certaines dispositions du Code pénal, par lesquelles la propriété de l'Etat, indépendamment de la nature publique ou privée, jouissait d'une protection supérieure par rapport à d'autres types de propriété.

Aussi longtemps que l'on aura constaté que les textes du Code pénal ne sont pas constitutionnels, le juge ne saurait ignorer la pratique de la Cour Constitutionnelle, sous prétexte de n'obéir qu'à la seule loi.

Il a encore été établi par la Cour Constitutionnelle de Roumanie que, dans les conditions de la loi du contentieux administratif, les instances peuvent annuler un acte administratif à caractère normatif. Dans ce cas, les décisions des instances judiciaires s'approchent plutôt au caractère général et abstrait des actes normatifs et, certes, l'on peut soutenir qu'elles représentent une source secondaire des normes de procédure.

Ainsi, sans considérer que son autorité est menacée, le juge doit se soumettre à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle.

Cette manière de poser le problème contient, évidemment, deux éléments contradictoires, qui dérivent du raisonnement suivant:

1. pour être indépendant, le juge doit se soumettre au seul commandement de la loi;

2. la jurisprudence n'est pas une source de droit, donc une loi à laquelle le juge obéisse;

3. le juge ne doit pas obéir à la jurisprudence parce que celle-ci n'est pas loi, donc source de droit;

4. l'application unitaire de la loi est réalisée par la jurisprudence;

5. les juges doivent appliquer la loi d'une manière unitaire. Pour ce faire, ils doivent obéir à la jurisprudence. Mais la jurisprudence n'est pas une loi, donc ils ne doivent pas lui obéir.

C'est autrement évident que les deux principes seraient irréconciliables, à défaut de rejeter l'existence d'une telle contradiction. Et pourtant, ce qui mène à la coexistence et à l'harmonisation dans le bénéfice du progrès des deux principes contraires, est le facteur même dynamisateur de l'acte de justice, la délibération et la prononciation des décisions.

La délibération et la prononciation des décisions sont un processus juridique dynamique et complexe, dans le cadre duquel le juge doit exposer ses points de vue sur toutes les questions sur le tapis.

En plus des preuves qu'il apprécie dans le contexte de la demande du réclamant et de la défense de l'accusé, il doit avoir en vue les habits juridiques de la cause déduite au jugement.

Au moment de la délibération, auquel on fait référence, le juge peut se confronter à trois hypothèses:

- a) les prévisions de la loi sont suffisamment claires, si bien que leur interprétation ne se justifie, ni n'est nécessaire non plu;
- b) les prévisions de la loi doivent être interprétées, mais la jurisprudence a donné déjà plusieurs interprétations;
- c) la loi se tait à l'égard du contenu du rapport juridique déduit au jugement.

Chacune de ces trois hypothèses mettent en question le rapport entre l'indépendance du juge et l'application unitaire de la loi, d'une manière particulière. Parce que il nous faut le souligner! si la loi était toujours claire et limpide, la question de son interprétation ne se poserait même plus, ni celle de la jurisprudence unitaire. Comme, pour le moment il n'y a pas et probablement que jamais les lois ne seront suffisamment claires pour que l'on puisse renoncer aux juges, nous prendrons en ligne de compte les trois hypothèses!

a) lorsque *les prévisions de la loi sont suffisamment claires et leur interprétation par la voix de la jurisprudence est constante dans une certaine direction*, les choses sont bien simples. Dans une telle hypothèse, l'on ne saurait poser la question d'une contradiction entre le principe de l'indépendance du juge et l'application unitaire de la loi: *tant que la jurisprudence est constante et la loi est claire, les deux principes sont convergents*;

b) dans la seconde hypothèse, *lorsque les prévisions de la loi doivent être interprétées et d'un point de vue jurisprudentiel, des interprétations différentes ont été données*, cela soulève plusieurs problèmes.

Dans cette hypothèse, le juge soit accepte s'inspirer des solutions prononcées par d'autres juges quant à l'interprétation de la loi confuse / ambiguë, soit prononce une solution en considération de la propre interprétation de la loi, ce par quoi il tend à créer une nouvelle jurisprudence dans la question jugée. Les deux hypothèses impliquent tant des risques, que des avantages.

Dans le premier cas, en consentant au rôle primordial de la jurisprudence dans l'interprétation de la loi, le juge court le risque de ne pas obéir à la loi, mais à une autre source qui n'est pas la loi, mais l'expérience d'autres juges, expérience qui peut être tant positive que négative.

D'autre part, il y a aussi le risque de l'installation de la routine et du conservatisme dans les estimations d'un juge qui ne résoudrait ses dossiers qu'en considération de l'interprétation déjà faite par d'autres juges, donc en se soumettant à la seule jurisprudence.

Nonobstant ce, il faut reconnaître qu'une telle appréciation peut présenter l'avantage de consolider les relations sociales dont la justesse a été confirmée par une pratique tant unitaire que surtout! utile.

Dans la seconde hypothèse, s'il refuse la valeur d'une jurisprudence constante et de longue durée, l'on risque de voir le juge prononcer une décision non inspirée, laquelle sera, pour sûr, réformée dans les voies d'attaque.

D'un autre côté, le changement de la jurisprudence peut jouer un rôle progressiste, d'une manière apte à encourager et à consolider tant les changements sociaux qui se produisent beaucoup plus rapidement que la lente évolution du domaine législatif, mais aussi le principe de l'indépendance du juge comme garantie de la démocratie et du progrès social.

Entre tous les risques évoqués plus haut, il faut garder un juste et constant équilibre et il est du devoir des instances de le faire. Or, l'équilibre nécessaire doit garder le rythme des transformations sociales en accord avec l'esprit des lois. Il est préférable que ce soit toujours le juge qui garde cet accord, étant bien informé tant en ce qui concerne la loi, mais aussi la jurisprudence, laquelle, plus d'une fois, a devancé la loi. Un tel accord ne peut exister qu'en reconnaissant la contradiction dialectique et nécessaire qui existe entre le principe de l'indépendance du juge et celui de l'application unitaire de la loi, laquelle, selon une expression plastique, est la balance qui garde cet équilibre.

c) La troisième hypothèse, lorsque la loi se tait quant aux questions débattues, elle est aussi susceptible de deux observations.

1. A défaut de poser la question de l'interprétation de la loi, pour la bonne raison qu'elle n'existe pas ou se tait à un certain égard, l'on ne pourrait poser la question de la *contradictorialité* entre l'indépendance du juge et l'interprétation unitaire de la loi. Dans ce contexte, en utilisant le procédé d'interprétation analogue de certaines prévisions légales ou tout autre procédé de technique judiciaire, le juge obéit quand même à la loi, étant, de la sorte, lui-même le créateur de la nouvelle jurisprudence. Cette hypothèse est plutôt rare, mais non pas impossible. Les instances roumaines ont été fréquemment confrontées, ces dernières dix années, à des causes concernant le droit de propriété privée, à l'égard de biens se trouvant dans la propriété de l'Etat ou d'autres personnes. Et, plus d'une fois, les juges ont été obligés de juger même en l'absence de prévisions normatives, en considération de principes de droit. Or, dans ce cas, ils l'ont fait en considération du principe général de droit inscrit à l'article 3 du Code civil, selon lequel «le juge qui refusera de juger, sous prétexte que la loi ne prévoit, ou elle est obscure ou insuffisante, sera poursuivi pour dénégation de justice».

2. La seconde possibilité réside en cela que, en l'absence de la loi, mais au bénéfice d'une riche jurisprudence, le juge obéit à la pratique judiciaire qu'il applique, parce qu'elle correspond à une impérieuse nécessité sociale. Dans cette matière, les juges ont créé en Roumanie une jurisprudence qui a inspiré le législatif pour l'adoption d'une nouvelle législation transitoire, relative à la reconstitution du droit de propriété privée.

Bien que, en contradiction avec le principe de l'indépendance des juges et leur obéissance à la seule loi, le bénéfice d'une telle solution est d'une indiscutable utilité, parce que, de la sorte, ont été solutionnées des tensions sociales qu'il eût été impossible, pour le moment, de dépasser?

D'autre part, refuser la reconstitution de la l'ordre normal des choses, sous prétexte que ceci aboutirait à une violation formelle et douteuse de l'indépendance des juges, constitue l'exemple le plus éloquent d'un formalisme exagéré.

Par conséquent, quant aux trois hypothèses évoquées plus haut (beaucoup d'autres sont encore possibles, car la vie fait toujours naître de nouvelles hypothèses), nous considérons que dans tous les cas de stricte interprétation de la loi, entre les deux principes, celui de l'interprétation uniforme de la loi et celui de l'indépendance des juges, il est une minimale, voire nécessaire contradiction.

Cette contradiction trouve sa source dans l'ambiguïté du pouvoir que la loi confère au juge en tant que fonctionnaire de l'Etat, ou dans son interdiction de ne pas juger sous prétexte que la loi est confuse ou obscure.

Par ailleurs, une telle contradiction doit être développée dans le sens de la conservation d'un juste et raisonnable équilibre, autrement, en absolutisant le principe de l'indépendance des juges et de leur obéissance à la seule loi en déconsidération de son application unitaire, l'on parviendrait à l'hypothèse que, dans une question de droit, il y ait autant de solutions qu'il y a de juges sous le soleil. Ce qui, à notre avis, est tout à fait aberrant.