

## SOMMAIRE

AVANT-PROPOS / 7  
*Genoveva VRABIE*

# LE POUVOIR JUDICIAIRE

**Table ronde internationale  
organisée par le Centre francophone de droit  
constitutionnel de l'Université Mihail Kogălniceanu  
et l'Association Roumaine de Droit Constitutionnel**

**Iași, le 21-22 mai 2010**

ORGAN D'ÉTAT, AUTORITÉ PUBLIQUE, POUVOIR D'ÉTAT,  
INSTITUTION PUBLIQUE. CONTRIBUTION À LA CLARIFICATION  
DES SYNTAGMES / 11  
*Dana APOSTOL TOPAN*

L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE LA JUSTICE ET LE PRINCIPE  
DE LA SÉPARATION ET DE L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS DANS  
L'ÉTAT / 49  
*Emil KĂLĂN, Gabriela VĂCĂRĂ*

LE JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE SYSTÈME DE L'ÉTAT DE  
DROIT, DÉMOCRATIQUE ET LIBÉRAL / 59  
*Shibudun MILACIC*

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES / 71  
*Michel LEROY*

LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2009 EN FRANCE ET LE  
POUVOIR JURIDICTIONNEL / 79  
*Bertrand MATHIEU*

## SOMMAIRE

### AVANT-PROPOS / 7

*Genoveva VRABIE*

### HISTOIRE ET DISCOURS JURIDIQUE AUX TEMPS MODERNES. APERÇU DIACHRONIQUE / 11

*Alexandru ZUB*

### L'IDÉE DE LA SÉPARATION ET LA TRINITÉ DES POUVOIRS AUJOURD'HUI / 15

*Genoveva VRABIE*

### DISCUSSIONS SUR LA SIGNIFICATION DES NOTIONS « AUTORITÉ PUBLIQUE », « ORGANE DE L'ÉTAT » ET « AUTORITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE » / 35

*Rodica Narcisa PETRESCU*

### ORGAN D'ÉTAT, AUTORITÉ PUBLIQUE, POUVOIR D'ÉTAT, INSTITUTION PUBLIQUE. CONTRIBUTION À LA CLARIFICATION DES SYNTAGMES / 43

*Dana APOSTOL TOFAN*

### L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE LA JUSTICE ET LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION ET DE L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS DANS L'ÉTAT / 49

*Emil BĂLAN, Gabriela VARIA*

### LE JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE SYSTÈME DE L'ÉTAT DE DROIT, DÉMOCRATIQUE ET LIBÉRAL / 59

*Slobodan MILACIC*

### LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES / 71

*Michel LEROY*

### LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2008 EN FRANCE ET LE POUVOIR JURIDICTIONNEL / 79

*Bertrand MATHIEU*

**ROUMANIE – UN SYSTÈME JUDICIAIRE ENTRE FORMALISME  
EXCESSIF ET EXCÈS DE POUVOIR / 89**

*Elena Simina TĂNĂSESCU*

**LE JUGE NATIONAL COMME JUGE COMMUNAUTAIRE DE DROIT  
COMMUN / 105**

*Francisco FERNÁNDEZ SEGADO*

**L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE, UNE  
EXIGENCE RENFORÇANT LES POUVOIRS DU JUGE NATIONAL / 137**

*Gabriela-Adriana RUSU*

**LES CONFLITS JURIDIQUES DE NATURE CONSTITUTIONNELLE  
ENTRE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE ET LES AUTRES AUTORITÉS  
PUBLIQUES, DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR  
CONSTITUTIONNELLE DE LA ROUMANIE / 151**

*Ștefan DEACONU*

**L'ENJEU POLITIQUE DE LA FIDÉLITÉ DU JUGE ENVERS LA  
CONSTITUTION ET LA LOI / 171**

*Marius BALAN*

**«LA POLITISATION DE LA JUSTICE» – LE PHÉNOMÈNE AU  
BRÉSIL / 185**

*Monica HERMAN SALEM CAGGIANO*

**LES POLITIQUES LINGUISTIQUES AU CANADA : ACTIVISME  
POLITIQUE ET ACTIVISME JUDICIAIRE / 191**

*André BRAËN*

**LE SYSTÈME JUDICIAIRE ET LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE  
AU CANADA / 205**

*José WOEHLING*

**AUTEURS / 215**

## HISTOIRE ET DISCOURS JURIDIQUE AUX TEMPS MODERNES. APERÇU DIACHRONIQUE

Alexandru ZUB

Les débats de ces dernières années sur la constitution de l'Union Européenne et le constitutionnalisme dans son ensemble incitent les historiens à renouveler, eux aussi, leur réflexion sur le thème<sup>1</sup>. Naturellement, leur perspective est volontairement diachronique, imposée par une longue tradition professionnelle. Si les juristes prennent en compte surtout les réalités courantes, les structures sociopolitiques, mentales, etc., ceux qui étudient le passé historique privilégient la dimension évolutive, les changements produits dans le temps, convaincus que de cette façon ils contribuent à poser un fondement plus solide à la législation elle-même. La veille critique a stimulé des démarches novatrices dans les deux domaines, souvent dans un esprit comparatiste ou interdisciplinaire. Les pouvoirs de l'État ont constitué, même dans ce cadre, l'un des thèmes mis en discussion, pour en rendre conscients les facteurs responsables sur les dérapages existants<sup>2</sup>.

En essayant d'esquisser quelques éléments du discours historique lié au constitutionnalisme, nous avons suggéré, à une autre occasion, la nécessité d'étendre l'analyse autant que possible<sup>3</sup>. Nous avons évoqué alors surtout l'exemple de Reinhart Koselleck, en faisant référence à sa monumentale synthèse *Geschichtliche Grundbegriffe* (1992).

Dans le même horizon d'idées, nous croyons qu'il serait utile de faire maintenant quelques considérations basées surtout sur les écrits d'Ernst Nolte et d'autres historiens contemporains qui se sont penchés sur le même thème, en introduisant de nouvelles nuances dans le débat. En s'occupant des systèmes totalitaires, le savant susmentionné est arrivé à une explication historico-génétique, à partir de laquelle il a pu formuler des suggestions valables pour

<sup>1</sup> Cf. J.H.H. Weiler, *Constituția Europei*, trad., Iași, Polirom, 2009.

<sup>2</sup> Genoveva Vrabie (éd.), *Les rapports entre les pouvoirs de l'État*, table ronde, Iași, Institutul European, 2009, pp. 7-10: *Avant-propos*.

<sup>3</sup> Alexandru Zub, *Quelques réflexions sur l'historiographie constitutionnelle*, in vol. Genoveva Vrabie (éd.), *Le rôle et la place des cours constitutionnelles dans le système des autorités publiques, Iassy, le 15 mai 2009*, Iași, Institutul European, 2010, pp. 9-12.

d'autres problèmes de l'historiographie aussi<sup>4</sup>. Il entraîna ainsi en conjonction avec des orientations plus anciennes, telles celles qui, il y a un siècle, avait déterminé Eduard Gans à historiser les « institutions » à caractère juridique, à la différence de G. W.F. Hegel, qui les politisait, dans le sens d'un rapprochement des sciences politiques<sup>5</sup>.

C'était le moment vécu par Kogălniceanu à Berlin comme étudiant de L. Ranke et surtout de E. Gans ; il allait évoquer ce dernier à l'Académie Roumaine (1891) en tant qu'adepte pathétique du libéralisme, doctrine qui a alimenté ses politogrammes et les réformes mises en œuvre plus tard<sup>6</sup>. Dans la voie de la modernisation de l'État sur une base juridique solide (c'est dans ce sens qu'il convient de comprendre *le Règlement organique*), l'appel à l'histoire et même aux historiens était indispensable. Le cas de M. Kogălniceanu, l'un des proches du prince moldave M. Sturdza, dans les premières années d'après le Règlement, est bien connu, ainsi que la préoccupation de N. Bălcescu de mettre le discours historique en accord avec une certaine philosophie de l'État, d'essence juridique, telle qu'elle était pratiquée dans le monde occidental<sup>7</sup>, surtout par les romantiques allemands, pour qui l'histoire même était l'équivalent d'un « tribunal », *Weltgericht*.

Dans les synthèses plus récentes, on pourrait saisir l'idée que l'histoire du droit confirme le mieux le rapport complémentaire entre l'histoire diachronique et l'histoire sociologique, structurale<sup>8</sup>, d'où l'exigence d'un appel continu, dans les deux sens, aux données respectives. Une telle attitude est fréquente chez les historiens allemands du XIX<sup>e</sup> ainsi que des historiens français, si nous pensons à Thierry, Michelet, Guizot et même Joseph Ortolan (1802-1873), de qui l'historien roumain A. D. Xenopol avait repris cet *exergue* à sens toujours actuel : « Tout historien doit être jurisconsulte et tout jurisconsulte doit être historien »<sup>9</sup>. La rencontre d'idées avec notre historien avait à la base le même intérêt pour la juridicité romaine, domaine où Ortolan avait excellé et auquel Xenopol s'initiait au temps de ces études à Berlin. Les institutions de droit doivent être analysées en

<sup>4</sup> Ernst Nolte, Die historisch-genetische Version der Totalitarismustheorie: Ärgernis oder Einsicht?, in Zeitschrift für Politik, 43 Jg., 1996, 2, pp. 111-122.

<sup>5</sup> Eduard Gans, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, Stuttgart, 1981, avec une préface de Manfred Riedel.

<sup>6</sup> M. Kogălniceanu, Opere, II, București, 1976, pp. 603-609.

<sup>7</sup> G. Zane, N. Bălcescu. Opera, omul, epoca, București, 1975. Cf. aussi Andrei Rădulescu, Cultura juridică românească în ultimul secol, București, 1922 (extrait).

<sup>8</sup> R. Koselleck, L'expérience de l'histoire, Paris, 1997, p. 173.

<sup>9</sup> A. D. Xenopol, Istoria ideilor mele, 1913, in vol. Scrieri sociale și filozofice, București, 1967, p. 377.

clef historique et exploitées comme telles, conclusion qui, à ce moment là, était devenu un acquis.

Le discours ethnopédagogique, lancé par Fichte et systématisé plus rigoureusement par Wilhelm von Humboldt, a animé bien des historiens dont les propres actions reposaient sur la dimension juridique de la vie sociale. Nous la reconnaissons dans l'espace allemand chez Ranke, Sybel, Droysen, Treitschke, autant de sommets prestigieux de l'historiographie respective. Le combat pour la méthode (*Methodenstreit*) dans ce domaine était terminé à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. K. Lamprecht a développé ensuite la même propension, manifestant la tendance de forger une autre synthèse, à l'élaboration de laquelle, on le sait, a collaboré aussi le roumain N. Iorga<sup>10</sup>; la synthèse en question était une création collective, faite d'une série de monographies sociales, thématiques ou d'époque.

Nous avons déjà rappelé, à une autre occasion, la contribution de Carl Schmitt aux dialogues historico-juridiques dans la lignée de l'histoire constitutionnelle et de la « théologie politique »<sup>11</sup>. Nous y ajoutons son intérêt pour l'œuvre de l'historien juriste Alexis de Tocqueville, surtout pour ses écrits sur le « système pénitencier », la démocratie américaine et la Révolution française. Il trouvait que le rapport entre le centralisme et la démocratie était essentiel dans tout jugement sur le monde moderne, mais qu'il était trop peu étudié dans les États européens. La révolution et la géopolitique formaient le noyau de cette œuvre<sup>12</sup>, à laquelle allait se rapporter par la suite d'autres historiens dont nous rappelons P. Chaunu, R. Chartier, F. Furet, M. Vovelle<sup>13</sup>. F. Braudel, esprit de plusieurs points de vue affiné avec celui du grand exégète de la démocratie, a lui aussi saisi dans cette pensée-là une certaine oscillation « entre accidentel et profond, événement et structure »<sup>14</sup>. L'expérience américaine a fait remarquer à Tocqueville que la démocratie n'était parfaite nulle part, qu'une dictature de la majorité était possible n'importe où si l'on n'a pas d'antidote efficace. Dans le cas que nous venons de rappeler, l'antidote était la communauté responsable, consciente de ses droits et intérêts, assez active pour imposer des corrections si c'était nécessaire. Si elle survient, la crise de la démocratie provoque régulièrement le renforcement du pouvoir exécutif et la correction est faite en calibrant à nouveau les autres pouvoirs, en forgeant un nouvel équilibre<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cf. Alexandru Zub, *De la istoria critică la criticism*, București, 1985 (2000).

<sup>11</sup> Idem, cf. *supra*, note 3.

<sup>12</sup> Carl Schmitt, *Ex captivitate salus*, Berlin, 2002, pp. 25-33.

<sup>13</sup> Cf. Alexandru Zub, *Clio sub semnul interogației*, Iași, 2006, pp. 155-159.

<sup>14</sup> F. Braudel, *Préface*, in Alexis de Tocqueville, *Souvenirs*, p. 18. Apud Alexandru Zub, *La sfârșit de ciclul*, Iași, 1994, p. 184.

<sup>15</sup> Cf. Alexandru Zub, *op. cit.*

Comme historien et juriste, Tocqueville est peut-être le plus intéressant exégète du XIX<sup>e</sup> siècle par le type d'approche des phénomènes sociaux, la perspective et l'effort herméneutique<sup>16</sup>. La mission qu'il avait reçue, comme jeune magistrat, d'étudier le système pénitencier des États-Unis, lui a permis de rédiger un vaste rapport de spécialité, mais aussi d'analyser par la suite « la démocratie américaine ».

Theodor Mommsen est un exemple encore plus frappant d'approche du droit romain en étroite connexion avec l'histoire de l'antiquité. L'historien et le juriste se fondent en une synthèse unique, dans laquelle les institutions sont présentées de façon évolutive, mais à la fois synchronique, structurale<sup>17</sup>. Clio et Thémis se réunissent, comme dans la célèbre gemme devenue symbole de la double vocation. Ses grandes œuvres – *Histoire romaine* et *Droit public romain* – sont inséparables.

Il est lieu de mentionner, parmi d'autres démarches significatives, un projet d'équipe réalisé en 2003, sous l'égide du prestigieux *Centre Marc Bloch* de Berlin, intitulé *Geschichte und Recht. Eine deutsch-französische Annäherung zwischen Geschichtswissenschaft und juristischer Rechtsgeschichtsschreibung*, ayant à l'ordre du jour justement le dialogue entre l'histoire du droit et le discours historique. Ce dialogue a connu, naturellement, des évolutions et des accents divers, avec des éléments locaux qui n'ont pas encore été mis en lumière, surtout si nous nous rapportons à la culture roumaine.

Pour ce qui est de l'historiographie allemande, le dialogue entre l'histoire et le droit y a été quasi permanent et « l'école historique du droit » toujours réévaluée, surtout en rapport avec l'évolution de l'historisme<sup>18</sup>. Les renouveaux sont allés toujours ensemble dans les deux domaines, ne fût-ce que de façon tacite, discrète, à peine saisissable. Les analystes chevronnés se réfèrent, sous cet angle, surtout aux contributions signées par Fritz Hartung, E. Forsthoff, E. R. Huber, G. Jellinek, H. Keller, H. Krüger, à côté du prestigieux Theodor Schieder. Aucun historien des idées n'est perdu de vue, ni R. Koselleck, dont la monographie *Preussen zwischen Reform und Revolution* est un repère dans le domaine<sup>19</sup>.

Le danger d'absolutiser certaines formules, comme les idéaux-types proposés par Max Weber, a été plus d'une fois saisi<sup>20</sup>. La suspicion des historiens

<sup>16</sup> Philippe Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, trad., București, 1997, pp. 247-259.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 260-265.

<sup>18</sup> Cf. Otto Brunner, *Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift*, 209. Bd., 1969, pp. 1-16.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>20</sup> Hermann Krause, *Der Historiker und sein Verhältnis zur Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift*, 209. Bd., 1969, pp. 17-26.

professionnels à l'égard du concept et du système (nous la rencontrons chez N. Iorga aussi) a fait que certaines offres novatrices, de type conceptuel, soit accueillies avec réticence, sinon avec une hostilité déclarée<sup>21</sup>.

Les impulsions données, depuis l'entre-deux-guerres, dans l'espace allemand par certaines figures éminentes comme Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Otto Hintze et d'autres juristes, n'ont été mises en valeur que partiellement et parfois de façon distorsionnée<sup>22</sup>. La césure imposée après la seconde guerre mondiale à presque tous les domaines humanistes a affecté, inévitablement, le constitutionnalisme, cette *Verfassungsgeschichte* à laquelle E. R. Huber a su quand-même assurer un haut prestige en dépit de la discontinuité des systèmes politiques<sup>23</sup>.

*Continuité et changement* constitue d'ailleurs l'un des thèmes d'étude interdisciplinaire assumé par le *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte*, étude dans laquelle la tradition et le renouvellement sont des concepts corrélatifs, des facettes d'une réalité unique<sup>24</sup>. Il convient de signaler la teinte sociologique du nouveau projet, vu qu'elle représente un élément nouveau dans le domaine.

Dans ce cadre, l'actualité de l'œuvre de Carl Schmitt s'est imposée presque de soi, étant donnée l'importance des idées mises en marche. Ernst Nolte, un éminent historien contemporain, lui a consacré d'ailleurs une ample étude, lui faisant place dans une grande synthèse historiographique. On fait de nouveau la preuve du fait que dans ce domaine les approches interdisciplinaires et métadiscursives sont assez fécondes<sup>25</sup>. Plus près de nous, un spécialiste de la taille d'Otto Brunner insiste sur la collaboration fructueuse des historiens et des juristes sensibles au passé du domaine professé, en faisant un bilan positif d'une relation multiséculaire, même tensionnée<sup>26</sup>. On remettait en question les idées de norme, ordre, justice, sous divers angles, mais surtout par opposition à l'individualisme de souche romantique et libérale du XIX<sup>e</sup> siècle.

En guise de conclusion à ces notes fugitives, c'est bien le cas d'ajouter que le syntagme « pouvoir judiciaire » se lie le mieux à un autre, identique, appliqué à l'histoire, même si celle-ci est toujours *sub judice*. Depuis

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>22</sup> Cf. Ewald Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht, Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung, 1900-1970*, München, 2005.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 407-415.

<sup>24</sup> Cf. Marie Therese Fögen, *Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems*, projet, février 2002.

<sup>25</sup> Ernst Nolte, *Geschichtsdenken im 20. Jahrhundert*, Berlin/Frankfurt M., 1992, pp. 259-271: *Carl Schmitt und Ernst Jünger*.

<sup>26</sup> Otto Brunner, *op. cit.*

Montesquieu, sinon depuis l'antiquité romaine, cette analogie a fait une carrière longue et significative. Comme historien intéressé par les idées et les mentalités, la culture et la modernisation au cours des derniers siècles, nous avons essayé d'identifier ici seulement quelques repères utiles dans l'analyse de la relation entre l'historiographie et le discours juridique. Le thème reste ouvert et prometteur.

## **Istorie și discurs juridic în timpurile moderne. Privire diacronică**

### *Rezumat*

*Reflecție de istoric al culturii pe seama raportului dintre gândirea juridică din ultimele două secole și evoluția discursului istoriografic, cu trimiteri la epoca luminilor, romantism, trendul pozitivist și neopozitivist, de la Ranke, Gans, Savigny până la căutările convulsive din perioada interbelică. S-a luat în considerație mai ales bibliografia germană, dată fiind înrâurirea ei asupra gândirii istorico-juridice din România. Se fac referiri insistente la Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Otto Hintze, Ernst Nolte, Reinhart Koselleck, ultimul în calitate de exeget al istoriei conceptuale.*

## L'IDÉE DE LA SÉPARATION ET LA TRINITÉ DES POUVOIRS AUJOURD'HUI

*Genoveva VRABIE*

*Vérité en deçà des Pyrénées,  
Erreur au-delà.*

Blaise Pascal

1. Il y a une question qui est posée de plus en plus souvent aujourd'hui: peut-on toujours invoquer la séparation des pouvoirs de l'État comme principe qui se trouve à la base de l'organisation du pouvoir étatique? Si la réponse est affirmative, d'autres problèmes doivent être nécessairement tirés au clair: qu'est-ce qu'on comprend par pouvoir, combien de pouvoirs y a-t-il dans les États qui invoque constitutionnellement le principe, quelle est la nature des cours constitutionnelles, peut-on les considérer comme «pouvoir» bien distinct du pouvoir judiciaire, la Cour Constitutionnelle se situe-t-elle sur des positions égales à celles des autres pouvoirs, peut-on encore parler de législatif et d'exécutif comme deux pouvoirs distincts dans les conditions où les gouvernements se manifestent comme principaux «législateurs», serait-il plus adéquat au moment présent de parler de «pouvoirs et contre-pouvoirs», faut-il repenser le modèle classique «le pouvoir arrête le pouvoir», etc., etc.

2. La réponse à la première question peut être dégagée des textes constitutionnels (malgré toutes «les inconnues» qu'ils comprennent) et de la pratique des instances constitutionnelles et de droit commun, dont nombre de décisions sont motivées par l'idée d'irrespect du principe de la séparation des pouvoirs dans l'État. Il y a des constitutions, comme celle de la Roumanie, qui prévoient ce principe de façon expresse<sup>1</sup>, d'autres où celui-ci est facilement

<sup>1</sup> Voir art. 1, alinéa 4 de la Constitution, où l'on prévoit: «l'État est organisé conformément au principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – au cadre de la démocratie constitutionnelle». Voir *Constituția României revizuită* (La Constitution de la Roumanie révisée), publiée dans *Monitorul Oficial al României* (M. O.), 1<sup>ère</sup> partie, n° 767 du 30 octobre 2003. Voir aussi d'autres constitutions qui invoquent ce principe, telles celles de la Finlande, du Portugal et de la Slovénie.

déductible par l'interprétation, vu que les fonctions législative, exécutive et judiciaire sont confiées par la loi fondamentale à des autorités différentes<sup>2</sup> et, enfin, il y a des constitutions où, en l'absence de telles prévisions, les autorités sont organisées conformément au principe de la séparation dans l'État, disposant de moyens de contrôle du type «le pouvoir arrête le pouvoir».

3. Critiqué depuis le moment où l'on a posé ses fondements, particulièrement dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, avec des arguments convaincants à l'appui<sup>3</sup>, ce principe continue d'être invoqué comme critère de l'État de droit. Il est à remarquer que le principe de la séparation des pouvoirs dans l'État a été même «imposé» aux États du centre et de l'est de l'Europe, comme moyen de normalisation des régimes politiques postcommunistes<sup>4</sup>. Il y a peu de temps, on a affirmé que, à partir de 1990, nous avons affaire à une politique de «standardisation», que «le patrimoine constitutionnel européen» étant constitué de «standards à l'européenne» a été largement pris en compte par les constituants postcommunistes; d'abord, lors de la rédaction des premières constitutions, puis régulièrement au cours des années qui ont suivi, par des révisions constitutionnelles<sup>5</sup>.

4. En s'inscrivant dans ce processus, le mouvement constitutionnel de la Roumanie post-décembriste a mené à l'adoption d'une Constitution qui au début ne prévoyait pas expressément le principe de la séparation des pouvoirs dans l'État, mais qui organisait les autorités conformément à ses exigences; plus tard, douze ans après sa parution, on est arrivé à son inscription *in terminis*<sup>6</sup>. Bien qu'initialement la séparation des pouvoirs dans l'État ne fût pas prévue de

<sup>2</sup> Voir les constitutions des États suivants: Belgique, Allemagne, Danemark, Grèce, Autriche, Irlande, Luxembourg, Chypre, Pologne, Lituanie, Estonie, République Tchèque.

<sup>3</sup> Voir, par ex., J. F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Neuchatel, Supplément, 1069-1982, p. 555. Voir aussi Xavier Boissy, *La Séparation des pouvoirs, œuvre jurisprudentielle. Sur la construction de l'État de droit postcommuniste*, Préface de Slobodan Milacic, Bruylant, Bruxelles, 2003. Voir aussi les travaux présentés au VII<sup>e</sup> Congrès français de Droit Constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, atelier 6 – *Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs*, <http://www.afdc.fr/congresParis/atelierP6.html>.

<sup>4</sup> Voir Genoveva Vrabie, *Drept constituțional și instituții politice* (Droit constitutionnel et institutions politiques), tome I, 5<sup>e</sup> éd. revue et complétée, Ed. Cugetarea, Iași, 1999, pp. 375 sqq.

<sup>5</sup> Voir Marion Garrigue-Vieuville, «Le Rôle des Cours constitutionnelles dans la construction institutionnelle des régimes postcommunistes européens: l'exemple du chef d'État, VII<sup>e</sup> Congrès français de Droit constitutionnel», AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, atelier 6 – *Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs*, <http://www.afdc.fr/congresParis/atelierP6.html>, p. 1.

<sup>6</sup> Voir art.1 alinéa 4 de la Constitution de la Roumanie révisée.

façon expresse, immédiatement après l'adoption de la Constitution et la création de la Cour constitutionnelle ce principe a été constamment évoqué – comme règle unanimement admise – dans sa jurisprudence<sup>7</sup>. Mais, *deux choses* importantes survenues à l'occasion de la révision ont augmenté la confusion, qui existait de toute façon, sur le plan de la compréhension correcte de la notion de «pouvoir», donc de l'identification des catégories de pouvoirs basées dans leur activité par le principe de la séparation. Premièrement, on ajoute à l'article 1 un nouvel alinéa, où non seulement on affirme le principe, mais on va jusqu'à l'identification des pouvoirs: législative, exécutive et judiciaire. En même temps, la Cour Constitutionnelle reçoit une nouvelle attribution, qui complique la compréhension de sa nature juridique et du rapport de «poids -contrepois» avec les autres autorités. Donc, à partir de 2003, elle est chargée de «solutionner les conflits juridiques de nature constitutionnelle entre les autorités publiques» (art. 146 lettre *e* de la Constitution).

Si avant la révision nous pouvions mettre la Cour Constitutionnelle à côté des instances de droit commun, en parlant de la catégorie des «autorités juridictionnelles»<sup>8</sup> qui entraient dans une relation de «le pouvoir arrête le pouvoir» avec les autres autorités, la situation présente ne le permet plus. Auparavant, il était même difficile de parler de *trois* pouvoirs, en mettant sous le même parapluie les deux dont nous parlions, surtout en tenant compte du fait que la structure de la loi fondamentale avait la caractéristique d'englober le Parlement –comme pouvoir législatif-, le Gouvernement et le Président – comme pouvoir exécutif – et les instances de droit commun – comme «autorité judiciaire» – dans le Titre III – «Autorités publiques» – et de situer la Cour Constitutionnelle en dehors de la structure qui régleme *les autorités*, c'est-à-dire le Titre V – «la Cour Constitutionnelle» – , où l'on ne précise pas si l'institution régleme est «organe d'État», «pouvoir», «autorité», etc.<sup>9</sup> De même, il était difficile de garder *la trinité des pouvoirs* pour la raison que

<sup>7</sup> En Roumanie, depuis la création de la Cour Constitutionnelle jusqu'à aujourd'hui, on a prononcé un grand nombre de décisions dont la solution est basée sur le principe de la séparation des pouvoirs dans l'État.

<sup>8</sup> Voir Genoveva Vrabie, *Organizarea politico-etatică a României* (L'Organisation politico-étatique de la Roumanie), 3<sup>e</sup> éd. revue et complétée, Ed. Cugetarea, Iași, 1999, pp. 336 sqq et «La Nature juridique des Cours constitutionnelles » in *Le Rôle et la place des cours constitutionnelles dans le système des autorités publiques*, Ed. Institutul European, Iași, 2010, p. 60 sqq.

<sup>9</sup> Il est facile de dépister le modèle de notre Constitution, vu que dans bien des lois fondamentales européennes se reflète la conception kelsienne de la nature juridique de cette structure: «un organe *sui generis* qui se situe en dehors des pouvoirs traditionnels» – législatif, exécutif et judiciaire.

l'instance constitutionnelle s'éloignait sensiblement – par ses attributions, autres que juridictionnelles – des instances de droit commun.

À l'heure actuelle, après la révision, les choses sont encore plus compliquées : il y a *trois pouvoirs identifiés* au niveau de la Constitution – « législatif, exécutif et judiciaire » –, mais, en même temps, il y a une autorité étatique réglementée – nous venons de nommer la Cour Constitutionnelle – *en sorte que l'on crée, d'une part, les prémisses de l'élaboration d'une théorie qui nie la séparation des pouvoirs dans l'État*, rendant possible le positionnement d'un organe au sommet de la hiérarchie des autorités publiques et, d'autre part, on encourage une pratique qui nous évoque une idée bien connue, celle du « Gouvernement des juges », idée qui aujourd'hui est légitimée par la loi fondamentale.

5. Mais, *l'expérience roumaine n'est ni unique ni très originale*. La plupart des constitutions organisent les pouvoirs en conformité avec les exigences essentielles du principe de la séparation des pouvoirs dans l'État, fait qui n'empêche pas l'extension de la sphère de manifestation de ceux qui nient ce principe, et surtout, ni de ceux qui envisagent cette autorité comme « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »<sup>10</sup> ou même comme « garant de l'État de droit »<sup>11</sup>. De même, l'existence de certaines normes constitutionnelles qui reflètent des exigences du principe de la séparation des pouvoirs dans l'État n'empêchent pas l'apparition de nouvelles théories concernant l'organisation des pouvoirs, vu qu'un nombre de plus en plus grand de spécialistes parlent aujourd'hui de « pouvoirs et contrepouvoirs »<sup>12</sup>, de « pouvoirs principaux » et de « pouvoirs secondaires », de « la nouvelle séparation des pouvoirs », de l'apparition de « nouveaux pouvoirs », etc.<sup>13</sup>.

6. Toutes ces nouvelles théories et opinions sont essentiellement déterminées par le changement des conditions dans les quelles se déroulent les rapports entre les autorités publiques, par l'apparition des cours et des tribunaux constitutionnels avec l'extension de leurs compétences, par la croissance du rôle des partis dans l'articulation des pouvoirs, par le mode incertain d'utilisation de la notion de POUVOIR et, incontestablement, par la nouvelle « philosophie » des

<sup>10</sup> Marion Garrigue-Vieuville, *op. cit.*, pp. 1,12. Précisons que l'auteur fait des appréciations seulement au niveau des Cours constitutionnelles des pays de l'est de l'Europe.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>12</sup> Voir Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V<sup>ème</sup> République*, Préface de Slobodan Milacic, Bruylant, Bruxelles, 2003

<sup>13</sup> Marion Garrigue-Vieuville, *op. cit.*, pp. 1-28. En parlant des « nouveaux pouvoirs », elle montre que les tribunaux constitutionnels « sont de véritables 'figures d'autorité' au cœur des nouveaux systèmes politiques » (p. 2).