L'influence de l'histoire sur l'élaboration du concept de justice constitutionnelle

Marie-Sophie DEMOFLYS, Université Montpellier I

Si l'histoire et la théorie ont toutes deux pour objet la compréhension du droit, elles portent cependant sur ce dernier un regard tout à fait différent. Le droit est ici envisagé à la fois comme objet et comme science.¹

D'un point de vue épistémologique, l'histoire est entendue comme la connaissance du passé de l'humanité et des sociétés humaines². En droit, l'histoire consiste alors à étudier la suite des événements juridiques du passé et à les reconstituer. L'approche historique de l'objet droit est, de fait, pragmatique et vise à rendre compte de la réalité de cet objet le plus fidèlement qu'il soit.

Originellement conçue selon le modèle des sciences dures³, la théorie du droit est définie comme une « activité cognitive visant à donner une représentation du phénomène juridique conforme au paradigme scientifique adopté »⁴. À la différence de l'histoire, la théorie du droit va au-delà de la connaissance de son objet car elle cherche à le reconstruire. En produisant une représentation du droit, la théorie du droit induit une construction intellectuelle ayant pour objet d' « attribuer une signification d'ensemble aux éléments issus de l'analyse perceptive »⁵. Le processus de construction lié à la théorie implique alors l'émergence d'un écart avec le

¹ Alexandre VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 16. Le droit comme objet est « une activité de la volonté qui sollicite la mise en œuvre de la raison pratique ». Il se rapporte au droit entendu d'un point de vue ontologique, tandis que le droit comme science se rapporte à l'épistémologie. Il est alors défini comme « la discipline académique qui a pour objets ces ensembles normatifs auxquels renvoie la première définition et qui n'implique, au contraire, que le déploiement d'une activité de connaissance ».

² « Histoire, n.f. », in *Dictionnaire Larousse* [En ligne].

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/histoire/40070?q=histoire#39991> (Page consultée le 5 mai 2014).

³ Michel TROPER, « KELSEN Hans (1881-1973) », in *Encyclopedia Universalis* [En ligne]. <http://www.universalis.fr/encyclopedie/hans-kelsen/2-science-du-droit/> (Page consultée le 5 mai 2014).

⁴ François OST, « Science du droit », in Arnaud, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition corrigée et augmentée, 1993, p. 540. C'est la science du droit qui est désignée par l'auteur. Il semble ici possible de définir la science du droit et la théorie du droit par les mêmes termes. En la désignant comme « corpus théorique » (par opposition ici à « pratique sociale »), François Ost indique que : « Quel que soit le critère de scientificité retenu, le discours scientifique tend, au minimum, à rationaliser les phénomènes étudiés en les ramenant sinon à l'uniformité, du moins à des régularités ordonnancées ; de façon plus exigeante, la théorie peut aussi viser à étendre son pouvoir d'élucidation (explication et prédiction) à des aspects nouveaux de la réalité, quitte à s'affranchir de la représentation qu'en fournit le sens commun ».

⁵ François RAYNAK et Alain RIEUNIER, « Pédagogie », in *Dictionnaire des concepts clés (apprentissage, formation, psychologie cognitive)*, ESF, 1997, p.320, citant J.F. Richard, « Les activités mentales », *Armand Colin*, 1990, p.9.

phénomène juridique étudié. Ainsi, en réalisant une telle construction, la théorie du droit donne naissance à des concepts⁶. Le concept est défini comme une « idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances »⁷. Au sein de la théorie du droit, les concepts permettent, en vertu de leur caractère abstrait, de systématiser les phénomènes juridiques et d'établir des classifications⁸. À cet égard, il est indispensable de noter pour les propos qui vont suivre que deux types de concepts existent au sein de la théorie du droit. D'une part, les concepts de la théorie du droit permettent de connaître les réalités juridiques propres à chaque Etat. Ils seront ici dénommés sous le vocable de concept. D'autre part, certains concepts sont capables de décrire les concepts de la théorie du droit. De par leur généralité, ils embrassent l'ensemble des réalités et des concepts issus de ces réalités. Ils seront dénommés « méta-concepts »⁹.

Il convient dès lors de s'interroger sur le caractère de concept ou de méta-concept de la justice constitutionnelle, après avoir apporté quelques précisions sur la création de la justice constitutionnelle dans le droit. La naissance historique du phénomène de protection de la

⁶ À cet égard, Luc Heusching distingue entre « concept doctrinal » et « concept de droit positif » Luc HEUSCHING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 16, 2002, p. 15. Il cite à cette fin les propos de Charles Eisenmann qui suivent. Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de la méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome XI, 1966, p. 26 : « Il y a d'abord celui où le « vocable conceptuel », c'est-à-dire qui doit servir à désigner un concept, à la façon d'une étiquette ou d'un signe algébrique, se trouve employé dans une « source de droit positif », loi ou jugement, - disons pratiquement aujourd'hui : dans un acte écrit qui émane d'une autorité extérieure à lui, juriste. Mais tous les concepts utilisés par le juriste ne proviennent pas de ces sources du droit positif, des textes ; certains concepts sont élaborés par lui, et les mots correspondants choisis par lui dans son travail de connaissance systématique du droit, aux fins de l'analyse ou de la théorie du droit ». Sur la question de la distinction entre concept du droit et concept de la science du droit – ou de la théorie du droit –, voir également : Michel TROPER, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, 2012, pp. 79-80.

⁷ « Concept, n. m. », in *Dictionnaire Larousse* [En ligne].

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/concept/17875?q=concept#17749> (Page consultée le 5 mai 2014).

⁸ Selon le Professeur Philippe Robert-Demontrond, le concept (ou la métaphore selon lui) consiste dès lors à « transférer des représentations d'un domaine « source » à un domaine « cible » ». Philippe Robert-Demontrond, « Vices et vertues en sciences des métaphores et analogies », in Philippe Robert-Demontrond (dir.), *L'importation des concepts*, coll. Méthodes de recherche en sciences humaines et sociales, APOGEE – IREIMAR, 2005, p. 14. Dans le cadre de la présente étude, le concept transfère le phénomène du droit - le domaine « source » - vers la science du droit – le domaine « cible ». À cette fin, la réalisation d'une reconstruction abstraite du phénomène est nécessaire. C'est ce processus d'abstraction qui donnera lieu à la création d'une systématisation voire d'une classification du phénomène juridique.

⁹ Pour établir une telle distinction, nous nous basons sur la pensée de Michel Troper, dans Michel TROPER, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », op. cit. , pp. 87-89. À propos des méta-concepts : « Le théoricien (ou le comparatiste) doit créer un méta-concept capable de décrire des concepts. Le méta-concept de personne ou de constitution employé par la théorie du droit doit permettre de rendre compte de systèmes dans lesquels ils existe non seulement l'institution de la personne ou de la constitution, mais le concept de personne ou de constitution, même s'ils ne sont pas désignés par les mêmes termes ». Il convient dès lors de préciser que, quoique concept et méta-concept soient différenciés, ils sont cependant tous deux des concepts de la science du droit. Dès lors il n'y a pas entre eux une différence de nature.

norme suprême de l'Etat par le juge date de 1803 aux Etats-Unis¹⁰. En Europe, une telle protection de la norme suprême n'est apparue qu'un siècle plus tard, d'abord dans la Première République tchécoslovaque¹¹, puis en Autriche¹². La conceptualisation de ce phénomène eut lieu au même moment en Europe sous la plume de Hans Kelsen. Empreint de son expérience en tant que rédacteur de la Constitution autrichienne de 1920, l'éminent théoricien érige alors le concept de justice constitutionnelle concentrée en 1928¹³. Or, de cette conceptualisation de la justice constitutionnelle autrichienne émane un concept plus large, le méta-concept de justice constitutionnelle. Ce méta-concept comprend dès lors tous les systèmes de « garantie juridictionnelle de la Constitution » ainsi que tous les concepts décrivant une telle garantie. Par conséquent, le concept de justice constitutionnelle concentrée est inclus dans le méta-concept de justice constitutionnelle. La présente étude s'intéressera alors tant au concept de justice constitutionnelle concentrée qu'au méta-concept de justice constitutionnelle.

L'histoire et la théorie du droit entretiennent des rapports différents avec les réalités juridiques. Ayant respectivement vocation à décrire et à conceptualiser, l'histoire et la théorie du droit s'emparent différemment du phénomène juridique. Dès lors, la description de la protection de la Constitution dans le droit et la conceptualisation de cette protection dans la science du droit sont de natures différentes.

Cette différence de nature empêche-t-elle pour autant d'envisager un quelconque rapport entre l'histoire et la théorie du droit ? L'étude commune de la justice constitutionnelle par ces deux disciplines ne permet-elle pas au contraire de percevoir une influence entre elles ? Plus précisément, l'objet ici étudié par l'histoire est la justice constitutionnelle. Si la conceptualisation de la justice constitutionnelle est considérée comme faisant partie intégrante

¹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹¹ La Constitution de 1920 de Tchécoslovaquie dispose dans sa Loi préliminaire : « Article I : 1. Sont et demeurent abrogées toutes les lois contraires à la Charte constitutionnelle ainsi qu'aux lois qui la modifient ou la complètent. 2. Les lois qui modifient ou complètent la Charte constitutionnelle doivent être expressément qualifiées de lois constitutionnelles. Article II : La conformité des lois de la République tchécoslovaque et des lois de la Diète de Russie subcarpathique aux dispositions de l'article I sera appréciée par la Cour constitutionnelle. »

¹² La Loi constitutionnelle fédérale d'Autriche du 1^{er} octobre 1920 dispose en son article 140 : « 1. La Cour de justice constitutionnelle statue sur la constitutionnalité d'une loi de Land, sur requête du Gouvernement fédéral ; sur la constitutionnalité d'une loi fédérale sur requête d'un gouvernement de Land ; mais elle juge aussi d'office quand la loi en question forme la condition d'une décision de la Cour de justice constitutionnelle. 2. Les requêtes mentionnées à l'alinéa précédent peuvent être présentées en tout temps : l'auteur de la requête en fait part immédiatement au gouvernement de Land compétent ou au Gouvernement fédéral. 3. L'arrêt par lequel la Cour de justice constitutionnelle annule une loi pour inconstitutionnalité oblige les autorités compétentes à publier sans délai l'annulation. L'annulation prend effet le jour de sa publication, à moins que la Cour constitutionnelle n'ait fixé un délai pour son entrée en vigueur ; ce délai n'excédera pas six mois. 4. La disposition de l'article 89 n'est pas applicable à l'examen des lois par la Cour de justice constitutionnelle, au point de vue de leur conformité à la Constitution. »

¹³ Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, p. 197-257.

de cet objet, une étude historique de la conceptualisation de la justice constitutionnelle est-elle alors envisageable ?

« On ne connaît pas complètement une science tant qu'on n'en sait pas l'histoire »¹⁴ disait Auguste Comte. La conceptualisation de la justice constitutionnelle relève de la science constitutionnelle. Donc la connaissance de cette conceptualisation suscite la connaissance de son histoire. Cette conclusion conduit à envisager l'historicité de la conceptualisation de la justice constitutionnelle.

En effet, il existe un lien indéniable entre l'évolution historique d'un système juridique et l'avènement de la justice constitutionnelle en son sein, de même qu'existe un lien évident entre l'avènement de la justice constitutionnelle et sa conceptualisation. La corrélation entre ces deux affirmations conduit à concevoir une relation entre l'évolution historique et l'élaboration d'une telle conceptualisation. L'historicité du processus de conceptualisation de justice constitutionnelle doit alors être envisagée. Sans tomber dans l'écueil des théories de la continuité ou de la rupture historique¹⁵ ou dans le « piège du droit constitutionnel »¹⁶, il est, à cette fin, nécessaire de réaliser une généalogie succincte de la théorisation de la justice constitutionnelle¹⁷. Si la construction intellectuelle – que sous-tend la construction d'un concept – suppose de se dégager de la contingence historique afin de percevoir les systèmes juridiques dans une vision d'ensemble, cette nécessité est d'autant plus avérée concernant les méta-concepts de la science du droit. Comme cela vient d'être précisé, le méta-concept de justice constitutionnelle, englobe le concept de justice constitutionnelle concentrée car il est, de fait, plus général. Dès lors, il convient de distinguer concept et méta-concept quant à l'historicité de leur élaboration.

¹⁴ Auguste COMTE, *Cour de philosophie positive*, 1830.

¹⁵ Michel TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité), juillet 2010. Dans cet article, Michel Troper semble mettre en garde contre l'écueil que représentent la continuité ou la discontinuité historique. Selon que l'on se place dans l'une ou l'autre posture, le risque est couru d'instrumentaliser les faits historiques relatifs au droit afin d'« inscrire [volontairement] ou bien en rupture avec une tradition ou bien dans la continuité d'une autre » selon l'auteur.

¹⁶ « Transporter dans les siècles reculés toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est des sources de l'erreur celle qui est la plus féconde », Denis BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel », (2009) 3 *Jus Politicum*, *Revue internationale de droit politique*, pp. 3-4. Appréhender de phénomène juridique peut s'avérer difficile lorsque ce dernier est inscrit dans un cadre différent de celui dans lequel l'étude se situe. Cette difficulté est ici à envisager dans l'étude de l'avènement de la justice constitutionnelle et de sa conceptualisation, ces phénomènes datant d'un peu moins d'un siècle en Europe. Il est dès lors nécessaire de surmonter ce « piège » en appréhendant les notions relatives au contrôle de constitutionnalité et au juge constitutionnel dans leur « relativité historique », selon les termes de l'auteur, p. 7.

¹⁷ Le présent article n'a pas prétention à l'exhaustivité. Au contraire, il vise un but très modeste, celui de la mise en lumière de l'existence indéniable d'un lien entre la conceptualisation de la justice constitutionnelle et l'histoire constitutionnelle. Cette première ébauche fera l'objet d'un travail de thèse, au sein de laquelle sera réalisée une généalogie du concept de justice constitutionnelle, et plus précisément des modèles de justice constitutionnelle découlant de la systématisation kelsénienne de 1928.

Partant, le présent article souhaite répondre positivement à l'interrogation soulevée par la mise en exergue de l'utilité de l'histoire dans la création du concept de justice constitutionnelle concentrée (I) avant d'apporter une réponse plus mitigée quant à la création du méta-concept de justice constitutionnelle (II).

I. L'influence directe de l'histoire sur l'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée

L'influence du droit et de son évolution sur la création du concept de justice constitutionnelle est déterminante. Le concept dont il s'agit est précisément le concept de justice constitutionnelle concentrée. Ce concept, érigé par Hans Kelsen, découle du contrôle de constitutionnalité créé dans la Constitution autrichienne de 1920. Cette présentation est volontairement chronologique afin de rendre compte du contexte dans lequel apparaît le concept de justice constitutionnelle. Il est ici nécessaire de dégager les divers éléments du droit et de la science du droit qui ont permis d'envisager la création de ce concept. Une mise en garde est cependant essentielle : la généalogie de l'apparition du concept de justice constitutionnelle ne doit pas conduire à envisager une filiation directe entre cette apparition et les divers éléments qui seront présentés. Ces derniers ne constituent pas les causes de la création du concept mais le contexte dans lequel la pensée kelsénienne a émergé. Il s'agit donc de reconstruire ce contexte afin de saisir l'apport de l'histoire sur la création du concept par Hans Kelsen. Cette mise en perspective de la pensée de l'auteur permet de ne pas se cantonner à la croyance selon laquelle sa pensée serait détachée de tout contexte. Il sera donc question de comprendre l'avènement du concept kelsénien de justice constitutionnelle au sein du contexte juridique européen, et particulièrement celui de l'Allemagne, de l'Autriche et de la France.

Le légicentrisme et le dualisme juridictionnel trouvent leurs origines dans la Révolution française avant de se répandre ensuite en Europe. Cet héritage révolutionnaire, évoluant au fil du temps, caractérise le contexte juridique européen. Dès lors, il convient de poser un regard historique sur la culture légicentriste (A) et le dualisme juridictionnel (B) afin de comprendre leur pesanteur dans le concept dégagé par Hans Kelsen.

A. L'influence de la culture légicentriste

Selon la Loi des 16 et 24 août 1790 : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre

l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. »¹⁸. Affirmant ainsi leur hostilité envers le pouvoir judiciaire¹⁹, les révolutionnaires ont très largement limité le pouvoir judiciaire par les Constitutions, cantonnant ainsi le juge à la simple application de la loi²⁰. Est ainsi instaurée une séparation rigide des pouvoirs, au profit du pouvoir législatif. Le légicentrisme apparaît dès lors comme le corolaire de la méfiance envers le juge. Provenant des penseurs des Lumières, le légicentrisme est notamment nourri par les idées de Montesquieu et Rousseau, selon lesquels « la puissance de juge est nulle » ou encore « la loi est l'expression de la volonté générale ». Cette dernière formulation sera d'ailleurs reprise dès 1789 au sein de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²¹. Si la pensée majoritaire exalte la puissance du législateur et de la loi qui émane de lui, le pouvoir d'interprétation du juge est, à l'inverse, craint. La période révolutionnaire n'apporte cependant pas une réponse uniforme à la question de la place du législateur²² en raison de l'instabilité politique régnante. Suite à l'échec de la Constitution de l'an I, Maximilien Robespierre semble favorable à l'institution d'un gardien des lois limitant les pouvoirs du législateur. Marie-Jean Héroult de Séchelles, juriste jacobin de renom et principal rédacteur de cette Constitution, soutient également que, outre le rejet du Jury national qu'il souhaitait voir mis en place, « on est resté d'accord qu'il fallait trouver un moyen de garantir le peuple de l'oppression du corps législatif »²³. Cette volonté se traduit au sein des débats entourant la Constitution de l'an III par le projet de création du Jury constitutionnaire, imaginé par l'Abbé Sieyès, afin de diviser les pouvoirs dans le but de protéger les droits des citoyens du législateur lui-même²⁴. Thibaudeau s'oppose alors à lui en ces termes : « Qui contrôlera les gardiens de la Constitution ? »²⁵. Plus que la remise en cause de l'idée de protection, cette opposition met à nu l'invraisemblance d'une protection contre les représentants par une

¹⁸ Loi des 16-24 août 1790, Titre II, article 10.

¹⁹ À ce propos, on note que c'est en raison de la paralysie administrative à laquelle les arrêts de règlements des Parlements d'Ancien régime ont conduit que le pouvoir judiciaire est redouté. Patrice BEAUJARD, « Administration, Les juridictions administratives françaises », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]. Les arrêts de règlements ont d'ailleurs été interdits dans l'article 5 du Code civil en 1804 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

²⁰ J. HILAIRE, « Jugements et jurisprudence », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 39. [<http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/120.pdf>].

²¹ Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

²² Nous souhaitons volontairement mettre ici en exergue les éléments de ruptures de l'histoire constitutionnelle et du légicentrisme issu de la Révolution française, afin de rendre compte de la richesse des débats et des pratiques, ainsi que de l'émergence notoire d'un contrôle du législateur dans la pratique.

²³ *Moniteur*, Séance du 24 juin 1793, p. 768

²⁴ *Le Moniteur*, Séance du 2 thermidor an III, p. 1236.

²⁵ ROSANVALLON, P. *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Points, collection Essais, p. 259

assemblée elle-même représentative²⁶. Le projet de Sieyès est repoussé à l'unanimité par la Convention au motif que « ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et qu'en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait »²⁷. La Constitution de l'an VIII renouvelle l'idée d'un examen de la constitutionnalité par la création du Sénat-conservateur. Son article 21 dispose qu'« [i]l maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou le Gouvernement »²⁸. La substitution du terme « Jury » par le terme « Sénat » atteste de l'attrait envers la politisation de l'organe inverti de cet examen. Le rôle du Sénat reste toutefois très limité. « Sous le Consulat et sous les deux Empires, on institua un Sénat gardien de la Constitution. Mais ce gardien fut toujours entre les mains du premier consul et de l'empereur un instrument docile »²⁹. Dès lors, l'essai de création d'un pouvoir politico-juridictionnel protégeant la Constitution ne fut pas marqué.

Le refus de soumettre les actes des assemblées souveraines au juge en France, en raison du règne de la loi, doit par conséquent être remarqué. Issu du siècle des Lumières et principalement des penseurs français, l'idée d'un règne de la loi connaît un essor majeur en Europe. En Allemagne, cette idée apparaît dès la fin du XVIIIe siècle et se traduit dans la pensée kantienne par la volonté d'ériger un Etat qui fasse respecter les lois et qui les respecte également³⁰. Cette volonté étant fondée sur la théorie du contrat social, dès lors, si les hommes veulent être libres, ils doivent se soumettre aux lois, et par-là-même à l'Etat. L'idée d'un Etat protecteur des libertés individuelles par le droit est à l'origine de la doctrine du *Rechtsstaat* – ou Etat de droit³¹. Dès lors, les influences françaises sur l'Allemagne ne sont plus à démontrer.

En France, le règne de la loi est à l'origine du parlementarisme. En vertu de la protection des libertés individuelles, le pouvoir législatif ne peut mal faire. Le pouvoir royal – dont les dérives sont redoutées – est alors soumis à la loi, issue de la volonté du législateur. En revanche, en Allemagne, le règne de la loi ne donne pas lieu au parlementarisme mais au constitutionnalisme. Ce constitutionnalisme, par la limitation du pouvoir du monarque,

²⁶ Olivier JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n°2, 2009, p.20

²⁷ *Le Moniteur*, Séance du 1^{er} fructidor an III, voir également, Dominique TURPIN, « La constitutionnalisation du droit et de la justice », *Les Cahiers de Droit*, vol. 42, n°3, 2001, p. 622

²⁸ Article 21, Constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799).

²⁹ Ho Hio KY, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, Paris, Pedone, 1926, p. 185. Le Conseil d'Etat participe ici à ce « jeu des pouvoirs ».

³⁰ Luc HEUSCHING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 16, 2002, p. 42.

³¹ *Ibid*, p. 44. Le terme *Rechtsstaat* apparaît sous la plume de Robert von Mohl en 1842.

conduit progressivement à l'instauration de la séparation des pouvoirs et de la représentation nationale³². Robert von Mohl considère que la représentation doit être assurée par le Parlement, chargé de défendre les libertés individuelles contre l'Etat. Il estime que tout juge doit être en mesure de contrôler le respect des conditions formelles et matérielles prescrites au législateur par la Constitution³³. La majorité des penseurs du *Rechtsstaat* ne partage cependant pas le même avis. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, la doctrine, dont Laband, estime que la présence du *Kaiser* et du *Bundesrat* est suffisante contre les empiètements éventuels du *Reichstag*. Cependant, à la différence de la France, le rôle du juge n'est pas réduit à néant. En effet, en raison de la prépondérance de la monarchie et par-là de l'absence de dérive parlementariste, la compétence du juge n'est pas écartée. Pour autant, le système diffus de justice constitutionnelle, issu du *judicial review* états-unien est rejeté³⁴. Laband et Jellinek affirment ainsi que le contrôle réalisé par le juge doit être réduit à la régularité formelle des lois. Ce contrôle ne fut effectif qu'à partir de la République de Weimar.

Les débats européens sur l'Etat de droit et l'office du juge connaissent un grand retentissement en France³⁵. La doctrine libérale traditionnelle des professeurs Esmein³⁶ et Garçon, partisane de la toute-puissance du Parlement, est alors confrontée aux défenseurs de l'idée renouvelée d'un contrôle de constitutionnalité des lois³⁷. Si l'approbation de l'exception d'inconstitutionnalité est finalement majoritaire, la polémique connaît cependant un regain de virulence. Gaston Jèze, favorable au contrôle de constitutionnalité des lois en Roumanie, s'oppose à l'instauration d'un tel contrôle judiciaire en France en raison de l'esprit conservateur des juges. Il prône une « garantie politique de la Constitution », contestant ainsi les propos de Maurice Hauriou. Ce dernier souhaite donner aux tribunaux l'occasion d'écarter

³² Michel FROMONT, « Le constitutionnalisme allemand », *Pouvoirs*, n°66, septembre 1993, p. 7.

³³ Luc HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 16, 2002, p. 70.

³⁴ Voir notamment sur ce point, Joseph PINI, op. cit. ; Olivier JOUANJAN, « Contribution à l'histoire du contrôle judiciaire des normes en Allemagne (1815-1933) », in *Colloque Marbury v. Madison : 1803 - 2003 - Un dialogue franco-américain*, Dalloz, dir. E. Zoller, coll. Thèmes et commentaires, 2003, pp. 127-131.

³⁵ Les échanges entre la doctrine allemande et la doctrine française sont particulièrement riches quant au droit public. En témoigne l'ouvrage de Paul LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, préfacé par Larnaude, publié sous la direction de Gaston Jèze de Max Boucard, 1900. Voir également : Didier BOUTET, *Vers l'Etat de droit : la théorie de l'Etat et du droit*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 1990, p. 10 et s.

³⁶ Adhémar Esmein, précurseur de la tradition républicaine, écrit à propos de la conformité des lois avec la Constitution, que « [c]elle-ci, en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation. » ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2^e éd., Paris, Tenin, 1899, p. 395.

³⁷ MILET, M., « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratié » (1999) 6 *Revue française de science politique* 49, pp. 794-799. Voir également sur cette controverse TURPIN, D., « La constitutionnalisation du droit et de la justice », (2001) 3 *Les Cahiers de droit* 42, vol. 42, p. 619-630.

« une loi qui leur déplairait »³⁸, définissant ainsi la légitimité constitutionnelle. Edouard Lambert, après un séjour aux Etats-Unis, vient également alimenter la controverse en dénonçant « le gouvernement des juges » et les risques présentés par la transposition du *judicial review*³⁹.

La doctrine allemande ouvre également ses discussions à la doctrine autrichienne. Du point de vue du droit, l'Autriche a cependant une avance considérable sur l'Allemagne. En effet, la Loi fondamentale autrichienne de 1867 édifie le Tribunal de l'Empire. En vertu de l'article 3, ce tribunal « décide en outre : [...] b) Sur les plaintes formées par des citoyens pour violation des droits politiques garantis par la Constitution, quand l'affaire a été décidée par la voie administrative prescrite par la loi. »⁴⁰. Cet article met en lumière le désir de voir les citoyens protégés face aux empiètements de la Constitution. Dès lors, l'Autriche républicaine peut être considérée comme le berceau de la justice constitutionnelle⁴¹. Georg Jellinek plaide d'ailleurs en ce sens à la fin du XIXe siècle, souhaitant voir le Tribunal de l'Empire constitué en véritable Cour constitutionnelle, mais rejette là encore le modèle états-unien. Karl Renner émet également des réserves à l'encontre du système états-unien⁴². Malgré ces réticences, la justice constitutionnelle naissante en 1867 connaît un essor remarquable au sortir de la première guerre mondiale. Suite à l'éclatement de l'Empire austro-hongrois, le chancelier Karl Renner confie la question du devenir du tribunal de l'Empire à Hans Kelsen et souhaite le renommer « Cour constitutionnelle » afin d'en « accroître le prestige »⁴³.

À l'issue des travaux de Hans Kelsen de 1919 et de la Constitution de 1920, la Cour constitutionnelle autrichienne est dotée d'une compétence fondamentale : contrôler la

³⁸ *Ibid.* Voir notamment sur la thèse de Gaston Jèze : JEZE, G., « Du contrôle des délibérations des assemblées délibérantes » (1895) *Revue générale de l'administration*, p. 411 et s. Le débat sera ensuite repris par Raymond Carré de Malberg et Léon Duguit, fort des enseignements durkheimiens. Voir sur ce point : PINON, S., « Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, Atelier n°2 : « Constitution, enseignement et doctrine », Paris, 27 septembre 2008, pp. 3-4

³⁹ LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁴⁰ Loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867 sur l'institution d'un tribunal de l'Empire. La première partie de l'article 3 dispose : « décide en outre a) Sur les prétentions soulevées par les différents royaumes et territoires représentés dans le Reichsrat contre l'ensemble du Reichsrat, et réciproquement ; de même, sur les prétentions d'un de ces royaumes et territoires contre un autre ; enfin sur les réclamations des communes, des corporations ou des particuliers contre un de ces royaumes ou territoires, si de telles réclamations ne peuvent pas être vidées par la voie judiciaire ordinaire. [...] ». Le tribunal de l'Empire avait ainsi pour fin le règlement des contentieux entre – ce que l'on pourrait appeler aujourd'hui – le niveau fédéral et le niveau fédéré, qui est l'une des compétences dévolue par la suite à la Cour constitutionnelle autrichienne, et plus largement à toutes les Cours constitutionnelles des Etats fédéraux.

⁴¹ Joseph PINI, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n°7 (Dossier : Autriche)*, décembre 1999.

⁴² Georg SCHMITZ, « The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920 », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 2, Juin 2003, p. 262.

⁴³ Joseph PINI, *op. cit.*

constitutionnalité des lois. Quelques mois plus tôt, la Tchécoslovaquie érige également une Cour constitutionnelle⁴⁴, inspirée par ceux qui furent les élèves de Hans Kelsen, Adolf Merkl et Franz Weyr⁴⁵. La création simultanée de ces deux cours suprêmes met en lumière l'influence réciproque du droit et des débats doctrinaux entre les Etats de l'ancien Empire austro-hongrois, et plus largement entre les divers Etats européens.

Hans Kelsen fut ainsi le protagoniste principal de la rédaction de la Loi fondamentale autrichienne de 1920 dans une Europe marquée par la montée en puissance de l'Etat de droit et par la restriction de l'office du juge. La Loi fondamentale allemande érige une Cour constitutionnelle, et lui octroie, en vertu de l'article 140, la capacité de statuer directement sur la constitutionnalité des lois. La décision a pour effet d'annuler la loi inconstitutionnelle sans délai⁴⁶.

Huit ans plus tard, Hans Kelsen rédige « La garantie juridictionnelle de la Constitution »⁴⁷ de 1928. Selon les dires de l'auteur, cet article est directement issu de sa contribution à la rédaction de la Constitution autrichienne de 1920⁴⁸. L'on peut dès lors affirmer que l'élaboration d'un contrôle de constitutionnalité des lois concentré par Kelsen en 1928 est intrinsèquement liée à l'ordonnement juridique dans lequel il se situe. L'impact de l'évolution du droit autrichien sur la création doctrinale du concept de justice constitutionnelle concentrée par Kelsen est, par conséquent, indéniable. En effet, dans cet article Hans Kelsen met en exergue l'indépendance de l'organe qui assure le contrôle de constitutionnalité, dans le but de démontrer que le contrôle de constitutionnalité ne porte pas atteinte à la sécurité juridique, mais au contraire la garantit. Alors que le législateur est tenu par la Constitution, il se considère libre de la dépasser. Le contrôle de la constitutionnalité de ses propres actes ne peut donc lui être confié. Dès lors, il convient de remarquer que si la loi règne – quoique cette tendance soit largement affaiblie par l'instauration de la justice constitutionnelle – ce n'est pas le cas du législateur. La volonté de limiter le législateur,

⁴⁴ La Cour constitutionnelle tchécoslovaque est érigée au sein de l'article préliminaire de la Constitution du 29 février 1920. Sur le contenu, voir supra note 11.

⁴⁵ Voir notamment sur ce point Joseph PINI, *op cit.* ; Paulo SÁVIO N. PEIXOTO MAIA, *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen- Schmitt : Rechtsstaat como referêcia semântica na memória de Weimar*, Mémoire d'études supérieure de la faculté de droit de Brasilia, p. 244 ; Carlos Miguel HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen, une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, Coll. Diké, 2004, p. 6-7.

⁴⁶ Sur le contenu de l'article 140 de la Loi fondamentale autrichienne de 1920, voir supra note 10.

⁴⁷ Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *op. cit.*

⁴⁸ Hans Kelsen précise lui-même dans l'introduction de son article que « l'auteur s'appuie à cet égard sur les expériences qu'il a faites depuis plusieurs années en sa qualité de membre et rapporteur permanent de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche. La Constitution autrichienne, qui fut votée en 1920 sur la base d'un projet élaboré par lui à la demande du gouverneur autrichien, a en effet donné à l'institution de la justice constitutionnelle un développement plus complet qu'aucune autre Constitution antérieure ».

grandissant de puis la Révolution française, a triomphé. Par conséquent, la méfiance à l'égard du juge, corollaire du légicentrisme, a décliné. C'est en effet à un organe juridictionnel indépendant que Kelsen confie l'examen de la constitutionnalité des normes⁴⁹. Selon lui, le caractère juridictionnel de cet organe ne remet pas en cause la séparation des pouvoirs, contrairement à la critique souvent énoncée. Il affirme à cet égard que la fonction législative et la fonction juridictionnelle ne divergent pas, il n'y a qu'entre elles une différence de degré⁵⁰. La première consiste à créer « des normes générales » tandis que la seconde ne crée que des « normes individuelles »⁵¹. Étayant son raisonnement jusqu'à la question de l'annulation des lois inconstitutionnelles, il affirme alors :

« Or annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est pas conséquent un organe du pouvoir législatif »⁵².

Le juge constitutionnel se voit donc attribuer des fonctions juridictionnelles et législatives. La répartition du pouvoir législatif ainsi mise en lumière par Kelsen participe de la légitimité de la justice constitutionnelle concentrée. Plus encore, l'octroi du pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois à un juge met en évidence l'amoindrissement de la crainte du juge. Cependant l'octroi de ce contrôle à un juge spécial écarte les juges dits ordinaires du contentieux constitutionnel. En effet, contrairement au juge constitutionnel, les juges administratifs et judiciaires ne sont dotés que de fonctions juridictionnelles ; ils ne sont donc pas des organes du pouvoir législatif. Par la mise à l'écart des juges ordinaires, la justice constitutionnelle concentrée ne semble donc pas définitivement rompre avec la méfiance envers ces derniers.

L'élaboration de la justice constitutionnelle dans la pensée kelsénienne n'est ainsi rendue possible que par la redéfinition du pouvoir de juger. Cependant, cette condition n'est pas exclusive. La justice constitutionnelle est également conditionnée par la dualité juridictionnelle propre au système autrichien et à nombre de systèmes européens.

⁴⁹ KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », op. cit. pp 223-224.

⁵⁰ Selon la célèbre formulation de Charles Eisenmann, disciple de Hans Kelsen : « Il n'y a pas entre les deux systèmes envisagés une différence de nature, mais simplement la différence – de degré – d'une annulation relative ou limitée à une annulation absolue ou définitive ». Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, p. 104-105.

⁵¹ Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », op. cit. pp. 224-225.

⁵² Ibid.

B. L'influence du dualisme juridictionnel

La loi des 16 et 24 août consacre, conjointement à l'hostilité envers le juge, une séparation stricte entre le juge et l'administration : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions »⁵³. Cette séparation, réitérée dans le décret du 16 fructidor en III⁵⁴, est caractéristique de la pensée révolutionnaire. La dualité de juridictions est ainsi liée à la crainte du juge en France. La protection des libertés individuelles, prônée depuis la Révolution, est recherchée dans le « jeu des pouvoirs », excluant alors le juge⁵⁵. Cette séparation évoque une dichotomie plus générale, issue de la famille du droit romano-germanique, entre droit public et droit privé⁵⁶. La volonté de mettre en œuvre une telle séparation sera parachevée et développée sous l'égide napoléonienne. Dès lors, l'héritage napoléonien participe de la famille du droit romano-germanique. Rayonnant dans toute l'Europe depuis la Révolution de 1789⁵⁷, la France fut particulièrement influente dans la diffusion de cette dichotomie.

L'administration pléthorique issue du jacobinisme révolutionnaire est rationalisée et redynamisée sous le Consulat, conduisant ainsi à la volonté de soumettre le pouvoir administratif au droit⁵⁸. Le Conseil d'Etat est alors créé pour connaître spécialement du contentieux administratif, et assure en outre des fonctions consultatives pour le pouvoir exécutif. À l'instar de ce renouveau administratif, la naissance du Code civil en 1804 et le

⁵³ Article 13 de la Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

⁵⁴ Dans son article unique, le décret du 16 fructidor an III dispose notamment que : « La Convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires, et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentant du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au trésor public ».

⁵⁵ Marco FIORAVANTI, « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », *Annales historiques de la Révolution française*, Varia, n°349, juillet-septembre 2007, p. 103.

⁵⁶ René DAVID, « romano-germaniques droits », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 10 mai 201.

⁵⁷ Depuis la Révolution française, l'attrait pour la France est croissant en raison de ses idées révolutionnaires et des nombreux systèmes politiques et juridiques éprouvés depuis 1789. Elle est alors perçue comme un exemple. Voir notamment sur cette question : Sylvain SOLEIL, « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au XIXe siècle. Retour sur quatre clefs d'explication », K. Wojtyczek (dir.), *Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris : Mare & Martin, 2013, p. 557-594. Voir également, J. DRESCH, « L'influence française en Allemagne de 1789 à 1848 », issu de la conférence faite à l'Université de Porto, le 20 avril 1921.

⁵⁸ Gérard MARCOU, « Une Cour administrative suprême : particularité française ou modèle en expansion ? », *Pouvoirs*, vol. 123, 2007, p. 134. La volonté de soumettre le pouvoir administratif au droit participe plus généralement de la volonté de soumettre l'Etat au droit, comme abordé dans la première partie de notre développement. Cette soumission est ainsi le fruit du constitutionnalisme révolutionnaire et participera du débat européen sur l'Etat de droit.

renforcement des pouvoirs constitutionnels du Sénat-conservateur⁵⁹ sont également les témoins d'une véritable réorganisation de l'administration et de la justice par Napoléon. Cette réorganisation est ensuite exportée et développée dans toute l'Europe par la conquête napoléonienne. Le droit civil connaît alors un mouvement d'unification en raison du succès du Code civil⁶⁰. L'influence napoléonienne est particulièrement marquée dans les départements rhénans⁶¹. Le territoire français est pour la première fois uniformisé. Plus encore, le droit positif et le système judiciaire sont uniformisés par l'introduction des cinq codes napoléoniens. Reconquis ensuite par la Prusse, les territoires rhénans défendent l'héritage napoléonien en vue de conserver le droit français et de perpétuer les avantages de l'unité de son système judiciaire. Dès lors, la technique de la codification napoléonienne a connu une influence notable sur les codifications allemande, autrichienne et suisse de la fin du XIXe siècle⁶². De même, le « modèle » français de la Cour administrative se diffuse en Europe, comme en témoigne la création d'une Cour administrative suprême en 1909 et 1918 en Suède et en Finlande respectivement⁶³. Est également mise en place une Cour administrative en Autriche, quelques temps plus tôt, en 1875. Sa création procède de l'article 15 de la Loi fondamentale sur le pouvoir judiciaire du 21 décembre 1867. Parallèlement au tribunal de l'Empire⁶⁴, la Loi fondamentale dispose que lorsque « quelqu'un prétend avoir été lésé dans ses droits par une décision d'une autorité administrative, il peut recourir devant la Cour de justice administrative, avec débat public et oral, contre tout représentant de l'autorité administrative. Les cas dans lesquels la Cour de justice administrative doit décider ainsi que la procédure définie devant elle sont définis par une loi particulière »⁶⁵. Ainsi, L'originalité de la

⁵⁹ http://www.senat.fr/histoire/senat_conservateur.html

⁶⁰ « Le Code civil français et son influence en Europe », selon le Rapport général de Henri MAZEAUD, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 2, n°4, octobre-décembre 1950, p. 760 et s.

⁶¹ Les départements rhénans sont les territoires de la rive gauche du Rhin, appartenant au Saint-Empire romain germanique, conquis par la France en 1794.

⁶² Sur ces questions, voir Nathaly PETZELT, « Le modèle judiciaire français dans les quatre départements de la rive gauche du Rhin (et en particulier la Cour d'appel de Trèves de 1803 à 1814) », in *L'influence du modèle judiciaire français en Europe sous la Révolution et l'Empire*, Acte du colloque de juin 1998, Espace juridique, Centre d'Histoire Judiciaire de Lille, pp. 255-265 ; voir également Guy BRAIBANT, « Codification », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

⁶³ Gérard MARCOU, op.cit., p. 136. En outre, l'auteur établit dans cet article une classification par type des différentes juridictions administratives suprêmes dans les Etats européens en mettant en évidence pour chacun d'eux l'influence plus ou moins grande du « modèle » français. L'auteur note à cet égard que la cour administrative suprême est très répandue en Europe, car elle permet à la fois « l'indépendance et la spécialisation ». Voir sur ce point Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006, p. 129 et s.

⁶⁴ Voir supra p. 9, note 40.

⁶⁵ Loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867 sur l'institution d'un tribunal de l'Empire sur le pouvoir judiciaire.

justice administrative autrichienne réside dans son fondement constitutionnel⁶⁶. À l'effondrement de l'Empire austro-hongrois, la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie se sont également dotées d'une Cour administrative sur l'exemple de la Cour autrichienne de 1867. Une Cour d'Etat est créée également en Allemagne sous la République weimarienne. Chaque Etat a dès lors adapté la création d'un tel organe administratif à son propre système juridique. Sur l'exemple français, la plupart des Etats européens ne confient pas le contentieux administratif aux juges ordinaires, ils l'attribuent au contraire à une juridiction administrative, spécialement créée à cet effet⁶⁷.

La séparation des tribunaux judiciaires et administratifs vient ici s'ajouter au règne de la loi dans le contexte européen de l'élaboration de la justice constitutionnelle par Hans Kelsen. En vertu de l'article 140 de la Loi fondamentale autrichienne, seule la Cour constitutionnelle est habilitée à exercer l'examen de constitutionnalité. Dans son article de 1928, Kelsen met un point d'honneur à ériger un système de garantie juridictionnelle de la Constitution qui soit adapté à la dualité juridictionnelle. Une telle adaptation a pour fin de ne pas mettre en péril la sécurité juridique car la réalisation de l'examen de la constitutionnalité des normes par divers tribunaux pourrait se heurter à des décisions divergentes provenant des divers ordres de juridictions. À cet égard, Hans Kelsen affirme :

« Les défauts et l'insuffisance d'une annulation ainsi limitée à l'espèce sont évidents. C'est avant tout le manque d'unité des solutions et l'insécurité du droit qui en résulte et qui se fait très désagréablement sentir lorsqu'un tribunal s'abstient d'appliquer un règlement ou même une loi comme irréguliers cependant qu'un autre tribunal fait le contraire et qu'il est interdit aux autorités administratives, lorsqu'elles sont, elles aussi, appelées à intervenir, de refuser l'application de la norme. La centralisation du pouvoir d'examiner la régularité des normes générales se justifie certainement à tous égards »⁶⁸.

La sécurité juridique est ainsi garantie selon Kelsen par la mise en place d'une justice constitutionnelle concentrée s'accompagnant d'un effet *erga omnes*. L'annulation totale de la loi inconstitutionnelle, engendrée par l'effet *erga omnes*, permet d'épurer le système juridique et de ne pas courir le risque de voir une loi inconstitutionnelle à nouveau appliquée.

Ainsi, le maître viennois souhaite ériger une justice constitutionnelle adaptée au dualisme juridictionnel instauré en Autriche. À cette époque, un tel dualisme est également consacré

⁶⁶ Barbara CHALOYARD, « Les chambres administratives indépendantes autrichiennes : une institution controversée », in *Revue internationale de droit comparé*, vol.53, n°2, avril-juin 2011, pp. 432-433.

⁶⁷ Gérard MARCOU, op. cit. En Belgique, c'est initialement un choix différent qui est réalisé en vertu de l'influence anglo-saxonne, celui de confier le contentieux administratif aux tribunaux judiciaires dès 1831. Cependant, elle adoptera finalement un Conseil d'Etat auquel elle confiera une pleine compétence juridictionnelle. L'Italie fera de même.

⁶⁸ KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », op. cit. p. 218.

dans la plupart des Etats européens, de même que le règne de la loi. Dès lors, sans établir de lien de cause à effet, il est toutefois remarquable que la systématisation de la justice constitutionnelle autrichienne à travers la justice constitutionnelle concentrée est en adéquation avec la majorité des systèmes juridiques européens. L'utilité du contexte juridique historique dans la création doctrinale de la justice constitutionnelle concentrée ne laisse plus aucun doute.

Plus largement, l'utilité du contexte juridique historique peut être affirmée pour l'ensemble des concepts de la science du droit. À ce titre, la généalogie de l'élaboration du concept de justice constitutionnelle diffuse pourrait être retracée. Une telle généalogie doit mettre en lumière la création de la justice constitutionnelle aux Etats-Unis avant de rendre compte de la conceptualisation de cette dernière. Le contexte de l'élaboration de la justice constitutionnelle concentrée est ainsi à rechercher dans l'étude du système de *Common Law*, au sein duquel s'est développée une culture cognitive⁶⁹ ainsi que de la définition du constitutionnalisme aux Etats-Unis, issue de la Révolution américaine⁷⁰.

Ainsi, l'apport de l'histoire constitutionnelle dans l'élaboration d'un concept de la science du droit est avéré. Néanmoins, l'apport de l'histoire constitutionnelle dans l'élaboration d'un méta-concept de la science du droit, et plus particulièrement le méta-concept de justice constitutionnelle, est sujet à controverses.

II. L'influence relative de l'histoire sur l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle

Le méta-concept de justice constitutionnelle est entendu comme « la garantie juridictionnelle de la Constitution », d'après l'intitulé de l'article de Hans Kelsen datant de 1928. Dès lors, le concept de justice constitutionnelle concentrée entre dans un ensemble plus large, celui de la justice constitutionnelle. Plus globalement, tout système de protection de la Constitution réalisée par un juge relève de la justice constitutionnelle. De même, tout concept

⁶⁹ Le cognitivisme trouve ses prémices dans le droit romain en raison de sa méthode dialectique. La légitimité du juge réside alors en ce qu'il statue *inter partes*, en vertu de sa raison artificielle. La notion de raison artificielle sera développée par Sir Edward Coke en Angleterre avant de connaître une influence réelle aux Etats-Unis au XXe siècle, notamment à travers la pensée de Ronald Dworkin. Voir notamment : Donald POIRIER, *Sources de la Common Law*, Common Law en poche, LGDJ, 1996 ; Antoine J. BULLIER, *La Common Law*, Dalloz, 2002 ; Pierre BOURETZ, in ALLARD, J. *Dworkin et Kant, Réflexions sur le jugement*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001. Sur le débat autour de la notion de raison artificielle, voir notamment : Alexandre VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 128 et s.

⁷⁰ Sur le constitutionnalisme états-unien, voir notamment : Terence MARSHALL, « La raison pratique et le constitutionnalisme américain : une réponse au professeur Stimson », in *Revue française de science politique*, vol. 38, n°6, 1988, pp. 887-924. Pour une étude sur le constitutionnalisme anglais, français et états-unien, voir : Jean LECLAIR, « L'avènement du constitutionnalisme en Occident : fondements philosophiques et contingence historique », in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 41, 211, pp. 159-218.

incluant une protection de la Constitution réalisée par un juge relève également de la justice constitutionnelle. Ainsi, l'intitulé de l'article de Hans Kelsen mène la conceptualisation de la justice constitutionnelle à son paroxysme.

Or, l'émanation du méta-concept de justice constitutionnelle est-elle contingente ? En effet, comme cela a été démontré, la justice constitutionnelle autrichienne de 1920 et l'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée sont marqués du sceau de l'héritage juridique européen issu de la Révolution française de 1789. De façon analogue, l'héritage historique de la construction de toute réalité juridique et de tout concept pourrait être mis en lumière. Partant, l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle trouve-t-elle également ses fondements dans l'histoire du droit ?

Apparaissant tous deux au sein du même article rédigé par Hans Kelsen en 1928, il est indéniable que la construction du méta-concept de justice constitutionnelle est liée au concept de justice constitutionnelle concentrée. Or ce dernier est le fruit de l'histoire du droit. Doit-on se contenter d'en inférer que le méta-concept est lui aussi le fruit de l'histoire du droit ? Ne faut-il pas au contraire aller au-delà de l'analogie entre concept et méta-concept et s'interroger sur le lien direct qui pourrait exister entre le méta-concept et l'histoire du droit ? Cette remise en question conduit à s'interroger plus globalement sur l'étude de la théorie du droit à travers l'histoire. À cette fin, l'élaboration du méta-concept devra être envisagé, tant épistémologiquement (A) qu'ontologiquement (B).

A. L'historicité épistémologique du méta-concept

Les débats européens de la seconde moitié du XIXe siècle ont été particulièrement féconds pour le droit. Les échanges doctrinaux au sein et en dehors de l'Europe ont permis le développement du droit comparé et par-là l'enrichissement des systèmes juridiques. C'est de cet enrichissement qu'ont germé la justice constitutionnelle concentrée et sa conceptualisation, comme évoqué plus tôt dans notre raisonnement. Ces débats ont également participé du développement de la science du droit et de sa méthodologie. À cet égard, il faut remarquer dès à présent que la doctrine européenne connaît un attrait certain envers la conceptualisation. L'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée et du méta-concept de justice constitutionnelle participe de l'essor de cette méthode de compréhension du droit.

Ce mouvement de conceptualisation du droit apparaît dès le début du XXe siècle. Marcel Planiol est le premier auteur français à entrer dans le cercle des « bâtisseurs des

théories générales », comme les nomment Christophe Jamin et Philippe Jestaz⁷¹. Ajoutant à l'étude du Code civil l'étude de la jurisprudence, Marcel Planiol réalise, dans son *Traité élémentaire de droit civil*, une véritable synthèse des informations qu'il a recueillies sur diverses institutions du droit. Il dénommera ces institutions du droit « théories »⁷². Elles pourraient être dénommées « concepts » dans le cadre de cette étude. On retrouve également ce mouvement au sein de la doctrine publiciste. Hauriou publie en 1892 la première édition de son *Précis de droit administratif* dans lequel il réalise une synthèse du droit administratif. En 1895, Adhémar Esmein⁷³ étudie l'histoire et le droit comparé afin de mettre en exergue un système de droit constitutionnel général. Il désire en effet réaliser une « typologie des systèmes juridiques et une classification des régimes politiques »⁷⁴. Depuis, les ouvrages de théorie générale abondent. L'utilité de ces théories générales, encore appelées « systèmes » est par la suite l'objet d'un vif débat entre Bernard Chenot⁷⁵ et Jean Rivero⁷⁶ sur les « faiseurs de systèmes ». Le débat s'apaise finalement au profit de la systématisation. « Mettre au point une méthode qui permette de mobiliser et d'organiser la connaissance en vue d'une meilleure adéquation des moyens aux objectifs poursuivis »⁷⁷ est l'un des arguments fondamentaux qui engendreront le développement de la systématisation.

À l'instar des débats français sur la protection juridictionnelle de la Constitution ou sur le droit comparé, l'attrait français pour la systématisation participe d'un mouvement européen. En effet, la méthodologie de la systématisation trouve ses fondements dans l'Ecole pandectiste. Cette Ecole de pensée a pour objet la systématisation du droit romain. Se détachant alors de la pure connaissance historique, elle s'écarte de la méthode de l'Ecole

⁷¹ Christophe JAMIN, Philippe JESTAZ, *La doctrine*, Dalloz, 2004, pp. 150-155.

⁷² S'adressant aux étudiants de troisième année, il précise que : « toutes les parties qui composent le programme ont une valeur pratique ou un intérêt social considérable : la protection des mineurs, [...] le mariage, le divorce, le régime des biens entre époux [...] ». « Pour en avoir un ensemble complet, il faut y ajouter la théorie des incapables et celle de la filiation [...] », Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., tome III, 1903, Paris, Préface.

⁷³ Adhémar ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1895. Voir notamment sur son œuvre et sa référence au droit comparé : Stéphane PINON, Pierre-Henri PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009.

⁷⁴ Pierre-Olivier CAILLE, à propos de l'ouvrage « Stéphane PINON, Pierre-Henri PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009 », *Jus Politicum*, n°3, 2009.

Christophe JAMIN, Philippe JESTAZ, *La doctrine*, op. cit.

⁷⁵ Bernard CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents*, 1950, p. 77.

⁷⁶ Jean RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *Dalloz*, Chronique, 1951. p. 99 et s. Jean Rivero affronte ici Bernard Chénot en affirmant qu'il revient « au juge de dire le droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible ». La systématisation participe de la légitimation du travail du juge et de la sécurité juridique.

⁷⁷ Bernard WALLISER, *Systèmes et modèles, Introduction critique à l'analyse des systèmes*, Paris, 1977, p. 9, cité par François TERRÉ, « Esprit juridique et esprit de système, à propos d'un livre de Thierry de Montbrial », *Archives de philosophie du droit*, n°47, 2003, pp.

historique fondée par Friedrich Karl von Savigny⁷⁸ dans la seconde moitié du XIXe siècle. C'est cependant dans cette Ecole, que le Pandectisme tardif découvre les prémices de la méthode qu'elle prône. En effet, Savigny et Puchta s'accordent à dire que la scientificité de la science du droit réside dans « la construction systématique et non l'investigation historique »⁷⁹. Puchta parachève cette idée dans une « généalogie des concepts », mettant ainsi en exergue le travail « logico-déductif » nécessaire à la scientificité d'une discipline juridique⁸⁰. Dès lors, l'influence kantienne est palpable au sein de l'Ecole pandecte⁸¹. Laband joue là encore un rôle essentiel dans la diffusion et le développement des débats européens en encourageant la méthode pandecte. Il affirme que la dogmatique juridique doit, pour se prévaloir de la scientificité, « ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu'ils impliquent. » Dès lors, il s'agit selon lui d'un « travail d'esprit purement logique »⁸², nécessitant alors l'abandon de l'histoire au sein de cette science. Dans la pensée kelsénienne, c'est l'attachement au kantisme qui permet de rendre compte de l'influence pandecte⁸³.

L'étude de la science du droit permet ainsi de mettre en lumière le développement de la conceptualisation en son sein. La pensée kelsénienne participe, de fait, de ce développement. Dès lors la volonté kelsénienne aspirant à la conceptualisation de la justice constitutionnelle ne doit pas être réifiée. Au contraire, il convient de la comprendre au sein du contexte de la science du droit dans lequel elle évolue.

Ainsi, l'apport de la méthode systématique grandissant en Europe apparaît clairement quant à la conceptualisation de la justice constitutionnelle. Plus précisément, cet apport est perçu tant au regard de l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle qu'à celui d'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée. Cette affirmation peut également être élargie à l'élaboration du concept de justice constitutionnelle diffuse ainsi qu'à l'ensemble des concepts relevant de la justice constitutionnelle.

⁷⁸ Jean GAUDEMET, « Pandectistes », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

⁷⁹ Olivier JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, n° 128, 2003, p. 135.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, selon l'édition d'Alexis Philonenko, J. Vrin, 1971, préface.

⁸² P. Laband, « Préface à la deuxième édition allemande », *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome 1, trad. fr. Gandilhon, Paris, 1900, p. 9, cité par Olivier Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », op. cit., p. 138.

⁸³ Voir notamment sur ce point : Jean-Christophe GODDARD, Jacinto RIVERA de ROSALES, *Fichte et la politique*, Polimetria, 2008, pp. 256-257 ; Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, selon l'édition d'Alexis Philonenko, op. cit. Sur l'influence de Kant dans la pensée kelsénienne, voir plus généralement : Alexandre VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, n°2, 2011 ; Simone GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, J. Vrin, 1996.

Or, comme nous l'avons soulevé, la compréhension du droit a notamment pour objet la connaissance des systèmes juridiques étrangers. La conceptualisation permet alors la comparaison entre les divers systèmes abordés. Si l'on se replonge une fois encore dans le passé, l'on peut constater que cette soif de connaissance des systèmes étrangers s'étend vers les Etats-Unis dès le début du XIXe siècle.

Considéré comme l'un des précurseurs de l'étude des Etats-Unis, Alexis de Tocqueville a, à travers la découverte des institutions états-uniennes, développé un grand intérêt pour la démocratie. Il exprime alors l'idée selon laquelle le contrôle judiciaire de la constitutionnalité et la séparation des pouvoirs notamment offrent la possibilité au peuple de se gouverner lui-même, et sont par-là des outils de développement de la démocratie⁸⁴. La mise à l'écart des lois non conformes à la Constitution fait partie intégrante du pouvoir judiciaire. Tocqueville met en lumière le pouvoir politique dont est doté le juge à cet égard⁸⁵. Pourtant, la réception de son œuvre connaît une grande discontinuité. Si son ouvrage « De la démocratie en Amérique » connaît un grand succès tant en France qu'en Allemagne, où il est traduit en 1936⁸⁶, il est relégué par la suite au rang d'« archéologie des sciences morales »⁸⁷ en France, où son œuvre tombe en désuétude à la fin du XIXe siècle. Robert von Mohl, s'intéresse également à cette question dès 1824 dans un ouvrage consacré au Droit fédéral des Etats-Unis, mais il n'admettra la suprématie de la Constitution que dans la seconde moitié du XIXe siècle, introduisant alors simultanément le concept d'Etat de droit⁸⁸. Les juristes allemands reconnaissent dès 1863 la nécessité d'adopter les lois et les règlements en vertu de la Constitution⁸⁹ ; Karl Renner étudiera également le système états-unien avant de confier à Kelsen le sort du tribunal de l'Empire⁹⁰. Le débat sur les Etats-Unis inclut également la

⁸⁴ Voir notamment sur ce point Robert P. KRAYNAK, « Tocqueville's Constitutionalism », in *The American Political Science Review*, vol. 81, n°4, décembre 1987, pp. 1175-1195 ; Phil C. NEAL, « De Tocqueville and the Role of the Lawyer in Society », *Marquette Law Review*, vol. 50, 1967, p. 609.

⁸⁵ Sylvia SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 183.

⁸⁶ Joseph PINI, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », op. cit.

⁸⁷ Pascale LABORIER, « La « bonne police », sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les Etats allemands », *Politix, Revue des sciences sociales du politique*, n°48, 1999, p. 28 et s.

⁸⁸ Wolfgang HOFFMANN-RIEM, « Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe », in *German Law Journal, European and International Law*, vol. 5, n°6, 2004, pp. 693-695 ; voir également : Donald P. KOMMERS, Russel A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3^e éd., Duke University Press, 2012.

⁸⁹ Voir supra p. 8, note 34. Jusqu'à l'avènement du débat allemand, la jurisprudence n'accorde pas de suprématie à la Constitution. Dès lors, la doctrine ne souhaite octroyer au juge qu'un contrôle restreint, les institutions politiques assurant la prévalence de la Constitution.

⁹⁰ Voir supra p. 9 note 42. Georg Schmitz précise à ce propos que Karl Renner est séduit par l'idée d'une résolution des conflits de normes par le juge, telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis. Il émet cependant des réserves quant au mode de désignation des juges et au caractère politique d'un tel contrôle.

France où Edouard Lambert craint le « gouvernement des juges »⁹¹. Parallèlement à la question de l'Etat de droit, l'étude du système des Etats-Unis apparaît comme un leitmotiv du débat européen sur la question de la justice constitutionnelle. Importante en Allemagne et en Autriche, l'influence de l'étude des Etats-Unis s'étend alors à la pensée kelsénienne, alors que l'auteur de la *Théorie pure du droit* tient entre ses mains le sort de la future Cour constitutionnelle autrichienne. Il affirme à cet égard que « l'expérience de la pratique constitutionnelle aux Etats-Unis a particulièrement influencé la réglementation de cette question dans la Constitution autrichienne »⁹². Hans Kelsen révèle ainsi en 1942 que l'avènement de la justice constitutionnelle autrichienne, de même que l'avènement du concept de justice constitutionnelle concentré sont le fruit d'une comparaison austro-américaine. Leur contingence s'en retrouve d'autant plus marquée. Liée à l'histoire par l'héritage européen, la justice constitutionnelle autrichienne a également vu le jour suite à la comparaison des systèmes juridiques états-unien et autrichien. L'apport de l'expérience des Etats-Unis est donc décisif dans l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle. Plus précisément, l'émanation du méta-concept de justice constitutionnelle résulte de la comparaison des Etats-Unis et de l'Europe. Cette comparaison a été réalisée et étayée par nombres d'auteurs de doctrine au cours de l'histoire, elle a ainsi évolué jusqu'à la pensée kelsénienne. Par conséquent, la contingence de l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle semble à cet égard évidente.

L'étude de la science du droit permet de mettre en lumière le contexte scientifique dans lequel se trouve Hans Kelsen au moment de l'élaboration de la justice constitutionnelle en Autriche et de sa conceptualisation. C'est précisément la méthode de la conceptualisation, utilisée par la majeure partie de la doctrine depuis le pandectisme tardif, qui permet de comprendre la démarche kelsénienne. Cette démarche inclut alors tant le concept de justice constitutionnelle concentrée que le méta-concept de justice constitutionnelle, qui ont été ensuite l'objet de nombreux développements et ajustements, notamment au sein de la doctrine française dès les années 1970⁹³.

⁹¹ LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921. Voir supra p. 9, note 39.

⁹² Hans KELSEN. « Le contrôle de constitutionnalité des lois : une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine », in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°1, 1990

⁹³ La décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 *Liberté d'association* est le principal élément déclencheur de l'essor des ouvrages doctrinaux sur la justice constitutionnelle en France. Après Charles Eisenmann, Louis Favoreu est l'un des précurseurs de l'étude de la justice constitutionnelle telle qu'elle a été érigée par Kelsen. Prenant appui sur les travaux de Mauro Cappelletti, il parachèvera la distinction établie par Kelsen entre les systèmes autrichien et états-unien de justice constitutionnelle en les dénommant respectivement modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle. Voir notamment Louis FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », in *Revue du droit public et de la science*

Dès lors, La conceptualisation de la justice constitutionnelle s'inscrit dans l'histoire de la science du droit. L'attrait de la science du droit pour la conceptualisation accompagne tant l'élaboration du concept de justice constitutionnelle que celle du méta-concept de justice constitutionnelle. Or, si l'un comme l'autre relèvent d'une construction intellectuelle, le méta-concept en particulier résulte de l'attrait pour la comparaison entre les différents systèmes de justice constitutionnelle. L'utilité du méta-concept de justice constitutionnelle réside ainsi dans la comparaison

Cependant, la comparaison de divers systèmes nécessite d'établir entre eux des points de rapprochement avant de voir en quoi ils sont divergents. La comparaison induit par conséquent une généralisation. Or, il convient de se demander si l'opération de généralisation relève également de l'histoire ou si au contraire elle s'en extirpe. Dès lors, si l'historicité épistémologique de l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle est avérée, son historicité ontologique doit désormais être questionnée.

B. L'ahistoricité ontologique du méta-concept

Nous l'avons vu, l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle est historiquement marquée du fait de la comparaison austro-américaine et du mouvement de théorisation de la doctrine européenne publiciste. Son élaboration est épistémologiquement ancrée dans l'histoire. Cependant, il est nécessaire de définir le processus d'élaboration d'un méta-concept d'un point de vue ontologique. La conceptualisation est ici entendue comme « l'acte et/ou l'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes »⁹⁴. Le phénomène de conceptualisation se traduit ainsi par la généralisation. Il convient alors de se demander si le méta-concept de justice constitutionnelle répond à l'exigence de généralité qui lui est assigné. En ce sens, ce méta-concept doit correspondre « à la représentation intellectuelle des lignes essentielles, des contours typiques qui forment la constitution fondamentale d'une chose »⁹⁵. Pour reprendre le vocabulaire de Paul Amselek, les lignes essentielles de la justice constitutionnelle se rapporteraient à la protection de la suprématie de la Constitution par l'office d'un juge. Par conséquent, un bref tour d'horizon des différents types de justice

politique en France et à l'Étranger, n° 5, 1967 ; Louis FAVOREU, « Rapport général introductif », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 88, n°2, 1981, pp. 255-281.

⁹⁴ Peter STOCKLINGER, « Concept », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1993, p. 87.

⁹⁵ Paul AMSELEK, « Norme et loi », in *Archives de philosophie du droit*, tome 25, Sirey, Paris, 1980, p. 95, cité in Jean-Philippe DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », in *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 4, n° 76, 2008, pp. 785-795.

constitutionnelle est nécessaire afin de déterminer si la protection de la Constitution effectuée par un juge – encore dénommée « garantie juridictionnelle de la Constitution »⁹⁶ – traduit effectivement les lignes essentielles de la justice constitutionnelle.

Les différents types de justice constitutionnelle qui sont ici abordés relèvent tant du droit que de la science du droit. L'exemple le plus parlant est celui de la justice constitutionnelle concentrée. Ce type de justice constitutionnelle induit une garantie de la Constitution exercée par un juge spécialement conçu à cette fin. Il entre dès lors dans la définition du méta-concept de justice constitutionnelle. De même, la justice constitutionnelle diffuse, réalisée par un juge quelconque, entre dans la définition du méta-concept. Plus largement, l'exercice de la justice constitutionnelle par un juge spécial ou un juge ordinaire, exercée *a priori* ou *a posteriori*, de façon abstraite ou concrète, ayant effet *inter partes* ou *erga omnes*, sont autant de critères de la justice constitutionnelle qui ne viennent pas remettre en cause la définition du méta-concept. Dès lors, le méta-concept conserve sa dimension d'invariant quel que soit l'organe juridictionnel qui exerce la protection de la Constitution, le moment auquel est exercée cette protection, sa nature, son effet.

Au sein de la science du droit, les auteurs tendent à établir une définition large de la justice constitutionnelle. La « garantie juridictionnelle de la Constitution » a ainsi été utilisée, voire développée et précisée par la science du droit. En effet, Charles Eisenmann le premier, disciple de Hans Kelsen, définit la justice constitutionnelle comme une « sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles »⁹⁷. Fidèle à Kelsen, il adopte une conception formelle de la Constitution. Son approche de la justice constitutionnelle est déterminée par sa conception de la Constitution car il considère que la justice constitutionnelle a pour objectif de veiller à la non-violation de la Constitution. Par conséquent l'inconstitutionnalité d'une loi renvoie « toujours en dernière analyse à une irrégularité de procédure »⁹⁸. Il adopte ainsi une approche normative de la Constitution qui sera celle également retenue par Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri, qui considèrent la justice constitutionnelle comme « l'opération intellectuelle qui consiste à confronter une norme à la Constitution quel que soit le juge qui se livre à cette activité et quel que soit le

⁹⁶ Selon le titre de l'article de Hans Kelsen en 1928 « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », voir supra note 13.

⁹⁷ Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, p. 10.

⁹⁸ Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, p. 98, cité par Laurent BONNARD, « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », *Jus Politicum*, n°8,

contentieux dans lequel s'insère cette vérification»⁹⁹. Michel Fromont adopte une vision matérielle de la justice constitutionnelle dans laquelle le juge occupe une place prépondérante¹⁰⁰. Il perçoit en effet la justice constitutionnelle comme l'activité exercée par tout organe juridictionnel indépendant dans la régulation des litiges opposant les pouvoirs publics constitutionnels¹⁰¹. Luc Heuschling établit, quant à lui, une typologie des définitions de la justice constitutionnelle. *Strictissimo sensu*, la justice constitutionnelle est synonyme de contrôle de constitutionnalité. *Stricto sensu*, elle est définie comme l'ensemble des attributions des Cours constitutionnelles. Dans un sens large, elle est perçue de manière fonctionnelle, englobant alors tous les contentieux dans lesquels un juge, quel qu'il soit, est amené à appliquer et à interpréter immédiatement des dispositions constitutionnelles. Au sens le plus large, la justice constitutionnelle inclut l'ensemble des procédures juridictionnelles portant sur la matière constitutionnelle¹⁰². C'est cette définition la plus large qui semble également retenue par Guillaume Drago. Ce dernier considère en effet la justice constitutionnelle comme « l'activité de contrôle de la conformité à la Constitution des actes qui lui sont subordonnés ainsi que des actes et des décisions des pouvoirs publics qui ont une dimension constitutionnelle »¹⁰³. La diversité de ces définitions permet ici de se rendre compte du processus d'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle.

En effet, l'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée et l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle relèvent d'un procédé intellectuel différent. D'une part, l'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée nécessite un attachement certain aux contingences du système juridique. À ce titre, le concept doit être en adéquation avec le système juridique dont il émane. D'autre part, l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle revient, quant à elle, à s'éloigner des contingences du système juridique afin de porter un regard global sur l'ensemble des systèmes juridiques. Les diverses définitions de la justice constitutionnelle présentées ci-dessus abondent en ce sens. Quel que soit le point de vue adopté pour les concevoir, ces définitions ont en commun leur abstraction. Toutes se dégagent des particularismes des systèmes juridiques particuliers

⁹⁹ Constance GREWE et Hélène RUIZ-FABRI, *Droit constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 68, cité in Sègnon Gilles BADET, *Contrôle intra normatif et contrôle ultra normatif de constitutionnalité, contribution à l'identification des sous-catégories du modèle kelsénien de justice constitutionnelle à partir des systèmes belge et béninois*, 2012, <http://hdl.handle.net/2078.1/114330>.

¹⁰⁰ Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp.2-3, cité in *ibid.*

¹⁰¹ Sègnon Gilles BADET, op. cit., p. 10.

¹⁰² Luc HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin & P. Wachsmann (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris Dalloz, 2005, pp. 85-112.

¹⁰³ Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 30, cité in Sègnon Gilles BADET, op. cit. p. 11.

pour s'élever à un degré d'abstraction supérieur. Elles permettent de réunir sous un même concept les divers systèmes juridiques comprenant une garantie juridictionnelle de la Constitution.

Dès lors, le processus d'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle revient à généraliser le concept de justice constitutionnelle concentré. Plus largement, cela revient à généraliser l'ensemble des concepts qu'il inclut. Un véritable saut qualitatif est alors réalisé entre le concept de justice constitutionnelle concentré et le méta-concept de justice constitutionnelle.

L'apport de l'histoire dans l'élaboration du méta-concept de justice constitutionnelle doit donc être relégué en deçà de son apport dans l'élaboration du concept de justice constitutionnelle concentrée. La construction intellectuelle réalisée par l'auteur est significative dans l'élaboration de ce méta-concept. Dès lors, la contingence de ce dernier est amoindrie.

La généralisation dont il est ici question est essentielle dans la démarche comparatiste. En effet, comparer divers systèmes juridiques implique nécessairement la mise en relief des ressemblances et des différences entre ces systèmes. Or, avant de s'intéresser aux éléments singuliers de chaque système juridique et de pouvoir établir des liens entre ces systèmes, il est nécessaire de définir préalablement l'objet de la comparaison. Pour définir l'objet de la comparaison, il convient donc de s'extraire des contingences, des singularités des systèmes étudiés. Cette définition consiste à mettre en lumière un point de comparaison, point nécessairement présent dans l'ensemble des systèmes juridiques étudiés. Pour le dire autrement, il convient de dégager un dénominateur commun, voire le plus petit commun dénominateur à tous les systèmes étudiés. Ce dénominateur offre ainsi la possibilité de considérer l'ensemble de ces systèmes sur une base commune. Ce que nous appelons ici le plus petit commun dénominateur, par emprunt au langage mathématique peut également être défini sous le vocable de *tertium comparationis*. Le *tertium comparationis* outil du métalangage du comparatiste, désigne, selon Guillaume Tusseau, « la propriété que les éléments comparés partagent, et faute de laquelle ils ne pourraient pas être mis en rapport »¹⁰⁴. Ainsi, que la comparaison aboutisse à la mise en lumière de ressemblances ou de dissemblances entre les systèmes juridiques étudiés, la mise en rapport de ces derniers « ne

¹⁰⁴ Guillaume TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste », *Revus* [en ligne], vol. 21, 2013, p. 103. Guillaume Tusseau s'appuie notamment sur Vlad Contantinesco pour affirmer que « la comparaison de deux objets consiste à les mettre en relation. Sur un plan intellectuel, ceci suppose la subsumption de chacun d'eux sous un modèle de référence commun et indépendant l'un de l'autre ».

peut avoir lieu qu'à l'aide d'un *tertium comparationis* »¹⁰⁵. Le *tertium comparationis* implique par conséquent de la part du comparatiste de s'extirper de l'histoire et des particularismes pour distinguer un point commun.

Appliqué à notre objet d'étude, le méta-concept de justice constitutionnelle peut être considéré comme le plus petit commun dénominateur de tous les systèmes étudiés ou encore comme le *tertium comparationis* à l'aune duquel ces derniers sont analysés. La réalisation d'une catégorisation est dès lors envisageable car ce méta-concept permet de distinguer les Etats garantissant la Constitution par le biais du juge des Etats garantissant la Constitution par le biais d'un organe politique. Une fois cette catégorie générale dégagée, il est possible d'étudier en son sein les disparités ou les similitudes entre les différents systèmes de justice constitutionnelle étudiés. Ces disparités et similitudes peuvent elles-mêmes être catégorisées. De ce fait, une catégorisation peut être réalisée au sein même du méta-concept. Celle-ci correspond en effet aux divers critères de la justice constitutionnelle ci-dessus abordés, relatifs au moment auquel est exercée cette protection, à sa nature et à ses effets notamment¹⁰⁶.

Dès lors, le méta-concept apparaît véritablement comme un outil du droit comparé, tirant sa force de son abstraction. De par sa généralité, il permet de comparer l'ensemble des systèmes juridiques dotés d'une protection juridictionnelle de la Constitution. Plus encore, nous pouvons affirmer que le méta-concept se révèle indispensable à la comparaison entre ces différents systèmes. Il a particulièrement été bénéfique dans la comparaison entre la justice constitutionnelle issue de la pensée kelsénienne et la justice constitutionnelle états-unienne. Il l'est encore aujourd'hui dans la remise en cause de ces deux types de justice constitutionnelle – kelsénien et états-unien – au profit d'une comparaison tendant à reconnaître les singularités de chaque système de justice constitutionnelle au sein de la recherche d'une nouvelle catégorisation¹⁰⁷. Dès lors, cette vocation comparatiste révèle l'ahistoricité du méta-concept lui-même. En ce sens, Michel Troper affirme que la valeur opératoire d'un concept – et nous

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Voir *supra* p. 22.

¹⁰⁷ Sur la remise en cause des « modèles de justice constitutionnelle », voir particulièrement Guillaume TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle : essai critique méthodologique*, coll. « Recherche di diritto comparato », Bologna, Bononia University Press, 2009 ; Olivier JOUANJAN « Modèles et représentation de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n°2, 2009 ; Sur la recherche de nouvelles catégories, voir notamment, Guillaume TUSSEAU, *op cit.* Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p.41 et s. ; Constance GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », (2011) 137 *Pouvoirs*, p. 143 ; Francisco RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », (1996) *AIJC*, pp. 11-29 ; Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 29^e éd., Paris, L.G.D.J., coll. « Manuels », 2005, p. 66 ; Vlad CONTESTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, coll. « Thémis », PUF, 2006, pp. 233-240.

étendons ici cette affirmation au méta-concept – est pleinement détachée de l’histoire¹⁰⁸. Savoir que le méta-concept a été créé dès 1928, suite à l’évolution du droit et de la science du droit, n’influe en rien sur son utilisation en droit comparé. Par exemple, ce savoir sur les origines scientifiques du méta-concept n’a aucun effet sur la capacité du méta-concept à comprendre et à comparer la justice constitutionnelle diffuse et la justice constitutionnelle concentrée, ou encore la justice constitutionnelle *erga omnes* ou *inter partes*. Ainsi, d’un point de vue ontologique, la pertinence du méta-concept n’est pas marquée par sa propre histoire. La pertinence du méta-concept perdure tant qu’elle permet la comparaison entre deux ou plusieurs systèmes juridiques offrant ou ayant érigé une garantie juridictionnelle de la Constitution. Par sa généralité et son détachement des contingences historiques, il est dès lors possible de conclure à l’ahistoricité du méta-concept de justice constitutionnelle.

Le travail de contextualisation permet de mettre en lumière l’évolution historique du droit dans la création d’un concept de la science du droit. Dès lors, la paternité du concept de justice constitutionnelle concentrée et du méta-concept de justice constitutionnelle ne doit pas être réduite à la volonté de Hans Kelsen. Le poids de l’histoire vient ici reléguer la volonté kelsénienne au rang de maillon dans la chaîne de création de la justice constitutionnelle et des concepts de la science du droit qui en émanent. En effet, l’élaboration tant pratique que théorique de la justice constitutionnelle est contrainte par le système juridictionnel dualiste et plus largement par les héritages juridiques européens.

D’un point de vue méthodologique, l’attrait envers la systématisation et l’attrait envers la comparaison sont également acteurs de l’élaboration et du développement théorique de la justice constitutionnelle. Il est ainsi possible d’affirmer plus généralement que la volonté d’un auteur n’est pas suffisante dans la construction d’un outil juridique du métalangage – ici le méta-concept de justice constitutionnelle. Cependant, la volonté de l’auteur ne doit pas être éludée. Dans le cadre de notre étude, la volonté kelsénienne et plus largement la volonté des constitutionnalistes comparatistes ne doivent pas être éludées dans l’élaboration et le développement du méta-concept de justice constitutionnelle. La volonté joue en effet un rôle indispensable dans le processus de généralisation.

¹⁰⁸ Michel TROPER, « Les concepts de l’histoire constitutionnelle », in *Comment écrit-on l’histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, 2011, p. 88 : « La pertinence de ces concepts, créés d’un point de vue purement externe, est tout à fait indépendante de l’histoire, en ce qu’elle ne dépend ni du moment où ils sont créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système juridique qu’ils permettent de décrire. »

Par conséquent le poids de l'histoire est à mettre en parallèle avec le processus anhistorique de généralisation. Tandis que l'historicité de la création du concept de justice constitutionnelle concentrée est évidente, l'historicité de la création du méta-concept de justice constitutionnelle est à relativiser.