

Atelier E

DEMOFLYS Marie-Sophie, Doctorante, Université Montpellier 1, CERCOP - Candidate au Prix Louis-Favoreu

Titre

## **Histoire et concept de justice constitutionnelle : une relation fructueuse**

Résumé

Les concepts de la science du droit ont pour objet la représentation de phénomènes existant ou ayant existé dans le droit positif. Du fait de leur vocation universelle, ces concepts s'apparentent à des abstractions et sont anhistoriques. Ils peuvent représenter des phénomènes qui sont survenus dans divers systèmes juridiques au cours du temps. Leur effectivité est ainsi détachée de la réalité historique dans laquelle ils ont eux-mêmes été créés. Dès lors, l'histoire et les concepts ne semblent pas, de prime abord, entretenir de relations.

Or, la formation des concepts est historiquement marquée. Les auteurs sont nécessairement influencés par l'histoire du système juridique dans lequel ils évoluent. La formation du concept de justice constitutionnelle n'échappe pas à ce constat.

Dès la Révolution française de 1789, la peur nourrie à l'encontre du juge conduit à l'échec des divers projets de contrôle de conformité des lois à la Constitution. Cependant, les excès de la souveraineté parlementaire au début du XXe siècle raniment la volonté de protéger la Constitution. Face à l'exemple du *judicial review* états-unien issu de l'arrêt *Marbury v. Madison* en 1803, la doctrine européenne se déchire. Hans Kelsen rejette alors le *judicial review* en érigeant, aux antipodes de ce dernier, un contrôle de constitutionnalité des lois abstrait et concentré au sein de la Constitution de la République autrichienne en 1920.

La mise en lumière de ces deux types de justice constitutionnelle par Hans Kelsen dans la doctrine pré suppose l'existence d'un concept abstrait de justice constitutionnelle. Ce concept est défini par Hans Kelsen comme la garantie juridictionnelle de la Constitution. Dès lors, la formation du concept de justice constitutionnelle au sein de la science du droit trouve sa source tant dans les écrits du théoricien autrichien que plus généralement dans l'histoire du droit. La tension constante entre la conceptualisation et le relativisme historique quant à la formation de concept doit être mise en évidence.

L'utilité des concepts de la science du droit dans l'étude de l'histoire de la justice constitutionnelle et de son évolution doit également être interrogée. Le concept kelsénien de justice constitutionnelle s'avère toujours effectif. Quoique ce concept ait originellement été conçu pour comparer les Etats-Unis et l'Autriche, le développement du contrôle de constitutionnalité dans la majorité des Etats européens au cours des décennies suivantes a permis de développer le champ de comparaison de ce concept. La vocation comparative des concepts de la science du droit appelle les auteurs à les définir très largement. À cette fin, le haut degré d'abstraction du concept de justice constitutionnelle lui confère toute son effectivité. Favorisant la comparaison entre les systèmes antérieurs à 1920, le concept de justice constitutionnelle contribue tout autant à la compréhension des systèmes postérieurs à sa formation. La vocation à l'ahistoricité du concept permet donc de comprendre les variantes de la justice constitutionnelle.

Si l'histoire du droit est nécessaire quant à la formation du concept de justice constitutionnelle, l'ahistoricité de ce concept est paradoxalement le gage de son effectivité. La présente

communication propose ainsi l'étude des relations qu'entretiennent l'histoire du droit et le concept de justice constitutionnelle.