

Recension de la *Fordham Law Review*, vol. 82, n° 2, 2013.

L'originalisme est maintenant bien installé dans le paysage juridique américain. Cette doctrine, qui prône la fidélité de l'interprète au sens original – ou originel – de la Constitution, a non seulement été adoptée par une partie de la doctrine constitutionnaliste, mais aussi par une portion du corps judiciaire : à la Cour suprême, le juge Clarence Thomas se veut ouvertement originaliste, tout comme le regretté Antonin Scalia, qui se décrivait toutefois comme un originaliste « à l'âme sensible » (*fainthearted*)<sup>1</sup>.

À quiconque désirerait disposer d'une introduction<sup>2</sup> tout à la fois aux grands classiques de l'originalisme et aux débats les plus contemporains qui l'entourent, on ne saurait trop conseiller la lecture de ce volume de la *Fordham Law Review*<sup>3</sup>. On y trouve des contributions des principaux tenants de l'originalisme, tant « ancien » (L. Alexander) que « nouveau » (R. Barnett, L. Solum, K. Whittington, et, dans une certaine mesure J. Balkin), mais également un bon

Mathieu Carpentier, maître de conférences en droit public à l'université Paris-II-Panthéon-Assas, membre de l'institut Michel Villey.

1. A. Scalia, « Originalism: The Lesser Evil », *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, p. 864. Cette modération le conduisit à mettre son originalisme en sourdine à de multiples reprises, en particulier lorsque celui-ci entrait en conflit avec un précédent bien établi : v. en particulier son opinion concordante sur *McDonald v. City of Chicago*, 561 US 742 (2010), 791. Ceci lui a valu des critiques tant du côté originaliste (v. : R. Barnett, « Scalia's Infidelity : A Critique of Faint-Hearted Originalism », *University of Cincinnati Law Review*, 74 2006 ; et dans le présent volume la contribution de R. Barnett, p. 427) que du côté des *living constitutionalists* (v. : D. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, p. 17).

2. On trouvera dans d'autres ouvrages collectifs d'excellents développements introductifs : v. en particulier L. Solum et R. Bennett, *Constitutional Originalism. A Debate*, Ithaca, Cornell University Press, 2011. G. Huscroft et B. Miller, *The Challenge of Originalism*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2011.

3. Ce volume reproduit les actes d'un colloque sur l'originalisme qui s'est tenu à la Fordham Law School en 2013. Il est intégralement disponible en ligne à l'adresse <http://fordhamlawreview.org/issues/127>. A noter qu'un nouveau numéro de cette excellente revue consacré à l'originalisme et à ses usages de l'histoire, est paru en décembre dernier.

aperçu des contestations que cette dernière suscite, en particulier sous la plume de James Fleming, tenant la théorie dworkinienne de la « lecture morale » de la Constitution<sup>4</sup>, et de Mitchell Berman, auteur d'un article célèbre qualifiant l'originalisme de « foutaises<sup>5</sup> ». D'autres contributions s'attardent sur des aspects plus particuliers : le problème du respect des précédents erronés – du point de vue originaliste – dans un système de *stare decisis* formel (L. Goldstein), la manière dont le nouvel originalisme permet d'envisager ce qui, dans la Constitution, a trait aux affaires étrangères (A. Kent) ou encore les relations entre originalisme, indétermination et démocratie (B. Meyler). Enfin, ce volume fait la part belle aux auteurs non strictement juristes, philosophes ou historiens (K. Toh, A. Marmor, S. Soames, T. Smith, S. Cornell).

## L'ÉMERGENCE DE L'ORIGINALISME DANS LA DOCTRINE AMÉRICAINE

L'originalisme<sup>6</sup> est apparu au tournant des années 1980 et coïncide avec la révolution conservatrice qui a accompagné l'arrivée au pouvoir de Ronald Reagan. Les cours Warren (1953-1969) et Burger (1969-1986) avaient été marquées par un fort activisme judiciaire et une interprétation souvent libérale de la Constitution (v. entre autres, les célèbres arrêts *Brown*, *Griswold*, *Roe...*) : aux yeux des conservateurs, la marque d'infamie était l'utilisation de la Due Process Clause du XIV<sup>e</sup> Amendement interprétée de manière substantielle, qui permit à la Cour de dégager un certain nombre de droits constitutionnellement garantis, au premier chef celui du droit au respect de la vie privée. Pour les conservateurs, l'originalisme est apparu comme le moyen de limiter l'activisme judiciaire au moyen d'une interprétation de la Constitution fidèle au sens originel de celle-ci, sans doute plus compatible avec les visées conservatrices des tenants de cette doctrine.

Cette justification première de l'originalisme a rapidement fait long feu, comme Keith Whittington l'explique très bien dans sa contribution à ce volume<sup>7</sup> (pp. 391 *sq.*). En effet, la fidélité au sens originel de la constitution ne suffit pas à elle seule à justifier une quelconque retenue du juge dans ses fonctions de contrôle de constitutionnalité des lois : dès lors qu'une loi s'écarte de ce sens

4. V. en particulier son récent ouvrage, au sous-titre explicite : J. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution. For Moral Readings and Against Originalisms*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2015, spéc. pp. 1-25.

5. M. Berman, « Originalism Is Bunk », *NYU Law Review*, 84, 2009.

6. Ce néologisme a été forgé par Paul Brest dans un article à la tonalité très critique. V. : P. Brest, « The Misconceived Quest for Original Understanding », *Boston University Law Review*, 60, 1980, p. 204.

7. Dans des écrits antérieurs, Whittington a d'ailleurs montré que l'avènement, sous Reagan, d'une cour majoritairement conservatrice (sous la présidence du Chief Justice Rehnquist) a entraîné un affaiblissement du lien entre idéologie conservatrice et retenue juridictionnelle : v. K. Whittington, « The New Originalism », *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 2, 2004, p. 603. C'est ce qui a d'ailleurs rendu possible que l'originalisme ne soit plus strictement associé au conservatisme politique, mais puisse être adopté par certains libéraux.

original, le juge originaliste aura de bonnes raisons de la censurer. Les juges de la Cour suprême qui adhèrent à cette doctrine n'ont ainsi guère donné l'impression de déférer à l'autorité du législateur, tant étatique que fédéral. Quant à la critique d'une lecture extensive de certaines clauses constitutionnelles – en particulier la *Due Process Clause* – il est rapidement apparu qu'elle pouvait s'appuyer sur des arguments de principe et non sur de simples considérations politiques<sup>8</sup> (ici encore, l'analyse de K. Whittington, p. 397 est très convaincante). De la thèse, descriptive, selon laquelle le seul véritable sens de la Constitution est son sens originel, il est possible de tirer la thèse normative selon laquelle l'interprète devrait toujours s'en remettre à ce véritable sens, et non, par exemple, le faire évoluer à sa guise (v. ici la contribution de R. Barnett, p. 417). Or les justifications d'une telle thèse normative sont fort variées : si certains auteurs s'en tiennent à l'exigence de respect de l'autorité du droit et de la constitution<sup>9</sup>, d'autres appuient cette dernière sur des considérations tirées du respect de la souveraineté populaire<sup>10</sup>, de la valeur intrinsèque des procédures super-majoritaires – ou de majorité qualifiée – présidant à l'adoption de la Constitution et de ses révisions<sup>11</sup>, ou encore de la protection, entendue de manière assez libertarienne, des droits individuels contre l'État<sup>12</sup>. Il est d'ailleurs à noter que ces justifications, qui, sous la plume de leurs auteurs, ont pour fonction de justifier le recours à une théorie originaliste de la constitution, sont parfois incompatibles entre elles.<sup>13</sup>

Si l'originalisme s'oppose classiquement aux tenants de la *Living Constitution*<sup>14</sup> d'une part et de la lecture morale de la Constitution<sup>15</sup>, ce volume illustre également, et peut-être de manière plus intéressante, les divers conflits qui traversent l'originalisme lui-même. Il est en effet de coutume d'opposer l'ancien et le nouvel originalismes et de nombreuses contributions font référence à cette évolution de la doctrine originaliste (v. en particulier celle de J. Fleming, pp. 433-437 et pp. 446-452 et celle de M. Berman et de K. Toh, pp. 556-561). La distinction elle-même n'est d'ailleurs pas à l'abri de la critique, et, dans son article, T. Smith

8. Ici encore, v. : K. Whittington, « The New Originalism », pp. 607 *sq.* – Toutefois, l'idée selon laquelle l'originalisme puisse être motivé davantage par des raisons idéologiques ou politiques que par des considérations de principe, en dépit du fait que de nombreux juristes libéraux y ont souscrit, a été récemment défendue par R. Fallon, « Are Originalist Constitutional Theories Principled, or Are They Rationalizations for Conservatism ? », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34, 2011.

9. La *Fidelity Thesis* défendue par Solum affirme ainsi qu'existe d'une obligation (défaisable ou *prima facie*) de fidélité au droit (v. : L. Solum, « Semantic Originalism », manuscrit non publié, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1120244>, pp. 8-9).

10. C'est la thèse de Whittington (v. : K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, Lawrence [KS], University Press of Kansas, 1999), pp. 110 *sq.*).

11. V. : J. McGinnis et M. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, Cambridge [Mass.] Harvard University Press, 2013, spéc. pp. 81 *sq.*

12. V. : R. Barnett, *Restoring the Lost Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 32 *sq.*

13. V. pour une illustration le premier chapitre de R. Barnett, *Resoring the Lost Constitution*.

14. Pour une excellente présentation en français de cet important mouvement doctrinal, v. : A. Vlachogiannis, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Classiques Garnier, 2014.

15. R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996, pp. 1-12.

déploie beaucoup d'énergie pour montrer que le nouvel originalisme n'est pas si éloigné de l'ancien (v. pp. 631 *sq.*).

Comme l'affirme L. Solum (p. 459) toutes les variantes de l'originalisme s'accordent au moins sur deux thèses générales. La première est celle selon laquelle le sens du texte constitutionnel est fixé au moment où le texte est adopté et ratifié<sup>16</sup> : c'est la *Fixation Thesis*. La seconde affirme que l'interprète doit être lié ou contraint par le sens originel dûment établi : c'est la *Constraint Thesis*. Cependant les originalistes diffèrent quant au contenu du sens en question.

## L'ORIGINALISME, ANCIEN ET NOUVEAU

L'ancien originalisme, tel que défendu par Robert Bork, prône en effet la fidélité à l'*intention* des rédacteurs de la Constitution<sup>17</sup>. Les nouveaux originalistes, au contraire, adoptent une démarche volontiers plus textualiste, mettant l'accent sur le sens public originel de la Constitution, c'est-à-dire sur la manière dont les énoncés qui composent le texte constitutionnel auraient été compris par tout locuteur raisonnable au moment de son adoption.

La très brève contribution de Larry Alexander s'engage vigoureusement<sup>18</sup> – quoiqu'à contre-courant de la doctrine dominante – aux côtés de l'ancien originalisme, c'est-à-dire celui qui met en avant l'intention des rédacteurs<sup>19</sup> de la Constitution. L'originalité de la théorie de L. Alexander est qu'elle ne procède, pas comme c'était le cas chez Robert Bork, d'une doctrine de la légitimité politique à l'aune de laquelle le résultat d'une interprétation originaliste apparaît comme supérieur, politiquement et moralement. Au contraire, L. Alexander fait uniquement intervenir des arguments de philosophie du droit et de philosophie du langage. Selon lui, le droit a pour fonction de régler de manière définitive certains aspects de la vie sociale. Les personnes ou institutions à qui est confiée cette tâche vont

16. Une question, qui n'est d'ailleurs pas envisagée par les originalistes à notre connaissance, est celle de l'éventuelle modification sémantique qui pourrait intervenir entre l'adoption et la ratification, lorsque un temps long sépare les deux étapes de révision constitutionnelle. Ainsi le 27<sup>e</sup> Amendement de la Constitution américaine a été adopté (ou, plus précisément, « proposé ») par le Congrès en 1789 et n'a été définitivement ratifié qu'en 1992.

17. V. : R. Bork, « Original Intent : The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making », *The Judge's Journal*, 26/2, 1987, pp. 13-17. Bork a lui-même évolué sur la question, au point de se rapprocher, dans les années 1990, de l'originalisme du « sens public originel » (v. : R. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990, p. 218).

18. Dans la continuité de ses précédents travaux, qui ne font l'objet que d'une rapide synthèse dans la contribution au volume de la *Fordham Law Review*. V. par exemple : L. Alexander, « Simple-Minded Originalism », in G. Huscroft et B. Miller, *The Challenge of Originalism* ; L. Alexander et S. Prakash, « Is That English You're Speaking? Some Arguments for the Primacy of Intent in Interpretation », *San Diego Law Review*, 41, 2004.

19. La distinction, très nette dans nos contrées, entre les rédacteurs et les auteurs juridiques de la Constitution est largement atténuée aux États-Unis où l'élaboration juridique de la Constitution de 1787 est souvent conçue comme un processus faisant concourir les *Framers*, c'est-à-dire les membres de la Convention de Philadelphie ayant participé à la rédaction du texte, et les États qui ont, par la voix de leurs législatures, ratifié ce dernier.

édicter des règles au moyen d'énoncés normatifs ; le sens de ces derniers est alors identique à ce que leur auteur a l'intention de leur faire signifier dans le contexte de l'énonciation – argument rattachable, encore que simplifié, à la philosophie du langage de Grice<sup>20</sup>.

Le refus de s'en tenir au « sens public originel », et la volonté de le justifier par un appel à la philosophie du langage, est également marqué dans deux autres contributions, celle de S. Soames et de S. Cornell. De manière plus sophistiquée qu'Alexander, le « déférentialisme » proposé par le philosophe du langage Scott Soames, impose à l'interprète de rechercher ce que le droit « affirme » ou « stipule » : or comme l'écrit S. Soames (p. 598), le « sens assertif » d'un énoncé ne peut être uniquement « fonction du seul sens linguistique », c'est-à-dire de la signification conventionnelle des mots, mais suppose la prise en compte « des croyances d'arrière-plan et des présuppositions des participants ». Ce faisant, Soames prétend dépasser le conflit entre ancien et nouvel originalismes, même si sa théorie s'avère en réalité revêtir tous les traits d'un intentionnalisme masqué. D'une manière différente, l'historien Saul Cornell oppose au nouvel originalisme une méthodologie inspirée de l'histoire des idées qui fait la part belle au contexte historique d'adoption de la Constitution et, en particulier, à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

Le nouvel originalisme est nettement mieux représenté dans ce volume, puisque K. Whittington, L. Solum et R. Barnett s'y rattachent à plus d'un titre. C'est également le nouvel originalisme qui fait l'objet des principales discussions critiques.

Les raisons du passage d'une recherche de l'intention du Constituant (ou, à défaut, des *Framers*) à la recherche du sens public bien résumées dans la contribution de K. Whittington (p. 381). La détermination de l'intention du Constituant (comme de celle du législateur d'ailleurs) est souvent le reflet de la subjectivité du juge. Du reste, la recherche d'une seule et unique intention lorsqu'on a affaire à une ou plusieurs assemblées délibérantes s'avère à bien des égards illusoire. Enfin, il n'est pas certain qu'il soit politiquement ou moralement acceptable de ramener le sens de la Constitution à ce que quelques ancêtres particulièrement intelligents et vertueux – quoique propriétaires d'esclaves – entendaient y mettre. C'est la raison pour laquelle les nouveaux originalistes s'en tiennent au sens linguistique des énoncés à l'époque de leur adoption et de leur ratification.

Ceci ne signifie nullement une inattention au contexte. Comme R. Barnett et L. Solum y insistent dans leurs contributions respectives (v. p. 414 et p. 495), l'interprète ne saurait s'en tenir au sens linguistique des mots, tels qu'on peut les découvrir en s'aidant d'un dictionnaire paru à l'époque de la rédaction de l'*interpretandum*. Bien souvent des cas d'ambiguïté lexicale ou syntaxique obligent l'interprète à dépasser le texte pour s'en remettre au contexte. C'est la raison pour laquelle tant R. Barnett que L. Solum affirment que l'objet de l'interprétation est le « sens communicationnel » (*communicative meaning*) des énoncés, et non seulement leur sens sémantique ou linguistique, réductible à ce qu'en dit un dictionnaire. Pour un tenant de la théorie de Grice, ceci pourrait laisser supposer qu'un

20. V. : P. Grice, « Meaning », *The Philosophical Review*, 66, 1957 ; P. Grice, « Utterer's Meaning and Intention », *The Philosophical Review*, 78 1969 ; P. Grice, « Meaning Revisited », in N. V. Smith (dir.), *Mutual Knowledge*, New York, Academic Press, 1982.

certain rôle soit confié à l'intention du locuteur. Cependant, il importe de souligner que le contexte auquel R. Barnett et L. Solum font référence est davantage le contexte de la réception que le contexte (beaucoup plus « épais ») de l'énonciation. C'est ainsi que R. Barnett écrit que « le Nouvel Originalisme s'enquiert du *contexte communicationnel tel qu'il était publiquement disponible* » (c'est l'auteur qui souligne). Il prend l'exemple de l'Article IV de la Constitution américaine qui fait référence aux « violences domestiques » : le contexte normal de réception de la Constitution en 1787 implique que cette expression soit interprétée comme signifiant « grave troubles intérieurs » (insurrections, émeutes, etc.) et non comme recouvrant des cas de violence conjugale. À aucun moment, selon lui, n'a-t-on eu besoin, pour déterminer cette signification, de recourir à l'intention de Madison ou d'Hamilton.

C'est la raison pour laquelle le nouvel originalisme entretient un rapport plus distancié que l'ancien avec l'histoire. C'est l'objet de la contribution de S. Cornell mentionnée plus haut ainsi que de celle de J. Balkin. Ce dernier (pp. 647-648) note que les recours à l'histoire, en particulier au contexte historique d'élaboration et d'adoption de la Constitution de 1787, ne sont en principe admis par la doctrine néo-originaliste que pour autant qu'ils permettent de découvrir le sens qui a été fixé au moment de l'adoption et de la ratification. Ceci découle du caractère textualiste de l'interprétation néo-originaliste (comme cela est rappelé par K. Whittington dans sa contribution, p. 389). Cependant, Balkin constate que les arguments tirés de l'histoire sont utilisés beaucoup plus généreusement tant par la doctrine que les praticiens, y compris par ceux qui professent un originalisme rigoureux. Pour le comprendre, il convient selon lui de prendre en compte la distinction entre interprétation et construction.

## INTERPRÉTATION ET CONSTRUCTION

La distinction entre interprétation et construction est l'un des points centraux du nouvel originalisme, qui est défendu dans de nombreuses contributions au volume, en particulier par K. Whittington (p. 403), R. Barnett (p. 418), J. Balkin (*passim*) et surtout par Lawrence Solum, qui est en l'un des principaux théoriciens<sup>21</sup>. Cependant, tous les néo-originalistes ne s'accordent pas sur le bien-fondé de cette distinction, et même ceux qui y souscrivent la caractérisent parfois de manière très différente.

Le point de départ de la distinction est le suivant. L'interprétation est l'opération par laquelle est découverte la signification d'un énoncé ; l'originalisme est *prima facie* une théorie de l'interprétation selon laquelle l'interprétation doit rechercher le sens public originel. Cependant, ce dernier est nécessairement marqué au sceau d'une certaine indétermination, particulièrement en matière constitutionnelle. En ce sens, la seule interprétation constitutionnelle ne permet pas toujours aux acteurs juridiques et politiques – et particulièrement

21. V. : L. Solum, « The Interpretation-Construction Distinction », *Constitutional Commentary*, 27, 2010, pp. 95-118 ; L. Solum, « Semantic Originalism », pp. 67-89.

aux juges – d'arriver à une décision qui découle clairement de ce sens originel : lorsque celui-ci est vague ou irréductiblement ambigu, l'interprète entre dans la *Construction Zone*. Il suppléera au sens manquant au moyen d'une opération spécifique, la construction<sup>22</sup>. Cette opération vise à élaborer un certain nombre de doctrines, de règles, de standards qui permettront de donner un contenu normatif à l'énoncé au sujet duquel l'interprétation aura conclu qu'il était indéterminé. Ainsi, le Premier Amendement de la Constitution américaine ne contient nulle règle autorisant de brûler des drapeaux ; cette dernière<sup>23</sup> est le fruit d'une construction venant « compléter » le sens public originel de la Free Speech Clause du Premier amendement, dont le caractère vague ou doté de texture ouverte fait peu de doute.

Pour un originaliste, la construction est une activité nécessairement plus ouverte que l'interprétation (v. la contribution de L. Solum, p. 534) : si cette dernière doit toujours rechercher le sens public originel, il n'en va pas de même de la construction. Lorsque le texte s'avère indéterminé, il y a nécessairement une pluralité d'arguments constitutionnels possibles : si une doctrine ou une règle découle nécessairement du sens public originel dégagé par l'interprétation, c'est que, par hypothèse, celui-ci n'était pas indéterminé. Cependant, tant Solum que Barnett s'accordent pour affirmer que le résultat de l'interprétation *contraint* le travail de construction. Ceci découle de la *Constraint Thesis* rappelée plus haut : la construction doit aller au-delà du sens public originel, mais elle ne saurait le trahir. Pour reprendre l'expression imagée de Randy Barnett : « les termes vagues de la Constitution habilent le juge et le législateur à mettre de la chair sur les os du texte, *pourvu qu'ils ne brisent aucun os* » (pp. 419-420, c'est l'auteur qui souligne). Il demeure qu'au sein de la *Construction Zone* existe une forme irréductible de pluralisme<sup>24</sup>. La raison en est que l'originalisme est conçu comme une théorie normative de l'interprétation, mais nullement comme une théorie de la construction. C'est cet aspect qui justifie que l'originalisme puisse être compatible, à un certain degré, avec son ennemi intime, le *Living Constitutionalism*. Certes, l'originalisme se refusera à affirmer que *le sens, la signification* du texte constitutionnel se modifie avec le temps – thèse centrale du *Living Constitutionalism* –, puisque ce sens est fixé au moment de l'adoption du texte ; mais il sera prêt à reconnaître qu'une fois que l'on entre dans la *Construction Zone* un argument en faveur d'une évolution des règles et doctrine constitutionnelles dégagées par la jurisprudence aux fins de leur adaptation aux mœurs de la société contemporaine soit légitime, pourvu qu'il n'entre pas en conflit avec le noyau de détermination linguistique dégagé par l'interprétation (v. là dessus la contribution de Solum, p. 526).

22. L'anglais *construction* est ici un faux-ami : il s'agit du substantif dérivé non pas de *to construct*, mais de *to construe*, qui est dans le langage courant un synonyme de *to interpret* – la distinction effectuée entre les deux reposant ainsi, de l'aveu même des auteurs qui l'emploient, sur des définitions stipulatives. Nous le traduisons ici par « construction », faute d'équivalent en français.

23. Règle dégagée par la Cour suprême dans *Texas v. Johnson* (1989).

24. Ce point a été en particulier souligné par K. Whittington, « On Pluralism Within Originalism », in G. Huscroft et B. Miller, *The Challenge of Originalism*.

C'est cet aspect qui suscite bien des désaccords au sein du nouvel originalisme. Par exemple<sup>25</sup> John McGinnis et Michael Rappaport ont vivement critiqué ce qu'ils appellent le *Construction Originalism*<sup>26</sup> qui accorderait selon eux une trop grande latitude aux interprètes. Selon eux l'indétermination qui affecte les énoncés constitutionnels peut être résorbable non pas au moyen d'une activité créatrice telle que la construction, mais par une recherche plus poussée du sens de l'énoncé. Lorsque le texte apparaît vague ou indéterminé, la variante de l'originalisme qu'ils défendent oblige l'interprète à recourir aux *méthodes originelles d'interprétation*, c'est-à-dire aux méthodes d'interprétation qui étaient couramment utilisées à l'époque de l'adoption. L. Solum répond longuement à cette critique dans sa contribution (pp. 503 *sq.*) en montrant que même à supposer qu'un tel recours soit possible, il ne permettrait jamais d'éliminer substantiellement les indéterminations du texte constitutionnel.

Cependant, la distinction construction/interprétation n'est pas comprise de la même manière par tous les auteurs qui y souscrivent. On peut retenir trois noyaux importants de désaccords, qui sont tous remarquablement illustrés dans le volume ici commenté.

En premier lieu c'est la nature même de l'opération qui est controversée. Il ne fait aucun doute que pour L. Solum et, dans une moindre mesure, pour R. Barnett<sup>27</sup> (encore que pour des raisons différentes) la construction est une opération pleinement juridique. C'est la raison pour laquelle L. Solum distingue l'interprétation de la construction en indiquant que cette dernière n'a pas tant pour objet d'élaborer une signification que de donner à l'énoncé interprété un effet juridique (*legal effect*). Certes, L. Solum reconnaît qu'il existe des constructions politiques (voire des constructions dégagées par les acteurs privés), mais le cas de figure central demeure la construction juridictionnelle<sup>28</sup>. En revanche, pour K. Whittington, la construction est une activité principalement politique, qui se traduit à travers la pratique concrète des institutions et des acteurs politiques<sup>29</sup>. C'est donc à ces derniers, et non aux juges que revient la tâche d'opérer de telles constructions, les juges devant se contenter d'interpréter le texte, et lorsque celui-ci s'avère indéterminé, de déférer à l'autorité des organes politiques. De même, chez J. Balkin, la construction est l'affaire de « l'ensemble des trois branches du gouvernement » ; elle se dégage de la manière dont « chacune d'entre elles répond à l'autre ainsi qu'aux vagues continues de mobilisation politique et sociale tant dans la sphère politique que dans la société civile » (p. 646). Le désaccord est en réalité plus profond, et porte, de fait, sur le rôle du juge au sein de la pratique constitutionnelle.

25. Le juge Scalia lui-même a désavoué cette distinction (v. : A. Scalia et B. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, Saint Paul, Thomson-West, 2012, pp. 13 *sq.* Il faut noter que ce désaveu se fonde davantage sur des considérations terminologiques (les deux termes étant globalement synonymes en anglais courant comme en langage juridique) que conceptuelle, passant par pertes et profit le caractère largement stipulatif de l'usage qui en est fait par R. Barnett, L. Solum etc.

26. J. McGinnis et M. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, pp. 139 *sq.*

27. V. : R. Barnett, *Restoring the Lost Constitution*, p. 122. L'emphase mise par R. Barnett sur la construction juridictionnelle est justifiée par sa défense du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois.

28. V. : L. Solum, « The Interpretation-Construction Distinction », pp. 103-104.

29. K. Whittington, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1999, pp. 1-19

En second lieu, ce sont les relations entre l'interprétation et la construction qui n'apparaissent pas établies. Pour K. Whittington, la construction n'intervient que lorsque l'interprétation échoue à dégager un sens clair et déterminé. Pour L. Solum au contraire – c'est précisément l'objet de sa contribution –, la construction intervient à chaque fois que l'on cherche à donner un effet de droit à la Constitution – c'est-à-dire en réalité, dans tout contexte juridictionnel où la Constitution est interprétée. Même lorsque le sens du texte est clair et précis, les juges, dès lors qu'ils entreprennent d'appliquer la Constitution, effectuent une construction de cette dernière, même si celle-ci est « tacite et inconsciente » (p. 499). Il faut donc se garder de penser que la construction n'intervient que lorsqu'on entre dans la *Construction Zone*.

Le désaccord porte en dernier lieu sur la taille de la *Construction Zone* et la nature de la « contrainte » opérée par le sens public originel. Par exemple J. Balkin distingue les conceptions « minces » et « épaisses » du sens public original. La variante très modérée de l'originalisme qu'il professe<sup>30</sup> retient surtout un sens « mince » (p. 646), fournissant un simple cadre (*framework*) et déplaçant la quasi-totalité de l'argumentation constitutionnelle au sein de la *Construction Zone*. Il en résulte une contrainte assez minimale pour l'interprète et c'est la raison pour laquelle l'originalisme apparaît ici pleinement compatible avec le *Living Constitutionalism* (v. pp. 711 *sq.*). En revanche, L. Solum, dans sa contribution, plaide en faveur d'une conception plus forte, qui restreint davantage l'étendue de la *Construction Zone*. Selon lui, la plupart des clauses ayant trait à la partie institutionnelle de la constitution sont « substantiellement déterminées », tandis que ce sont surtout les dispositions relatives aux droits individuels qui s'avèrent indéterminées (p. 530).

Ce sont d'ailleurs ces ambiguïtés de la distinction interprétation/construction qui sont au cœur des principales critiques adressées à l'originalisme au sein de ce volume. Par exemple James Fleming note que cette distinction permet à l'originalisme de devenir tellement « inclusif », c'est-à-dire tellement compatible avec la plupart des options interprétatives avec lesquelles il semble *prima facie* entrer en conflit, qu'on peut se demander ce qu'il a encore d'originaliste. Certes on peut envisager une « construction originaliste » c'est-à-dire une construction qui s'appuierait avant tout sur l'histoire (la lecture du *Fédéraliste* ou des travaux de la Convention de Philadelphie) non pas pour déterminer le sens public original du texte, mais pour envisager les règles et doctrines que, contrefactuellement, les rédacteurs de la Constitution auraient souhaité mettre en œuvre – hypothèse que, comme on l'a mentionné, J. Balkin critique dans sa propre contribution. J. Fleming note ainsi que L. Solum, en affirmant qu'il n'y a pas de doctrine originaliste de la construction mais seulement de l'interprétation, et en laissant libre cours au pluralisme dans la *Construction Zone*, finit par ruiner la cohérence interne de l'originalisme (pp. 441-444).

De leur côté M. Berman et K. Toh notent que la distinction interprétation/construction, quelque utile qu'elle puisse être par ailleurs (p. 556), vide largement l'originalisme de son sens et de son intérêt, dès lors que celui devient une

30. V. : J. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2012, spéc. pp. 21-33.

thèse purement sémantique et non une doctrine juridique, susceptible de guider l'action des juges (p. 569).

Enfin, Andrei Marmor note (pp. 589-593) que les termes évaluatifs contenus dans la Constitution, en particulier dans sa partie substantielle, ne sont pas simplement vagues ou dotés de texture ouverte, mais sont « super-polysémique » : ils possèdent une étendue sémantique extrêmement large, et il n'est possible de leur attribuer une signification qu'après examen poussé du contexte et qu'eu égard à des présupposés axiologiquement non neutres. Autrement dit, à bien des égards la construction précède l'interprétation, ou, en tout cas, les deux étapes sont intimement mêlées, dès lors que le « sens public original » n'existe pas indépendamment des présupposés axiologiques que l'on prête au locuteur raisonnable de l'époque : « La manière dont nous envisageons le cadre linguistique des textes constitutionnels dépend du cadre moral et politique que nous adoptons, et non l'inverse » (p. 593).

#### CONCLUSION : LA « FORCE GRAVITATIONNELLE » DE L'ORIGINALISME

En 2010, lors de son audition devant la commission des affaires judiciaires du Sénat, préalable à la confirmation de sa nomination à la Cour suprême, Elena Kagan déclara : « *We are all originalists.* » Cette formule, venant d'une figure progressiste bien connue, dénote à la fois le rôle dominant que l'originalisme joue aujourd'hui dans le discours constitutionnel et les profondes transformations qui l'ont affecté. En s'éloignant du programme conservateur un peu fruste qui était le sien dans les années 1980, l'originalisme est devenu un objet doctrinal à part entière et lourdement théorisé, ainsi qu'un puissant outil de légitimation<sup>31</sup>, y compris aux mains de libéraux patentés. L'originalisme a acquis ainsi une véritable « force gravitationnelle », selon l'expression heureuse de R. Barnett (pp. 420 *sq.*) en raison de l'importance croissante que revêt, en particulier dans les arrêts récents de la Cour suprême, l'idée d'une fidélité au sens originel de la Constitution, qui demeure à l'arrière-plan y compris lorsque la décision n'est pas prise directement sur le fondement du sens originel et y compris, d'ailleurs, lorsque la Cour s'en écarte.

Mais l'originalisme a nettement perdu en cohérence ce qu'il a gagné en popularité. Comme ce volume de la *Fordham Law Review* l'illustre à merveille, on désigne par « originalisme » non pas *une* théorie constitutionnelle, mais un ensemble disparate de théories souvent peu compatibles entre elles. Les originalistes passent plus de temps à débattre entre eux qu'à répondre à leurs contradicteurs extérieurs ; et les diverses variantes du nouvel originalisme ont pu être accusées de diluer la doctrine originaliste en la réduisant à peu de chagrin, en dépit – ou au moyen, peut-être – d'un appareil conceptuel et théorique extrêmement sophistiqué.

31. V. là-dessus : J. Green, « Selling Originalism », *Georgetown Law Journal*, 97, 2009 ; R. Post et Reva Siegel, « Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution », *Fordham Law Review*, 75, 2005 ; F. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford, Stanford University Press, 2013, pp. 1-22.