

L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique ?

Mathieu Carpentier
(Université Panthéon-Assas/Institut Michel Villey)

Comme l'écrit Michel Troper, « quiconque aborde le thème de l'interprétation constitutionnelle rencontre inévitablement la question de savoir si elle présente quelque trait spécifique qui la distingue d'autres objets ou d'autres formes de l'interprétation juridique »¹. Cette communication se propose d'apporter une ébauche de réponse à cette question, qui tire une partie de son intérêt de l'absence de travail systématique mené par la doctrine française sur l'interprétation constitutionnelle. C'est pourquoi on sera amené à porter son regard outre-Atlantique, où les questions d'interprétation constitutionnelle font l'objet de débats théoriques sophistiqués.

Un préambule d'ordre méthodologique tout d'abord.

S'interroger sur la spécificité de l'interprétation constitutionnelle en tant que telle nécessite de ne pas s'en tenir à la simple étude des méthodes particulières élaborées par les organes habilités des divers droits positifs. Ce réquisit repose sur le postulat, tout à fait contestable par lui-même, selon lequel il existerait un certain nombre de traits propres à toute constitution – constitutifs par exemple de l'évasive « matière constitutionnelle » – et, par voie de conséquence, à toute interprétation de cette dernière. Ce postulat essentialiste peut être néanmoins défendu dans une version modérée. La justification en est la suivante. L'identité de la constitution n'est pas dérivée – et ne peut l'être – à partir d'un argument de droit comparé. La constitution n'est pas le nom donné (peut-être un faux ami, d'ailleurs : cf. *equity* et équité) à des instruments juridiques, dont la comparaison montrerait le caractère profondément hétérogène. La constitution est avant tout un objet de théorie politique, qui a été mis en œuvre au cours de l'histoire par la plupart des nations du monde. En matière constitutionnelle, l'essence précède clairement l'existence.

C'est la raison pour laquelle il ne s'agit pas ici de s'intéresser aux débats de la doctrine américaine pour prétendre les *importer* en France, ce qui n'aurait aucun sens. La logique n'est pas celle d'une « greffe », d'un « transplant » doctrinal, au sens où les comparatistes parlent

¹ M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 155. V. aussi, pour un examen de certaines spécificités de l'interprétation constitutionnelle dont on ne pourra pas discuter ici, P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 116-123.

de transplant/greffe juridique. Il s'agit uniquement de prendre ces débats comme un exemple particulièrement développé d'une problématique beaucoup plus large.

1/ Sous quel aspect peut-on dire que l'interprétation constitutionnelle est spécifique ? Pourquoi d'ailleurs se pose-t-on la question de sa spécificité ? C'est, après tout, une question que l'on pourrait poser à propos de l'interprétation de n'importe quel instrument juridique. On pourrait cependant se prévaloir de la fameuse formule du *Chief Justice* Marshall dans *McCulloch v. Maryland* « We must never forget that it is a *Constitution* we are expounding » (italiques dans le texte). Une Constitution n'est pas un texte comme un autre.

L'angle que j'ai retenu pour appréhender cette spécificité est le suivant. Il semble bien que pour une théorie unifiée de l'interprétation juridique – telle que celle dont on a essayé de présenter une ébauche dans de précédents travaux – l'interprétation constitutionnelle présente un défi constant, qui peut être avéré par une étude sommaire de droit comparé : l'interprétation constitutionnelle est irrémédiablement *pluraliste*². Ce pluralisme peut se manifester de deux manières : il existe en premier lieu une pluralité d'interprètes (ou si l'on veut, d'interprètes authentiques au sens kelsénien) de la constitution, et le pluralisme naît assurément de la concurrence de ces interprètes ; en second lieu, il découle de certaines caractéristiques du texte constitutionnel qu'existent souvent une pluralité d'interprétations acceptables – l'attestent à l'envi les opinions séparées (concordantes comme dissidentes), pratique répandue dans de nombreuses cours constitutionnelles. Il existe bien entendu des cas, d'ailleurs nombreux, dans lesquels un usage normal du langage – sur lequel on reviendra – rend la constitution tout à fait limpide³. Cependant, il arrive fréquemment que les interprètes authentiques passent outre un texte clair, ou tout au moins dont il peut être raisonnablement soutenu qu'il est clair, et que personne n'y voie là une décision *contra constitutionem*⁴, mais

² C'est un point sur lequel une partie de la doctrine américaine insiste avec force, mais généralement pour pointer la diversité d'arguments constitutionnels possibles. On emploie « pluralisme » en un sens légèrement plus large. V. par exemple Ph. Bobbitt, *Constitutional Fate*, Oxford, Oxford University Press, 1982 ; R. Fallon, « A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation », *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1189-1286 ; R. Post, « Theories of Constitutional Interpretation » in R. Post (dir.), *Law and the Order of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1991 ; S. Griffin, « Pluralism in Constitutional Interpretation », *Texas Law Review*, 72, 1994, p. 1753-1769 ; Ch. Oldfather, « Methodological Pluralism and Constitutional Interpretation », *Brooklyn Law Review*, 80, 2014, p. 1-62.

³ Par exemple, il ne fait aucun doute, pour tout interprète raisonnable de l'art. 8 al. 1 C, que seul le Président de la République peut nommer le Premier ministre et qu'il s'agit d'une compétence liée quant au principe de l'action (il ne peut s'abstenir de nommer un Premier ministre).

⁴ Il arrive également qu'un interprète authentique statue *contra constitutionem* (le cas d'école étant le recours à l'art. 11 pour l'adoption d'une révision constitutionnelle décidé par le général de Gaulle en 1962).

au contraire une décision constitutionnellement défendable (l'exemple classique est, aux Etats-Unis, celui de l'incorporation du Premier amendement dans *Gitlow v. New York*).

2/ On peut passer en revue trois arguments généralement avancés à l'appui de la thèse de la spécificité de l'interprétation constitutionnelle.

L'*argument de la hiérarchie des normes*⁵ tout d'abord, selon lequel le fait que la Constitution se trouve (dans l'ordre interne du moins) au sommet de cette hiérarchie entraîne certaines spécificités interprétatives. Si cet argument est critiquable (car il fait abstraction de l'interprétation de certains textes qui, sans avoir une valeur formellement constitutionnelle, posent aux interprètes des problèmes similaires – par exemple les instruments régionaux de protection des droits de l'homme), il recèle un fond de vérité. En effet, même dans un régime de faible rigidité constitutionnelle, la constitution, qui rend possible les autres normes du système juridique, est nécessairement comprise dans un ensemble *clos* de dispositions normatives. Là où les normes juridiques « classiques » procèdent par *accumulation*, donnant lieu à une régulation toujours plus poussée de cas toujours plus complexes, une constitution sera généralement courte⁶, sera révisée « de l'intérieur », ou augmentée d'amendements en nombre limité. Il en résultera des dispositions nécessairement d'une grande généralité. Ce constat est par lui-même trivial, mais il pointe l'une des origines de la grande marge de manœuvre dont disposent les interprètes de la constitution.

Vient ensuite l'*argument du vague*, selon lequel les dispositions de la constitution, en particulier dans sa partie « substantielle » – droits et libertés fondamentales – sont nécessairement vagues, c'est-à-dire qu'elles entraînent nécessairement de nombreux cas-limites. Il ne fait aucun doute qu'une longue séance de *waterboarding* est un châtement « cruel » aux yeux du Huitième Amendement de la Constitution américaine – ou un « traitement inhumain ou dégradant » au sens de l'article 3 de la Conv. EDH – mais il existe de nombreux cas-limites (la peine de mort est-elle « cruelle » ? la mise à l'isolement est-elle un traitement inhumain et/ou dégradant ?). Cet argument du vague n'est pas faux, mais il est

⁵ On en trouve un bon exemple dans Y. Aguila, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 21, 1995, p. 9-46.

⁶ Il existe des constitutions longues, mais elles arrivent rarement à la cheville des codes de lois. Du reste, ces longues constitutions contiennent souvent des dispositions qui n'ont que peu à voir avec la « matière constitutionnelle ». La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988, l'une des plus longues au monde, contient de nombreuses dispositions qui n'ont rien à y faire. Par exemple, l'article 242§2 : « Le Collège Pedro II, situé dans la ville de Rio de Janeiro, est maintenu dans l'orbite fédérale » ; ou encore l'article 240 : « Art. 240. Les contributions obligatoires actuelles des employeurs retenues sur les salaires et destinées à des entités privées de services sociaux et de formation professionnelle liées au système syndical sont exclues de l'application des dispositions de l'article 195 ci-dessus. » (Les exemples sont multipliables à l'envi). – Je remercie Julien Jeanneney d'avoir attiré mon attention sur ces particularités de la Constitution brésilienne.

très timide, puisqu'il présuppose que l'indétermination constitutionnelle est avant tout affaire de subsomption (de cas récalcitrants sous la règle) ; or non seulement il est évident qu'il s'agit d'un trait partagé par un grand nombre d'énoncés juridiques⁷, mais de surcroît il semble que l'indétermination à l'œuvre au sein du texte constitutionnel soit beaucoup plus radicale : loin d'avoir uniquement affaire à des prédicats vagues, dont la *dénotation* ou la *référence* (*Bedeutung*) n'est pas fixée, l'interprète de la constitution est confronté à des énoncés dont non seulement la *signification* (*Sinn*) n'est pas fixée, mais pour lesquels la fixation de la signification est moralement et politiquement controversée.

C'est ce que souligne l'*argument du poids moral*, selon lequel le langage constitutionnel est nécessairement moralement lesté : l'interprétation est pluraliste en raison du pluralisme qui affecte toute délibération morale.

De fait le caractère vague, le poids moral ne sont pas des traits propres au texte constitutionnel ; de nombreux textes juridiques en sont également revêtus. Mais, la constitution semble les porter à un niveau d'indétermination beaucoup plus élevé. Ce qui a pour effet non seulement de conférer une part de pouvoir discrétionnaire aux organes d'application (quelque chose qui est courant en droit), mais de surcroît de laisser le champ ouvert au conflit des interprétations. C'est ici que se pose la question de la spécificité de la constitution, ou du pluralisme constitutionnel. Alors que le pluralisme interprétatif est généralement résiduel en droit, il semble au contraire central en manière constitutionnelle. Or si la « fonction »⁸ du droit est de résoudre les conflits moraux qui se posent au sein d'une société, du moins dans sa propre sphère (celle du for externe, pour faire vite), alors pourquoi la constitution a-t-elle précisément pour fonction de *laisser ouvert* un tel conflit ? Pourquoi laisser prise à une interprétation libérale tout autant qu'à une interprétation conservatrice de la clause d'égalité de protection du XIV^e Amendement au lieu de résoudre une fois pour toutes le débat ? Il n'est pas certain que cette question puisse trouver une réponse. On en proposera l'esquisse dans le point 4/ ci-dessous.

⁷ Le professeur Otto Pfersmann, qui retient quatre caractères du texte constitutionnel (« le caractère idéologique, l'indétermination, le vague, la généralité »), note que « la différence entre [l]es dispositions [constitutionnelles et les autres] n'est pas qualitative, mais quantitative et structurale. Les propriétés mentionnées se trouvent à différents degrés dans toutes les formulations de normes et les textes constitutionnels les portent simplement au point le plus élevé de l'échelle sans en faire pour autant autre chose » (O. Pfersmann, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 34-35).

⁸ Je mets « fonction » entre autant de guillemets que nécessaire. Les supprimer reviendrait à prendre position dans la controverse qui agite la philosophie du droit contemporaine sur la nature du droit et sur l'existence même d'une telle nature. Aussi bien le présent propos ne doit-il nullement être interprété comme une acceptation de la thèse de Shapiro sur le « but moral » du droit, par exemple (S. Shapiro, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, p. 213)

3/ Le pluralisme interprétatif peut être plus ou moins formalisé dans la doctrine constitutionnelle. L'exemple contemporain le plus frappant est, aux Etats-Unis, l'opposition entre l'originalisme (ancien – « intentionnaliste » *alla* Bork – et nouveau – « textualiste » *alla* Scalia –), la *Living Constitution* ou encore la « lecture morale » défendue par Dworkin. Il est à noter que chacune de ces méthodes est elle-même susceptible de donner lieu à des interprétations pluralistes, voire contradictoires⁹. Cependant, le point théorique intéressant est que chacune prétend à l'hégémonie, et se dote d'outils visant à encadrer le pluralisme, sans toutefois en nier la possibilité. L'une des stratégies les plus sophistiquées en ce sens est la stratégie développée par les auteurs du nouvel originalisme c'est-à-dire des auteurs qui refusent, dans la lignée du juge Scalia, de concevoir l'originalisme comme recherche de l'*intention* des auteurs de la constitution, et qui adoptent une version « textualiste » fondée sur le sens du texte et non sur l'intention de ses auteurs. L'un des outils les plus importants mobilisés par certains de ces auteurs (Barnett, Whittington, et surtout Solum), est en particulier la distinction effectuée entre interprétation et construction¹⁰.

De manière très schématique, on peut dire que l'interprétation et la construction sont deux étapes du raisonnement juridique en général et constitutionnel en particulier. L'interprétation est la fixation du sens linguistique de l'*interpretandum*. Le postulat néo-originaliste est que le sens de l'énoncé est le *sens public original* (*original* ?), c'est-à-dire le sens que lui aurait donné tout locuteur raisonnable vivant à l'époque de l'adoption de l'énoncé (ce que Solum appelle la *Fixation Thesis*). Par conséquent, l'interprétation, *s'il s'agit bien d'une interprétation*, devra récupérer le sens public original. Ceci n'est pas une thèse normative, mais une thèse conceptuelle. Les constructions, par contraste, vont donner un effet juridique à l'interprétation ainsi effectuée, en élaborant un ensemble de règles destinées à combler l'indétermination (ou la sous-détermination) du texte, indétermination *révélée par*

⁹ Un exemple : des membres du *Cato Institute* se réclamant du « nouvel originalisme » ont récemment adressé à la Cour suprême, dans l'affaire *Obergefell v. Hodges*, un mémoire d'*amicus curiae* tendant à montrer qu'une lecture originaliste du XIV^e amendement a pour effet de rendre inconstitutionnelle les prohibitions faites par les Etats aux mariages entre individus du même sexe (v. <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/obergefell.pdf>). Ce n'est le juge Antonin Scalia, qui est pourtant le héraut du nouvel originalisme à la Cour : v. son opinion dissidente sur *Obergefell v. Hodges*, 576 US __ (2015).

¹⁰ 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) mais je le traduis néanmoins par « construction », faute d'équivalent en français. Il faut noter par ailleurs, tous n'entendent pas la distinction de la même manière. C'est surtout la caractérisation de Solum que l'on retient ici (v. L. Solum, « The Interpretation-Construction Distinction », *Constitutional Commentary*, 27, 2010, p. 95-118 ; L. Solum, « Semantic Originalism », manuscrit non publié, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1120244>).

l'interprétation et dont le cas exemplaire est le vague¹¹. Les néo-originalistes sont prompts à accepter le fait qu'en cas d'indétermination, le pluralisme « constructif » est certainement possible : en ce sens l'originalisme nouvelle manière est compatible avec la *Living Constitution*, qui prône l'adaptation permanente de la constitution au contexte social, puisque dans lorsqu'on entre dans la « zone de construction », le texte ne nous dit plus rien, et il faut le suppléer en créant du droit. Cette concession est intéressante, mais il demeure que les néo-originalistes exigent que les constructions demeurent *fidèles* au sens dégagé par l'interprétation, c'est-à-dire au sens public original. Cette exigence est certes normative – et non purement conceptuelle – mais elle se veut néanmoins très contraignante, dès lors que si, *conceptuellement*, le sens des énoncés constitutionnels est fixé par l'interprétation selon le sens public original, alors s'en écarter revient nécessairement à *violer le droit*. – En ce sens, la Constitution n'a d'ailleurs rien de spécifique, la distinction interprétation-construction valant pour l'ensemble des énoncés juridiques.

Ce raisonnement est néanmoins critiquable dès lors que l'on remet en cause la structuration de la distinction interprétation/construction autour de deux étapes distinctes et ordonnées. Si l'on admet en effet que la signification d'un grand nombre de clauses constitutionnelles (tant dans la partie substantielle que dans la partie institutionnelle de la constitution) n'est pas simplement vague ou sous-déterminée, mais qu'elle est essentiellement controversée, ce que « récupère » l'interprétation n'est pas un sens public original unique (ou, à la rigueur, double, en cas d'ambiguïté), mais précisément une série de propriétés qui sont lestées moralement et politiquement¹². Pour reprendre l'expression d'Andrei Marmor, les termes généraux évaluatifs employés par la constitution sont « super-polysémiques »¹³ : ils possèdent une étendue sémantique extrêmement large, et il n'est possible de leur attribuer une signification qu'après examen poussé du contexte – auquel l'interprète n'a que rarement accès – et qu'eu égard à des présupposés axiologiquement non neutres (« *due process* », « égalité »,

¹¹ Prenons un exemple français : à partir de l'expression – vague, on peut l'accorder – « garantie des droits » de l'article 16 de la DDHC, le Conseil constitutionnel va élaborer « un droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (CC, Décision n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*).

¹² C'est d'ailleurs ce que Solum nie expressément lorsqu'il écrit : « *Because interpretation aims at the recovery of linguistic meaning, it is guided by linguistic facts – facts about patterns of usage. Thus, we might say that interpretation is “value neutral,” or only “thinly normative”. The correctness of an interpretation does not depend on our normative theories about what the law should be.* » (L. Solum, « The Interpretation-Construction Distinction », p. 104). Je pense qu'en ce qui concerne l'interprétation d'instruments juridiques infra-constitutionnels, la thèse de Solum est exacte. Il me semble qu'elle est beaucoup plus contestable en matière d'interprétation constitutionnelle. Du reste Solum est prompt à affirmer que la distinction interprétation/construction vaut pour l'ensemble des instruments juridiques.

¹³ V. A. Marmor, « Meaning and Belief in Constitutional Interpretation », *Fordham Law Review*, 82, 2013, p. 589

« *Würde des Menschens* », etc.). 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.

L'hégémonie à laquelle prétend, aux Etats-Unis, le nouvel originalisme (y compris en ce qu'il prétend fournir un cadre à l'inévitable pluralisme au moyen de la distinction interprétation/construction) n'est donc pas fondée, dès lors qu'il ne parvient pas à encadrer un pluralisme beaucoup plus radical que ce qu'il serait prêt à accorder. De surcroît la méthode néo-originaliste, loin de fournir un argument conceptuel sur la nature de l'interprétation constitutionnelle – de telle sorte que ne pas l'adopter reviendrait purement et simplement à violer le droit – est en réalité une thèse purement et intégralement normative. En ce sens, elle n'est qu'une thèse, parmi d'autres, au sein du pluralisme ambiant.

4/ Cet échec est en réalité l'échec d'une tentative de fonder l'*autorité* de la Constitution – l'autorité qu'elle a sur ses interprètes (et sur l'ensemble d'une communauté politique plus généralement). Le pluralisme de l'interprétation apparaît comme le symptôme du caractère introuvable – ou infondable – de l'autorité de la constitution. Il y a plusieurs arguments, par ailleurs triviaux, qui rendent problématique l'idée selon laquelle la constitution serait dotée d'une autorité qui, par elle-même, s'imposerait à ses interprètes et par laquelle ceux-ci seraient liés. On peut par exemple affirmer que la constitution est un texte dont l'auteur est introuvable¹⁴. Contrairement aux autres normes juridiques, pour lesquels existe un auteur juridiquement habilité (le législateur, les autorités administratives, etc.), lequel peut n'être pas identique aux rédacteurs du texte – assistants parlementaires, services du secrétariat général du gouvernement, etc. –, la constitution n'a pas pour auteur un *organe*, mais ce qu'il est convenu d'appeler le pouvoir constituant. C'est d'ailleurs un point sur lequel les néo-originalistes se sont fondés pour disqualifier l'interprétation fondée sur l'intention¹⁵ : l'intention des *rédacteurs* (que sont, par exemple, les *Framers*...), fussent-ils une assemblée délibérante, ne nous dit rien sur l'intention de l'*auteur* qui a ratifié la Constitution. Cela est *a fortiori* le cas pour la Constitution du 4 octobre 1958, qui n'a pas été rédigée par une assemblée constituante. Comme l'écrit Yann Aguila : « Les rédacteurs de la Constitution de

¹⁴ On trouvera des réflexions sur ce sujet beaucoup plus profondes que celles développées ici dans l'impressionnant article d'O. Cayla, « La chose et son contraire (et son contraire etc.) », *Les Etudes philosophiques*, 1999/3 p. 307 *et sq.*

¹⁵ V. par exemple K. Whittington, « On Pluralism within Originalism » in G. Huscroft et B. Miller (dir.), *The Challenge of Originalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 72.

1958 sont des hauts fonctionnaires, des membres du gouvernement et du CCC. Mais en droit l'unique auteur, le seul dont il convient le cas échéant de rechercher l'intention est le peuple français »¹⁶.

Si ces considérations suffisent à disqualifier toute tentative de fonder l'autorité de la Constitution sur l'intention de ses auteurs, elles n'en sont pas pour autant plus tendres à l'endroit de la tentative de fonder l'autorité de la constitution sur le sens public original du texte, c'est-à-dire en réalité sur l'homme raisonnable du XVIIIe siècle (ou du milieu du XXe siècle). Comme l'écrit avec humour Steven Smith : « *It may be irksome to be ruled by people who died generations ago, but isn't it an even greater indignity to be bossed around by a purely fictional character who never actually lived at all?* »¹⁷ Il semble difficile d'expliquer pourquoi des mots nus sur une page – ou, si l'on préfère, le locuteur moyen de telle ou telle époque – auraient *autorité* sur nous.

L'idée qui sera défendue ici est que l'autorité de la constitution repose, dans une très large mesure, sur l'autorité de ses interprètes eux-mêmes¹⁸. La constitution fournit le cadre (souvent très restrictif d'ailleurs) à partir duquel, au moyen d'interprétations plus ou moins conservatrices ou innovantes, l'activité politique va être conduite et les conflits moraux temporairement résolus. Mais il faut convenir que ce cadre lui-même (ce que S. Levinson appelle « *Constitution of Settlement* »¹⁹) résulte bien davantage d'un consensus interprétatif (parfois inconscient) que de l'intention des auteurs ou du sens nu du texte. Il est certain que de nombreuses dispositions constitutionnelles ne laissent place à aucun dissensus – et que pour ces dernières, il n'y a pas lieu de s'éloigner du sens évident des mots, c'est-à-dire en réalité de l'intention²⁰ communicationnelle que l'on prête à tout locuteur raisonnable, le constituant étant réputé être composé de locuteurs raisonnables. Mais, ici encore, la pratique constitutionnelle invite à la prudence : le cas emblématique (qui fait dire à des auteurs comme

¹⁶ Y. Aguila, *cit.* On laisse ici de côté le problème du pouvoir constituant dérivé (l'article 89 al. 3 C prévoit bien, en cas de projet de loi constitutionnelle, que la ratification – ou plutôt l'approbation – de la révision soit effectuée par un organe, le Congrès, qui en devient alors l'auteur juridique). C'est un débat doctrinal qui a été (et est encore) en France trop vif et trop complexe pour qu'on tente d'y consacrer un développement qui serait en tout état de cause trop superficiel.

¹⁷ S. Smith, « What Does Constitutional Interpretation Interpret ? », in G. Huscroft (dir.), *Expounding the Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 28

¹⁸ Cette idée a été défendue de manière sophistiquée par J. Raz, « On the Authority and Interpretation of Constitutions » in J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁹ S. Levinson, *Constitutional Faith*, 2^e éd., Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 257 *sq.* On retrouve en quelque sorte cette même idée dans la notion de « framework » défendue par J. Balkin (v. J. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 21 *et sq.*).

²⁰ Le textualisme est un intentionnalisme masqué. Pour une démonstration très convaincante, v. S. Neale, « Textualism with Intent » (manuscrit non publié)

A. R. Amar qu'il révèle une « Constitution non écrite »²¹) est celui de l'incorporation du Premier Amendement (comme d'ailleurs d'autres amendements du *Bill of Rights*), par lequel la Cour suprême l'a rendu opposable non seulement au Congrès (seul mentionné dans le texte), mais également aux Etats ainsi qu'aux autres pouvoirs publics fédéraux. Le consensus constitutionnel est donc par nature instable et il est sujet à évolution. Le cadre n'est pas établi une fois pour toutes, et le passage du noyau à la pénombre (pour reprendre une métaphore célèbre) est beaucoup plus fréquent que ce que les néo-originalistes voudraient faire croire.

Le constat – pas très original, à vrai dire – selon lequel l'autorité de la constitution est avant tout l'autorité de ses interprètes, ou, en tout cas repose sur cette dernière, ne se confond pas avec l'affirmation simpliste selon laquelle « la constitution est ce que les juges disent qu'elle est ». Il ne conduit pas non plus à se jeter dans les bras d'une théorie réaliste de l'interprétation – même s'il s'en rapproche par certains aspects²². – Il invite uniquement à considérer que le chemin du texte à la norme est, en matière constitutionnelle, beaucoup plus escarpé que dans le reste du droit. Les théories interprétatives normatives qui prétendent à l'hégémonie procèdent toutes de l'hypothèse selon laquelle si la constitution est dotée d'autorité, alors seule la méthode qu'elles défendent défère correctement à cette autorité. Mais cette prétention est illusoire, du moins dans les cas, très nombreux, où l'*interpretandum* est super-polysémique au sens esquissé plus haut ainsi que dans ceux où le consensus constitutionnel s'effrite. La légitimité de l'interprétation ne dépendra alors pas de l'autorité d'un texte muet, de l'intention d'un auteur inexistant, ou encore de vérités morales objectives dont le texte serait le reflet, mais du fond de la délibération politique et morale dont cette interprétation est le fruit.

²¹ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution*, New York, Basic Books, 2012, *spéc.* p. 33 *et sq.*

²² On pourrait d'ailleurs reprocher à la TRI, qui, tant en France qu'en Italie, a été élaborée par des constitutionnalistes, d'extrapoler de l'interprétation constitutionnelle à l'ensemble de l'interprétation juridique.