

## Thibault Carrère

**Jack M. BALKIN, *Le constitutionnalisme américain.*  
*Au-delà de la Constitution des origines et de la constitution vivante,*  
Paris, Dalloz, 2016**

*Tous les hommes louent le passé et blâment le présent, et souvent sans raison. Ils sont tellement fêrus de ce qui a existé autrefois, que non seulement ils vantent les temps qu'ils ne connaissent que par les écrivains du passé, mais que, devenus vieux, on les entend prôner encore ce qu'ils se souviennent d'avoir vu dans leur jeunesse. Leur opinion est le plus souvent erronée, et pour diverses raisons. La première, c'est qu'on ne connaît jamais la vérité tout entière sur le passé. On cache le plus souvent les événements qui déshonoreraient un siècle ; et quant à ceux qui sont faits pour l'honorer, on les amplifie, on les raconte en termes pompeux et emphatiques. La plupart des écrivains se laissent si bien subjugués par le succès des vainqueurs, que, pour rendre leurs triomphes plus éclatants, non seulement ils exagèrent leurs succès, mais la résistance même des ennemis vaincus ; en sorte que les descendants des uns et des autres ne peuvent s'empêcher de s'émerveiller devant de tels hommes, de les louer et de les aimer. La seconde raison, c'est que les hommes ne haïssent que par crainte ou par envie, deux mobiles qui meurent avec les événements passés, lesquels ne peuvent inspirer ni l'une ni l'autre. Mais il n'en est pas ainsi des événements où nous sommes nous-mêmes acteurs, ou qui se passent sous nos yeux : la connaissance que nous en avons est entière ; rien ne nous en est dérobé. Ce que nous y apercevons de bien est tellement mêlé de choses qui nous déplaisent, que nous sommes portés à les juger plus sévèrement que le passé, quoique souvent le présent mérite réellement plus de louanges et d'admiration.*

Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Livre II, Avant-propos

**L**e constitutionnalisme américain. *Au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*, paru en 2016 est la traduction de l'ouvrage de Jack Balkin, *Living Originalism*, paru en 2011. Jack Balkin est professeur de droit, diplômé de Harvard et de Cambridge, il occupe aujourd'hui la chaire Knight à la *Yale Law School*. Il semble difficile de retranscrire en quelques pages toute la richesse et la densité de l'ouvrage de Jack Balkin. Cette étude se place dans un champ doctrinal spécifique, et les prises de position de l'auteur laissent transparaître toute la subtilité des controverses constitutionnelles d'outre-Atlantique. Il faut donc rapidement présenter la controverse fondamentale qui structure ce champ doctrinal et l'ouvrage de Jack Balkin : l'opposition entre originalisme et constitution vivante.

L'originalisme est une doctrine présente aux États-Unis, défendue à la fois par des professeurs de droit et par des juges, selon laquelle l'interprète de la constitution doit s'en tenir au contenu explicite ou implicite du texte constitutionnel. À ce titre, les originalistes ont d'abord défendu l'idée de retrouver l'intention originelle (*original intent*) des rédacteurs ou de ceux qui ont adopté le texte constitutionnel. Cette approche subjective pose problème, notamment parce que l'appréhension de l'intention originelle s'avère particulièrement difficile, et risque de tomber dans une forme de psycholo-

gisme. C'est pourquoi les originalistes ont opéré une objectivisation<sup>1</sup> du contrôle en recherchant la signification originelle (*original meaning*) de la Constitution. Cette doctrine est apparue aux États-Unis à la fin des années 1960 et au début des années 1970<sup>2</sup>, et a connu un large essor dans les années 1980<sup>3</sup> chez des juristes conservateurs dans le but de limiter le pouvoir créateur du juge et en réaction à l'interprétation extensive de la Constitution opérée par la Cour Warren. Afin de faire face à cette lecture conservatrice de la Constitution, la doctrine progressiste a fait sien l'argument originaliste<sup>4</sup>. Les auteurs progressistes se sont mis à la recherche d'un « passé utilisable<sup>5</sup> » c'est-à-dire une lecture historique de l'origine de la Constitution permettant de poursuivre des objectifs progressistes<sup>6</sup>. De la sorte, l'originalisme a eu une influence primordiale sur l'intégralité de la pensée constitutionnelle aux États-Unis. À cette théorie originaliste s'oppose la théorie de la constitution vivante<sup>7</sup>. Celle-ci se déploie en un volet descriptif et prescriptif. D'un point de vue descriptif, le constitutionnalisme vivant renvoie au constat d'un écart entre le texte constitutionnel et la pratique des organes politiques et juridictionnels résultant de son interprétation. D'un point de vue prescriptif, il sert à prôner une adaptation du texte constitutionnel, parfois ancien, aux exigences contemporaines de la société. À l'inverse des auteurs originalistes, les défenseurs de la constitution vivante défendent donc une interprétation extensive et créatrice de la part du juge.

Le titre de l'ouvrage, en anglais comme en français, illustre la volonté de Jack Balkin d'aller au-delà de cette opposition binaire. Du point de vue de l'auteur, ces deux théories se rejoignent, car elles exigent un attachement

---

<sup>1</sup> Sur ce processus d'objectivation, voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre majoritaire*, Paris : Dalloz, 2017, p. 213 sqq.

<sup>2</sup> R. BERGER, *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1969. Pour une étude générale, voir J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics. A constitutional history*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005.

<sup>3</sup> C'est à cette époque que le terme originalisme semble apparaître. C'est aussi à cette époque qu'Antonin Scalia, un juge ouvertement originaliste, est nommé à la Cour suprême par le Président Ronald Reagan. Voir à ce titre R. BERGER, « Originalist Theories of Constitutional Interpretation », *Cornell Law Review*, vol. 73, n° 2, 1988, p. 350-358. ; R.H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990 ; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

<sup>4</sup> M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis », *APD*, n° 44, 2000, p. 419. Qu'il nous soit également permis de renvoyer à Th. CARRÈRE, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, Thèse de droit public, Université de Montpellier, 2017, p. 363 sqq.

<sup>5</sup> C.R. SUNSTEIN, « The Idea of a Useable Past », *Columbia Law review*, 1995, vol. 95, n° 3, avril 1995, p. 601-608.

<sup>6</sup> R. POST et R. SIEGEL, « Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution », *Fordham Law Review*, 2006, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545-574.

<sup>7</sup> Pour une étude centrée sur les États-Unis, voir A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Garnier, 2014. Pour une étude de droit italien, voir C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2003.

partagé au texte et aux principes de la constitution (I). Si le débat entre originalisme et constitution vivante est souvent présenté comme portant sur les méthodes d'interprétation et de construction constitutionnelles, pour le professeur de Yale, la question de l'interprétation de la constitution n'est pas la seule à l'œuvre dans ce débat. Jack Balkin considère, en effet, que toute théorie de l'interprétation de la constitution est aussi une théorie de la légitimité du système constitutionnel dans son ensemble. Ainsi, la « méthode du texte et du principe » n'est pas seulement, ni même premièrement, un guide à destination du juge lorsqu'il interprète le texte constitutionnel, mais la défense d'une théorie démocratique du constitutionnalisme (II).

## I. LA RECHERCHE D'UNE TROISIÈME VOIE ENTRE ORIGINALISME ET CONSTITUTION VIVANTE

Jack Balkin s'intéresse en premier lieu à l'interprétation de la Constitution américaine. C'est d'abord autour de cette question que se cristallise l'opposition entre originalisme et constitutionnalisme vivant. Pour Jack Balkin, cette opposition est largement dramatisée. Le professeur de Yale considère que l'originalisme et le constitutionnalisme vivant sont en réalité « le recto et le verso de la même pièce » (p. 42). La compatibilité entre originalisme et constitutionnalisme vivant, revendiquée par l'auteur, n'est toutefois possible qu'au prix d'une conception particulière de ces deux théories. S'agissant de la première de ces théories<sup>8</sup>, Jack Balkin défend un « originalisme du cadre » par opposition à un « originalisme de l'édifice » (p. 43 *sqq.*). L'originalisme de l'édifice se caractérise par la croyance selon laquelle la constitution est globalement un produit fini. La législation démocratique n'est qu'un droit ordinaire, autorisé dans les limites de la constitution. À ce titre, le travail du juge serait purement formel, il ne serait qu'une question de méthodologie éloignée de toute considération politique. À l'inverse, l'originalisme du cadre repose sur l'idée selon laquelle la constitution est un cadre initial, susceptible d'être interprété et complété par des constructions constitutionnelles émanant de la législation ordinaire. La constitution n'est plus un produit fini, mais une norme en perpétuelle évolution. La méthode « du texte et du principe » défendue par l'auteur est une forme d'originalisme du cadre, faisant sien le volet descriptif du constitutionnalisme vivant, à savoir le nécessaire écart entre le texte constitutionnel et la pratique. Cet originalisme singulier repose sur une distinction empruntée à Keith Whittington entre « interprétation constitutionnelle » et « construction constitutionnelle<sup>9</sup> ». Pour le lecteur français, cette distinction n'est pas sans rappeler, celle entre interprétation comme acte de connaissance et interprétation comme acte de volonté. On pourrait d'ailleurs regretter que l'auteur ne s'engage jamais dans une étude des auteurs européens particulièrement prolifiques à ce sujet – tels que Kelsen par exemple –

---

<sup>8</sup> Pour une étude récente, en langue française, de la diversité des théories originalistes, voir M. CARPENTIER, « Variations autour de l'originalisme », *RFDC*, vol. 107, n° 3, 2016, p. 739-744.

<sup>9</sup> K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

pour rester dans une optique franchement américano-centrée. Pour Jack Balkin, cependant, la distinction entre interprétation et construction ne doit pas être surestimée. En réalité, il s'agit davantage d'une distinction temporelle que conceptuelle. Toute interprétation implique dans un premier temps la recherche d'un sens et, dans un deuxième temps, la construction d'une solution juridique à un problème donné. Cette activité de construction ne peut pas être écartée, elle est simplement plus ou moins libre en fonction du texte appliqué (p. 24-27).

L'originalisme de Balkin est donc essentiellement formaliste, il s'intéresse moins au contenu du texte constitutionnel qu'au degré de généralité des énoncés linguistiques qu'il contient. À cet égard, il différencie trois types de normes : les règles, les principes et les standards. Ces trois types traduisent, de la part des constituants, un encadrement distinct de la liberté attribuée aux générations futures dans la mise en œuvre de la constitution. Les règles sont des énoncés particulièrement précis et, à ce titre, n'engagent aucun travail de construction de la part des interprètes de la constitution. C'est le cas, par exemple, de la majorité des règles procédurales de la constitution américaine, comme l'âge imposé pour être Président, ou la composition du Sénat. À l'inverse, les principes et les standards, présents par exemple dans les déclarations de droits, laissent une marge de manœuvre importante aux interprètes futurs du texte constitutionnel. C'est une forme de délégation consentie aux générations futures. Toutefois, ces principes ou standards ne laissent pas une liberté totale aux interprètes, les constructions fondées sur ces principes sont soumises à une exigence de cohérence à leur égard (p. 23-24 ; p. 27-29 ; p. 69-72)<sup>10</sup>.

Loin d'un réalisme juridique radical, Jack Balkin renoue avec un certain formalisme, inhérent à tous les originalismes : le texte constitutionnel limite l'étendue de la construction constitutionnelle. Le texte agit comme une contrainte interne, à condition que l'interprète souhaite être fidèle au texte constitutionnel. C'est le concept de « fidélité à la constitution » – défini comme l'application de « son texte et ses principes à nos circonstances présentes et [...] [l']usage de toute la tradition d'opinions et de précédents, qui ont cherché à défendre et à mettre en œuvre la constitution » (p. 42) – qui permet à l'auteur de distinguer la construction de la violation de la Constitution (p. 118). Cette fidélité au texte constitutionnel est déduite du caractère écrit de la Constitution. Aux contraintes de la forme du texte, s'ajoutent les contraintes institutionnelles pesant sur l'interprète de la constitution, qui émanent notamment des pouvoirs constitués. Ces contraintes sont alors de nature sociologique.

Apparaît ici la singularité de la conception de la Constitution vivante de Jack Balkin. Celle-ci se caractérise toujours par la capacité de l'interprète à renouer avec le texte constitutionnel d'origine, et ne saurait justifier

---

<sup>10</sup> L'argument de l'originalisme du cadre est « un argument qui demande que soit pris au sérieux le choix de la Constitution de recourir à des règles, des principes, des standards et des silences. [...] En réalité, si nous adhérons à la signification originelle de la Constitution et au choix de règles, de standards et de principes, propres à la Constitution, nous interprèterons inévitablement la Constitution selon la "signification" contemporaine au sens à la fois des applications contemporaines et des constructions contemporaines » (p. 71).

n'importe quelle construction constitutionnelle. Dans le même temps, le caractère formaliste de sa théorie laisse de la place à la construction constitutionnelle et se détache de l'originalisme, dans sa version ancienne comme moderne. Dans cette perspective, l'histoire est sans cesse réinterprétée à l'aune du présent. Il faut étudier l'histoire pour connaître la signification originelle de la Constitution, mais cette signification évolue sans cesse, car l'historien n'est jamais le même. L'histoire n'est jamais écrite que dans le présent<sup>11</sup> et à la lumière de son utilité pour le présent<sup>12</sup>. De la sorte, contrairement à ce que pensent les tenants du constitutionnalisme vivant, l'histoire est toujours utile, elle nous livre un vocabulaire et des concepts. J. Balkin met en exergue le fait que les controverses sur l'interprétation contemporaine de la constitution – à tout le moins aux États-Unis – se font par un retour au passé, au texte de la constitution. Si l'on suit J. Balkin, l'histoire ne peut qu'être instrumentalisée au profit du temps présent, mais ce n'est pas problématique : ce type d'interprétation témoigne de notre fidélité à un projet constitutionnel qui se déploie sur plusieurs générations. La référence au texte de la Constitution n'est donc pas anodine, celui-ci est un instrument qui nous lie, nous garantit que nous parlons le même langage, et que nous sommes, malgré nos désaccords interprétatifs, au sein d'une seule communauté politique qui se reconnaît dans le texte constitutionnel.

Jack Balkin unifie donc les différentes théories de l'interprétation de la constitution, en montrant que l'originalisme ne peut se faire sans construction et que la constitution vivante implique toujours un retour au texte. Le débat technique sur l'interprétation constitutionnelle par le juge devient donc secondaire. Il se déplace alors vers la question de la légitimité, et donc de l'identité de l'interprète légitime de la constitution<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> « Pour appréhender ce qu'il y a de commun entre nos aspirations et celles des générations précédentes, il n'est pas nécessaire de formuler les principes constitutionnels précisément de la même manière que les générations précédentes. Nous essayons d'interpréter le passé dans le présent comme formulant des principes envers lesquels nous sommes encore engagés aujourd'hui. Quand nous vouons fidélité au passé, nous le faisons toujours du point de vue du présent. La fidélité au passé est une décision d'aujourd'hui à propos de ce envers quoi nous sommes engagés, vu avec le regard des contemporains. Nous ne pouvons pas être fidèles dans un temps autre qu'aujourd'hui et nous ne pouvons pas avoir une autre perspective que celle que nous adoptons maintenant. Et, comme le présent est toujours en mouvement vers l'avenir, il en va de même de notre situation et donc de notre perspective. Ce sont les conditions inextricables de la fidélité à une tradition de foi qui se perpétue et à une pratique politique qui se continue » (p. 385).

<sup>12</sup> Pour une perspective similaire, qu'il nous soit permis de renvoyer à Th. CARRÈRE, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus Politicum*, juin 2015, n° 14, disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Sur-le-neo-republicanisme-et-la-science-de-l-histoire-constitutionnelle-1005.html>.

<sup>13</sup> Pour l'auteur « [l']idée que la Constitution doit être “notre droit” nous conduit au concept de légitimité. Les préoccupations liées à la question de la légitimité garantissent les théories de l'interprétation constitutionnelle. Et réciproquement, nous soutenons des théories différentes de l'interprétation constitutionnelle ou nous nous y opposons, en invoquant leurs effets sur la légitimité » (voir p. 101).

## II. UNE THÉORIE DÉMOCRATIQUE DU CONSTITUTIONNALISME

L'apport principal du livre de Jack Balkin est le lien qu'il établit entre les différentes théories de l'interprétation de la constitution et la conception de la légitimité du système juridique que s'en font leurs auteurs (p. 101 *sqq.* et p. 465 *sqq.*). Jack Balkin nous renseigne sur le rôle que joue une constitution dans un État démocratique et, réciproquement, sur le rôle du processus démocratique sur l'évolution de la constitution.

En ce sens, si l'originalisme limite le pouvoir créateur du juge par la nécessité de demeurer fidèle au texte constitutionnel, c'est parce que la constitution est un produit de la souveraineté du peuple. La légitimité démocratique se trouve dans l'acte initial de législation. Le constitutionnalisme vivant, pour sa part, défend l'idée que la légitimité du système constitutionnel ne se réduit pas au respect de la signification originelle (même si ce dernier est nécessaire d'après la conception qu'en a l'auteur), mais s'étend au fait que l'évolution du sens de la constitution à travers le temps demeure le résultat d'un processus démocratique légitime. En somme, les changements dans l'interprétation de la Constitution étant inéluctables – contrairement à ce que pensent les originalistes –, au moins faut-il qu'ils soient légitimes.

L'auteur distingue trois sens qui sont attribués à la Constitution. Celle-ci est perçue ou envisagée à la fois comme un « droit fondamental », un « droit supérieur » et « notre droit » (p. 95 *sqq.*). D'abord, par « droit fondamental », Jack Balkin entend la constitution en un sens formel : la constitution « pose un cadre de base pour le gouvernement qui promeut la stabilité politique et alloue des droits, des devoirs, des pouvoirs et des responsabilités. Elle [...] est le droit qui est au fondement (ou le droit suprême) et qui prévaut sur tout droit contraire » (p. 95). Ensuite, par « droit supérieur », l'auteur envisage la constitution essentiellement d'un point de vue matériel, renvoyant à « une réserve de valeurs et de principes ». En conséquence « la Constitution prévaut sur le droit ordinaire, non seulement parce qu'elle est juridiquement ou du point de vue procédural antérieure à lui, mais également parce qu'elle représente des valeurs importantes qui doivent prévaloir sur le droit ordinaire » (p. 96). Enfin, l'auteur considère la constitution comme étant « notre droit ». Elle permet au peuple de se penser comme « un sujet collectif qui perdure à travers le temps » (p. 96). Cette troisième perception de la constitution met alors en lumière l'ancrage sociologique d'une constitution donnée et du système juridique auquel elle est liée. En premier lieu, la constitution américaine, du fait de sa longévité, est « un projet politique à long terme auquel de nombreuses générations différentes auront à participer » (p. 97). En deuxième lieu, la constitution américaine renvoie à « un inventaire de récits, de symboles et de compréhensions qui lie les gens entre eux et en fait un peuple » (p. 97). En vertu des trois significations présentées par l'auteur, la constitution n'est donc pas une norme comme les autres.

Plus particulièrement, considérer la constitution comme « notre droit » permet à Jack Balkin de défendre une conception démocratique du constitutionnalisme, conciliant originalisme et constitution vivante. Cette théorie a une dimension à la fois descriptive et prescriptive : d'une part, l'auteur observe que l'évolution de la constitution américaine se fait par un processus démocratique, dont le juge n'est qu'un participant parmi d'autres ; d'autre

part, il estime que l'évolution de la constitution se doit de répondre à un processus démocratiquement légitime. Cette légitimité est dépendante d'autres types de légitimités : morale, sociologique, procédurale (p. 102). Toutefois, la légitimité démocratique dudit processus ne doit pas être confondue avec ces autres types de légitimité, elle ne doit pas s'y réduire. La légitimité morale notamment, c'est-à-dire la conformité à certains idéaux de justice, ne doit pas occulter la légitimité démocratique. En cela, J. Balkin s'oppose aux autres théoriciens de la constitution vivante qui tendent à centrer leurs réflexions sur le travail du juge<sup>14</sup>. Jack Balkin critique ainsi assez largement ce qu'il nomme « l'idolâtrie constitutionnelle » qui tend à confondre la politique et la justice<sup>15</sup>. Pour l'auteur de *Living originalism*, si le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation de la constitution, il n'en détient pas le monopole. Il se prononce d'ailleurs souvent après que l'évolution de la signification de la constitution a eu lieu, pour acter des changements dans l'opinion publique. Cela est notamment dû aux contraintes sociologiques pesant sur les juges, liées à leur mode de nomination par exemple (p. 38-42 ; p. 67-69 ; p. 417-421). Ce sont d'abord les citoyens, et ensuite les institutions politiques qui sont les véritables responsables de l'évolution du sens de la Constitution. La théorie de Jack Balkin n'a pas vocation à discriminer ces évolutions du point de vue de la philosophie morale. Il constate par exemple que les décisions progressistes de la Cour Warren trahissent assez largement le consensus progressiste des années 1960. Les décisions conservatrices actuelles de la Cour suprême ne sont que le résultat d'une évolution conservatrice de la société dans son ensemble (p. 454-460). L'auteur prend ainsi exemple de l'arrêt *Heller* venant consacrer, sur fondement du II<sup>e</sup> amendement un « droit individuel à se servir d'armes d'autodéfense<sup>16</sup> ». Rien ne nous permet de nous y opposer, si ce n'est le caractère toujours inachevé de la construction, c'est-à-dire la possibilité à terme de revenir sur l'interprétation conservatrice de la Constitution si la demande sociale est suffisante.

Cette théorie peut paraître désabusée, mais, en réalité, elle apparaît particulièrement séduisante d'un point de vue démocratique : il ne tient qu'à nous, qu'à notre activité politique normale de faire évoluer le sens de la constitution, car celle-ci est « notre droit ». Le point fondamental à l'origine de l'évolution des interprétations de la constitution est le désaccord qui ca-

---

<sup>14</sup> L'auteur vise en cela essentiellement le travail de Ronald Dworkin. À ce titre, voir R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1997 ; *id.*, *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs* [2011], Paris, Labor et Fides, 2015.

<sup>15</sup> « L'idolâtrie constitutionnelle confond les produits de la politique avec l'idéal de justice. Elle court-circuite le projet de rédemption constitutionnelle, en supposant que cette rédemption a déjà eu lieu. En un sens, l'idolâtrie constitutionnelle est l'opposé même du constitutionnalisme rédempteur, qui soutient que la pratique constitutionnelle est toujours ouverte sur l'avenir et doit toujours faire l'objet d'un examen critique, et même (voire particulièrement) si la Constitution sert de "droit supérieur" pour juger le droit ordinaire et lui imposer un standard de qualité. Il n'est possible d'éviter les dangers de l'idolâtrie qu'en étant d'une parfaite honnêteté – à la fois, à propos des faiblesses de la Constitution et de ses facultés de rédemption » (voir p. 121).

<sup>16</sup> *District of Columbia et al. v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

ractérise toute société démocratique (voir chapitre 8)<sup>17</sup>. C'est parce que nous sommes en désaccord sur les interprétations à donner au texte constitutionnel que notre activité politique importe et se donne pour objectif de faire triompher – seulement temporairement – la solution qui convient au plus grand nombre. Le caractère éphémère des interprétations constitutionnelles – c'est-à-dire la capacité toujours présente de les faire évoluer – est le gage d'une conception démocratique du constitutionnalisme, car la délibération démocratique restera toujours ouverte. L'auteur rejoint dès lors les tenants du constitutionnalisme politique et du constitutionnalisme populaire. Il rejette la distinction entre politique constitutionnelle et politique normale (p. 421 *sqq.*), puisque les constructions constitutionnelles sont le fruit de l'activité politique de tous les jours<sup>18</sup>. En décrivant l'articulation entre les revendications juridiques des groupes politiques et la traduction juridique qui en sera faite par les professionnels du droit (voir p. 122 *sqq.*), Jack Balkin tend à remettre en cause la séparation apparemment trop nette entre le droit et la politique. Il se penche ainsi sur l'une des ambitions fondamentales du constitutionnalisme politique et du constitutionnalisme populaire : celle d'« élargir le cercle des participants au processus de création de normes de rang constitutionnel<sup>19</sup> ».

\*

À l'issue de la lecture de cet ouvrage, le lecteur français pourra être animé par deux sentiments : l'impression d'avoir lu un ouvrage important, et la perplexité sur la possibilité d'en tirer des enseignements dans le cadre français. La théorie de Jack Balkin apparaît, en effet, particulièrement limitée, de l'aveu même de l'auteur, aux États-Unis. Les particularités de la Constitution américaine sont très souvent mises en avant, sur des points centraux de sa théorie : le rôle joué par la *common law*, la longévité de la Constitution de 1787, le nombre réduit des amendements, l'adhésion du peuple à sa Constitution sont autant d'éléments dont il n'est pas sûr qu'ils soient présents dans tous les États. En outre, le lecteur français peu habitué aux lectures américaines pourra être décontenancé par l'utilisation régulière d'un vocabulaire religieux : la « foi », la « fidélité », la « rédemption », le « catéchisme constitutionnel » sont souvent invoqués à l'appui de la démonstration et constituent même, pour certains, des concepts centraux de la théorie de l'auteur. Si cela semble assez courant aux États-Unis, la doctrine française nous paraît moins encline à l'utilisation de ce vocabulaire.

---

<sup>17</sup> L'auteur partage ainsi, sans pour autant le citer, le point de vue de Jeremy Waldron. À ce titre, voir J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

<sup>18</sup> On retrouve cette idée chez Richard Bellamy par exemple. À ce titre, voir R. BELLAMY et J. SCHÖNLAU, « La normalité de la politique constitutionnelle. Analyse de la rédaction de la Charte européenne des droits fondamentaux », *ARP*, n° 49, 2005, p. 85 ; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

<sup>19</sup> A. VLACHOGIANNIS, « Préface », in J. BALKIN, *Le constitutionnalisme américain. Au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*, Paris, Dalloz, 2016, p. 15

Pour autant, cela ne signifie pas que le lecteur français ne puisse pas trouver une utilité à cet ouvrage. D'abord, parce que celui-ci lui apportera une connaissance renouvelée des débats constitutionnels américains, en langue française. Ensuite, parce que cet ouvrage examine des questions majeures du droit constitutionnel, qui se posent dans tous les pays : comment interpréter une constitution ? Comment évolue une constitution écrite ? Quel est le rôle de l'histoire dans l'étude du droit constitutionnel ? Enfin, parce que la théorie du droit ne saurait dissoudre tout argument dans le contexte de son invocation.

**Thibault Carrère**

*Docteur en droit public de l'université de Montpellier, CERCOP.*