

DAVID MONGOIN

Apostolos Vlachogiannis,
La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis
et la Constitution,
préface d'Olivier Beaud, Paris, Classiques Garnier,
coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », n° 4, 2014, 643 p.

Jusqu'à quel point une Constitution s'identifie-t-elle au texte écrit ? L'écrit prétend figer le temps dans une forme, mais peut-il s'immuniser vraiment contre le simple écoulement du temps ? N'est-ce pas le destin paradoxal de toute Constitution écrite que de faire naître une constitution non écrite ? Le temps est par définition un facteur de corruption, mais peut-il être aussi un facteur de progrès ? Telles sont certaines des questions qui émergent de la lecture de l'ouvrage de M. Apostolos Vlachogiannis. Intitulé *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, ce livre se présente comme la version publiée d'une thèse dirigée par le professeur Olivier Beaud et soutenue à l'été 2011 à l'Université Panthéon-Assas.

Sans préjuger encore du contenu de l'ouvrage, on ne peut que se réjouir d'une telle publication¹, et ce à un double titre: d'abord de voir s'enrichir une nouvelle fois² la bibliothèque française de droit constitutionnel américain alors que ce champ a été pendant trop longtemps laissé en jachère³ ; ensuite de voir un doctorant s'emparer d'une thématique aussi ambitieuse pour en faire l'objet d'un travail de thèse.

¹ On peut s'en réjouir d'autant plus que le prix de l'ouvrage est relativement modéré. On ne peut que dénoncer le prix désormais le plus souvent exorbitant des thèses, qui est de nature non plus seulement à faire fuir les étudiants, mais aussi de plus en plus leurs professeurs ! Si l'on considère qu'une part très importante de la recherche en droit s'effectue par le truchement des thèses, la question de leur prix ne saurait être considérée comme un point anecdotique, mais possiblement comme un élément explicatif du décalage que l'on peut parfois ressentir entre les développements des ouvrages pédagogiques (type manuel) et ceux de ses ouvrages scientifiques que sont les thèses, ou en tout cas de certaines d'entre elles.

² On songe ici, par exemple, à l'ouvrage récent d'Élisabeth Zoller (*Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Dalloz, 2011), à celui de Julien Boudon (*Le frein et la balance. Études de droit constitutionnel américain*, Mare et Martin, 2010), ou encore à l'ambitieuse et volumineuse *Histoire constitutionnelle des États-Unis* d'Arnaud Coutant (les deux premiers volumes, sur les quatre annoncés, sont parus respectivement aux éditions Mare et Martin en 2012 et 2014).

³ L'ouvrage de Bernard Gilson (*La découverte du régime présidentiel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1968) a pendant trop longtemps été le seul ouvrage de référence avec

Disons-le d'emblée, ce travail de droit étranger est d'une grande richesse et on y apprend beaucoup, évidemment sur la thématique même de l'ouvrage, mais aussi plus largement puisque l'auteur fait découvrir à ses lecteurs la pensée non seulement de grands juges de la Cour suprême (par exemple Frankfurter ou Brandeis), mais aussi celle de la doctrine constitutionnelle américaine ancienne (par exemple Edward Corwin) et récente (par exemple Jack Balkin). L'érudition de l'auteur est grande et ses analyses le plus souvent très fines. Ce travail deviendra, à n'en point douter, une référence incontournable dans la mesure où M. Vlachogiannis, par un travail sur des sources de première main, défriche très utilement un champ largement méconnu de la doctrine constitutionnelle française.

Il va de soi que cette recension ne peut avoir ni pour objectif ni pour ambition de synthétiser six-cent pages de texte, mais seulement de présenter tant les cheminements et les résultats obtenus que les interrogations parfois critiques qu'ils suscitent⁴. Les critiques qui seront formulées ici le seront, en tout cas, au sens d'Eisenmann pour qui « la critique est la forme supérieure de l'éloge ».

Si toute authentique thèse est d'abord et avant tout une hypothèse, celle-ci ne déroge pas à la règle étant construite, en fin de compte, comme une tentative de réponse à la question simple et spécifique du constitutionnalisme américain : comment comprendre qu'un texte constitutionnel qui date de la fin du XVIII^e siècle parvienne encore à régir une société du XXI^e siècle⁵ ? Pour saisir ce « phénomène paradoxal » (p. 12), l'auteur fait appel à l'expression métaphorique de *living constitution*, soit de « constitution vivante ». Alors que cette expression est devenue une sorte de *topos* de la pensée constitutionnelle américaine, elle reste en France, sans être totalement absente de la littérature constitutionnelle⁶, relativement marginale et le plus souvent rien d'autre qu'une référence pseudo-scientifique sans réelle consistance. Si cette marginalité a certainement diverses explications, deux d'entre elles méritent d'être succinctement évoquées.

La première découle du prisme exclusif du droit écrit impliquant que la doctrine majoritaire a pris le pli de concevoir le problème de la modification d'une Constitution sous le seul angle de la modification formelle du texte constitutionnel, c'est-à-dire ce que l'on appelle

celui de André et Suzanne Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, préface de René David, Paris, Domat Montchrestien, 1953-1954, 2 vol.

⁴ Sur le plan de sa forme, on notera simplement que l'ouvrage se lit avec facilité même s'il porte certains stigmates formels plus ou moins accusés dans toute thèse à l'instar de transitions ou d'annonces de plan souvent formulées dans un style inutilement lourd et scolaire qui aurait pu être évité dans cette version publiée.

⁵ Comme on le sait, seuls vingt-sept amendements (formels) sont venus s'arrimer au texte constitutionnel depuis 1787.

⁶ On songe notamment à Pierre Avril, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997. Cet auteur place d'ailleurs les développements de son ouvrage sous l'empire de cette idée : « Il ne suffit pas de lire la Constitution écrite pour connaître la Constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le Gouvernement du pays, the *living Constitution* comme le désignent les Américains » (p. 11).

classiquement la révision constitutionnelle. Le constat dressé par René Capitant en 1934 ne semble pas devoir être fondamentalement amendé aujourd'hui : « Il règne sur beaucoup d'auteurs comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mais l'interprète ne doit pas connaître que la "positivité", et la seule question à résoudre est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit⁷. » La conception majoritaire est en fait tributaire, voire prisonnière, du substrat scripturaire de la constitution et conduit, d'une façon ou d'une autre, à considérer que la nature du droit est dans sa forme, induisant un rejet de tout ce qui relève de la réalité sociale au sens large. Sur un point plus théorique, on notera que la théorie de la constitution vivante suppose de rejeter ou en tout cas de dépasser la dichotomie, centrale dans le positivisme juridique⁸, entre l'être et le devoir être⁹. Tout le normatif serait dans le « devoir être » et nullement dans l'« être » : ainsi se formule grossièrement le dogme de non-dérivabilité du devoir-être à partir de l'être appelée loi de Hume¹⁰. Le positivisme normativiste de Kelsen, postulant la valeur heuristique de cette "loi", conduit nécessairement à représenter la constitution comme une norme située hors du temps, placée, selon les termes de Denis Baranger, dans « la sphère éthérée et inaccessible, anhistorique et atemporelle, du devoir-être »¹¹. Il va sans dire que la notion même de constitution vivante condamne cette vue atemporelle et anhistorique et ne peut se développer qu'à la faveur de considérations non strictement normativistes où le droit est avant tout un phénomène soumis aux deux dimensions irréductibles du vivant : le temps et l'espace. L'auteur souligne ainsi de façon constante que « le droit est un phénomène social qui se déroule *dans le temps et dans l'histoire*, et non pas dans une sphère éthérée » (souligné par lui, p. 96). Si le substrat scripturaire a, en quelque sorte, pour effet d'abolir le temps, l'essence

⁷ René Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. III, p. 2.

⁸ Comme le rappelle Olivier Cayla, s'il est bien un « postulat inlassablement réitéré » chez Kelsen, c'est bien celui de la séparation radicale du descriptif (*Sein*) et du prescriptif (*Sollen*) qui peut d'ailleurs être considérée comme la « condition de possibilité » de la *Théorie pure du droit*, Olivier Cayla, « Kelsen », in Olivier Cayla et Jean-Louis Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 330.

⁹ L'auteur fait mention de cette opposition de façon ponctuelle : ainsi, p. 296, p. 487 ou encore p. 380 où il écrit que « la notion de constitution vivante propose une lecture herméneutique du texte qui fonctionne comme un pont entre le monde de l'être et celui du devoir être ».

¹⁰ L'origine humienne de cette distinction, érigée désormais en « loi », est dûment attestée. C'est en effet dans un passage de son *Traité de la nature humaine* que David Hume note : « Dans tous les systèmes de morale que j'ai rencontrés jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède pendant un certain temps selon la manière ordinaire de raisonner et établit l'existence d'un Dieu ou fait des observations concernant la condition humaine ; quand tout à coup j'ai la surprise de trouver qu'au lieu des classiques copules des propositions (*usual copulations of propositions*) *est et n'est pas*, je ne rencontre plus de proposition qui ne soit liée par un *doit être* ou *ne doit pas être*. Ce changement est imperceptible, mais il n'en est pas moins de la plus haute importance. En effet, puisque *ce doit être* ou *ne doit pas être* exprime une relation ou affirmation nouvelle, il est nécessaire qu'elle soit remarquée et expliquée, et en même temps qu'on rende raison de ce qui semble tout à fait inconcevable, à savoir de la manière dont cette relation nouvelle peut se déduire d'autres qui en sont entièrement différentes. Mais comme les auteurs ne prennent pas ordinairement cette précaution, je vais la recommander aux lecteurs ; et je suis persuadé que cette petite attention peut démolir tous les systèmes courants de morale et nous montrer que la distinction entre le vice et la vertu n'est pas fondée seulement sur les relations entre objets ou perçues par la raison », David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 469.

¹¹ Denis Baranger, « Temps et Constitution », *Droits*, n°30, 1999, p. 60.

organicisme qui est celle de la théorie de la constitution vivante a pour effet de réintroduire le texte constitutionnel dans le temps, et plus précisément dans son temps.

Le seconde découle d'une conception disons classique de l'interprétation qui conduit à postuler une nature des textes juridiques conduisant "naturellement" à appréhender le phénomène du changement constitutionnel informel soit comme une déviation ou une violation, soit, lorsque ce changement est initié par un agent non juridictionnel, comme un phénomène extra-juridique.

Bien que différentes, ces deux raisons sont convergentes dans leur soubassement théorique s'articulant autour d'une approche normative de la Constitution. Une telle conception implique un rejet de la *living constitution*, tant d'ailleurs comme doctrine constitutionnelle que comme méthode d'interprétation constitutionnelle. Inversement, comme le précise M. Vlachogiannis lui-même, « c'est précisément cette conception de la normativité de la constitution à laquelle s'oppose la notion de constitution vivante » (p. 487). On ne peut donc pas s'étonner que l'auteur relève parfois l'arrière fond « jusnaturaliste » de juges proches de la théorie de la constitution vivante (p. 250) ou encore leur « glissement constant de la conception normative à la conception descriptive de la Constitution » (p. 17).

On s'aperçoit bien vite que l'auteur lui-même est séduit par cette théorie – on y reviendra –, précisément en raison de ce qu'il considère ne pas être une constitution : « un document technique isolé de la réalité sociale » (p. 21). Cela conduit à mettre en lumière, dès maintenant, le fait que sous couvert d'une problématique particulière, l'auteur nous invite à une réflexion générale sur la notion de constitution qui de norme fondamentale intangible devient un cadre de gouvernement évolutif, et par là même sur la nature du droit constitutionnel. De façon générale, toute personne qui s'intéresse un tant soit peu au droit constitutionnel a été conduite à constater la complexité du rapport qui se noue entre le texte constitutionnel et la réalité constitutionnelle, et l'incertitude du "lieu" du droit constitutionnel qui en découle. Le constitutionnaliste français ne peut donc qu'être intéressé, *a priori*, par un travail qui cherche à rendre compte de la distorsion entre le texte constitutionnel et la réalité constitutionnelle.

Pour préciser maintenant le projet de l'auteur, on reprendra ses propres termes afin de ne pas trahir son propos (p. 15) :

« [L]a notion de constitution vivante n'est pas une notion vide, dépourvue d'un contenu concret, ni une notion malléable selon les fins que celui qui l'invoque veut promouvoir. Car précisément, notre but sera d'enregistrer les implications juridiques de cette notion, développée principalement par les juges de la Cour suprême, et de montrer qu'il s'agit

d'une doctrine¹² cohérente, qui prend la forme à la fois *d'une méthode d'interprétation* et, plus globalement, *d'une théorie de la Constitution*. »

L'auteur nous invite donc rapidement à résister à une tentation immédiate consistant à ne voir dans la notion de « constitution vivante » qu'un simple élément instrumental (pré)déterminé par la controverse générale essentiellement politique, voire partisane, qui se joue sur la scène juridique américaine et qui oppose parmi les juges de la Cour suprême les conservateurs favorables à la théorie de l'*original Intent* (avec pour figure principale Antonin Scalia¹³) aux progressistes favorables à la théorie de la *living Constitution* (avec pour figure importante Stephen Breyer¹⁴). Pour M. Vlachogiannis, il faut prendre au sérieux – au sérieux juridique, est-on tenté de préciser – l'expression de « constitution vivante ». Là se situe certainement la thèse centrale de l'ouvrage : soutenir qu'il existe une véritable pensée constitutionnelle derrière cette métaphore organiciste, et même que cette pensée élaborée par certains juges de la Cour suprême est « une doctrine politiquement neutre »¹⁵ (p. 15). De façon plus ramassée, l'auteur veut donc montrer qu'au-delà d'une simple expression métaphorique la notion de constitution vivante renvoie à une véritable philosophie judiciaire de certains¹⁶ membres de la Cour suprême.

Dès l'introduction, M. Vlachogiannis se presse de bien préciser le champ de son étude : son propos n'est pas d'embrasser l'intégralité des mutations constitutionnelles informelles, mais seulement celles qui sont portées par les juges de la Cour suprême. Bien sûr, si on ne peut contester que la Cour suprême puisse être qualifiée « d'actrice principale de l'évolution de la Constitution » (p. 23), on peut néanmoins légitimement dénoncer le prisme exclusif de l'auteur en rappelant que l'évolution de la Constitution américaine est aussi le fait d'acteurs extra-juridictionnels et au premier chef du président de la République fédérale. Reste que la singularité de la théorie de la « constitution vivante » est d'avoir été strictement conçue et essentiellement promue par certains juges de la Cour suprême comme le démontre l'auteur et que l'objectif de ce dernier était de montrer – par ce qu'il appelle « un point de vue interne » – comment les juges concevaient leur office. Il semble, ce que ne discute par contre pas vraiment l'auteur, que la théorie de la *living constitution* dérive sur la longue durée historique d'une question matricielle : celle de la légitimité du *judicial review*. Cette question

¹² On ne fera que noter que l'auteur parle de façon indifférenciée de « doctrine » et de « théorie ». Ici, on privilégiera le terme de théorie.

¹³ Voir Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997. Cet ouvrage contient les commentaires d'Amy Gutmann (éd), Gordon Wood, Laurence Tribe et Ronald Dworkin.

¹⁴ Le livre du juge de la Cour suprême Stephen Breyer intitulé *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution* (New York, Harvard University Press, 2005 et traduit chez Odile Jacob en 2007), témoigne précisément de sa volonté de briser l'influence des juges conservateurs sur la pensée juridique outre-Atlantique. L'auteur plaide ainsi pour une Cour qui se préoccupe moins du « sens originel » de la Constitution que de sa « nature vivante ».

¹⁵ On comprendra plus loin qu'une telle formule est certainement malheureuse.

¹⁶ C'est une des difficultés de l'ouvrage : déterminer dans quelle mesure la Cour suprême elle-même, au-delà de certains des membres qui la composent, fait-elle sienne cette doctrine de la « constitution vivante » ?

première, qui dépasse celle des seuls effets du contrôle de constitutionnalité des lois ou celle de la nature de la constitution, a certainement poussé les juges à élaborer une théorie cohérente qui rende compte de la légitimité de la jurisprudence constitutionnelle en général et des revirements jurisprudentiels en particulier.

Quoi qu'il en soit, la thèse défendue dans l'ouvrage semble proche de celle de David Strauss¹⁷ pour qui la Constitution américaine est une constitution vivante modelée d'après la méthode du *common law*. Ainsi, M. Vlachogiannis écrit (p. 35) :

« Pour résumer en une phrase le propos central de notre thèse, nous sommes convaincu que *le développement de la notion de constitution vivante marque la volonté de transposer dans la pensée et la jurisprudence constitutionnelle américaine la logique évolutive du common law et la souplesse de la Constitution britannique, dont les juges partisans de la constitution vivante puisent une grande partie de leur réflexion (...)* La notion de constitution vivante est, en d'autres mots, *le produit d'une synthèse moderne entre les deux grandes traditions constitutionnelles, la tradition anglaise de la constitution non-écrite et la tradition américaine de la constitution écrite.* »

La définition de la « constitution vivante » retenue par l'auteur est d'ailleurs celle, très large, de David Strauss pour qui « une constitution qui évolue, change au cours du temps et s'adapte aux nouvelles circonstances sans être révisée » (reprise de cette définition p. 13). David Strauss est un auteur contemporain qui tente de dégager une troisième voie, appelée « *common law constitutionalism* », entre l'« *originalism* » et son fondamentalisme¹⁸ plus ou moins obscurantiste et le « *living constitutionalism* » et son progressisme plus ou moins débridé. L'idée d'une voie médiane semble partagée par M. Vlachogiannis dans la mesure où il présente la théorie de la constitution vivante, telle qu'il considère que les juges de la Cour suprême l'entendent, comme « un pôle intermédiaire entre deux extrêmes : d'une part, la sacralisation aveugle du texte, et de l'autre, le discrédit de celui-ci au bénéfice de l'emprise quasi-totale des forces violentes du changement constitutionnel informel » (p. 380). Cette présentation de la théorie de la constitution vivante comme le fruit d'une sorte d'incompatibilité entre la tradition anglaise de *common law* et le constitutionnalisme écrit américain est très séduisante. L'auteur parle d'ailleurs en conclusion de « synthèse entre la Constitution écrite américaine et la logique adaptative de la Constitution non-écrite anglaise » (p. 591). Pour séduisante qu'elle soit, elle n'est pas pleinement convaincante, non d'ailleurs pour des raisons de fond, mais essentiellement pour des raisons de forme. L'ouvrage n'échappe pas toujours à un effet compilation, ce qui ne veut pas dire que l'ouvrage s'y

¹⁷ Les lecteurs de la 5^{ème} livraison de cette revue auront pu lire la recension rédigée par M. Vlachogiannis de l'ouvrage de David Strauss: *The Living Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, coll. « The Inalienable Rights », 2010, 176 p. (<http://www.juspoliticum.com/David-Strauss-The-Living,312.html>).

¹⁸ Le glissement de la reconnaissance d'un texte constitutionnel comme portant des droits et des principes fondamentaux vers une forme plus ou moins accusée de fondamentalisme constitutionnel s'illustre, jusqu'à un certain point, dans la théorie originaliste américaine.

réduit, loin s'en faut. Mais, le foisonnement de théories et d'auteurs mis en lumière par ce travail a un effet pervers : on ne parvient pas toujours bien à suivre la voie retenue par l'auteur et notamment sa propre conception de la constitution vivante.

Ramenée à l'essentiel, l'articulation générale du travail répond à un double mouvement. L'auteur aborde d'abord la trame historique de l'actualisation de la Constitution par le truchement de la théorie de la constitution vivante et pose ensuite la question de la place du texte constitutionnel dans cette théorie. En d'autres termes, l'auteur étudie d'abord la théorie de la constitution vivante au-delà du texte constitutionnel (première partie), puis confronte la théorie de la constitution vivante au texte constitutionnel (seconde partie).

Dans la première partie et tout particulièrement dans le premier chapitre, le lecteur français apprendra beaucoup, verra défiler un grand nombre de juges ou d'auteurs et pourra profiter, spécifiquement dans le premier chapitre, d'une reconstitution généalogique précise et informée, même si elle n'évite pas certains retours inutiles, voire certaines redites, de la théorie de la constitution vivante. On y apprend ainsi que l'apparition de l'expression de « constitution vivante » est due à deux mouvements convergents à la fin du XIX^e siècle : l'influence du darwinisme et du pragmatisme sur la théorie constitutionnelle et une demande sociale de réforme. On prend également conscience de l'importance du New Deal, « moment charnière » où l'expression de constitution vivante devient une véritable théorie constitutionnelle officielle.

Dans cette histoire, l'auteur radicalise, à l'excès semble-t-il, le passage d'une conception essentiellement mécaniciste (Newton) portée par les Pères fondateurs à une conception essentiellement évolutionniste (Darwin) portée désormais par une large partie de la doctrine constitutionnelle et des juges de la Cour suprême, laissant à penser que la « constitution vivante » (*living constitution*) s'est substituée aux « freins et contrepoids » (*checks and balances*), en d'autres termes que la constitution obéit à la « loi de la vie » et plus aux « [lois] de la mécanique » (p. 80). Il est possible de penser qu'il y a moins rupture entre l'approche mécaniciste des Pères fondateurs et l'approche évolutionniste de la constitution vivante que glissement, c'est-à-dire que les conditions d'épanouissement de cette doctrine sont déjà en puissance chez les Pères fondateurs, ou en tout cas et plus justement chez certains d'entre eux. Un seul élément à l'appui de cette relativisation : la conviction de ces hommes dans le fait qu'une bonne constitution est une constitution qui épouse les contours et les aspirations de la société. Si on aurait préféré des développements plus nuancés sur ce point, l'auteur montre de façon passionnante et originale l'enrichissement de la « conception holmésienne » de la constitution vivante par Cardozo, Frankfurter ou encore Brandeis présenté comme le premier à associer l'activité juridictionnelle au changement social (p. 73 et s.), mais aussi l'élargissement de la notion de constitution vivante, par exemple, par la Cour Warren (p. 177 et s.). Pour s'en tenir à un seul exemple précis, l'auteur montre bien combien

il était important pour les progressistes américains du début XX^e siècle, partisans de la *living constitution*, d'identifier dans l'opinion majoritaire *McCulloch v. Maryland* rédigée par Marshall la première affirmation de la constitution vivante (p. 125 et s.), c'est-à-dire de rattacher leur théorie aux origines mêmes du droit constitutionnel américain, et ce alors même qu'ils dénonçaient la légitimité du *judicial review* fondé par, on le sait, l'opinion majoritaire rédigée par ce même Marshall dans *Marbury v. Madison*. Comme l'écrit plus loin l'auteur, « la notion de constitution vivante traite le passé comme une masse vitale de matériaux qui peut féconder et légitimer le présent » (p. 332).

Le second chapitre de la première partie porte sur la question de savoir si la notion de constitution vivante telle qu'elle ressort de l'histoire particulière américaine peut devenir une « méthode d'interprétation qui établit certaines prémisses méthodologiques universalisables » (p. 254). Dans ce second chapitre se pose notamment des questions générales autour du rapport entre le temps et la constitution. Un tel travail a pour mérite principal, comme le souligne Olivier Beaud dans sa préface, de déplacer la focale de la hiérarchie des normes (rapport au droit) à l'échelle du temps juridique (rapport au temps). Ce décentrement est salvateur et ouvre à des problématiques aussi importantes que peu étudiées en France. En effet, la thématique de la permanence des textes juridiques en général et du texte constitutionnel en particulier croise un grand nombre de controverses. On peut en retenir deux : la première est relative à l'herméneutique constitutionnelle, la seconde à l'autogouvernement constitutionnel. Sur la première, on peut défendre deux positions divergentes en considérant que soit le sens d'un texte constitutionnel est irréductible à tout contexte historique et intangible, soit le sens d'un texte constitutionnel peut ou doit acquérir des significations différentes selon le contexte¹⁹. Sur la seconde, le simple écoulement du temps pose un certain nombre de problèmes démocratiques dans la mesure où l'écrit constitue l'expression formelle et explicite du consentement du peuple. L'autogouvernement constitutionnel pose ainsi une série d'interrogations sur sa perpétuité dans le temps au-delà du moment constituant. Si le consentement est la condition de la liberté – comme il en est aussi l'expression – demeure la question de savoir pourquoi la constitution va lier les générations ultérieures qui n'y ont pas souscrit ? On connaît la formule célèbre de Thomas Jefferson témoignant de son hyper-volontarisme démocratique : « Je soutiens sur ce fondement que je considère évident par lui-même, “que la terre appartient en usufruit aux vivants” ; que les morts n'ont ni pouvoir ni droit sur elle.²⁰ » Thomas Paine, dans ses *Droits de l'Homme*, considérait de même que « [c]haque époque et génération, doit avoir la même

¹⁹ Voir sur cette question Otto Pfersmann, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 353-374.

²⁰ Cette formule est extraite d'une lettre adressée à James Madison du 6 septembre 1789. Madison, dont la pensée est dominée par la question de la majorité factieuse reste fidèle, quant à lui, à la solution de la rigidité constitutionnelle : puisqu'une constitution sera comme toute loi à portée de majorité, la seule solution tangible est de rendre sa révision difficile.

liberté d'agir, *dans tous les cas*, que les époques et les générations qui les ont précédées »²¹. Se dessine alors l'idée qu'une Constitution, comme un gouvernement, doit reposer sur une actualisation permanente de son acceptation. Cette thématique, dont les implications plongent au tréfonds du principe de consentement à l'autorité, reçoit un lointain écho dans l'article 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précédant la Constitution française du 24 juin 1793 selon lequel : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures. » Le travail de M. Vlachogiannis qui voit dans la Constitution non pas seulement une norme juridique mais un projet politique continu que s'approprie chaque génération, permet de revenir sur l'éventuel droit d'une génération à en lier une autre. La théorie de la constitution vivante offre, en quelque sorte, un cadre réflexif pour une « fondation continuée » (Hauriou). Loin d'une vision statique qui épuiserait la constitution dans le moment constituant, celle-ci aurait sa propre temporalité : tel est l'un des enseignements, que l'on y souscrit ou pas, de ce travail.

La seconde partie cherche à rattacher le texte et la théorie de la constitution vivante. L'auteur fait alors appel à la pensée allemande (p. 386 et s.) – Georg Jellinek et notamment sa distinction entre la « révision formelle » (*Verfassungsänderung*) et la « mutation informelle » (*Verfassungswandlung*), ou encore Paul Laband²² –, mais sans que l'on comprenne vraiment si celle-ci a eu une incidence sur la théorie américaine de la constitution vivante. Un tel appel est d'autant plus étonnant que l'on avait cru comprendre que la théorie allemande du changement constitutionnel informel était non intentionnelle²³, ce qui n'est assurément pas le cas dans la théorie américaine de la constitution vivante. Reste que ce détour rappelle que la problématique de la révision constitutionnelle comprend ainsi un corollaire trop souvent négligé en raison des penchants formalistes, déjà visés, de la plupart des juristes français : la modification de la signification substantielle d'un texte formellement inchangé.

Quoi qu'il en soit sur ce point, on ne manquera pas de souligner de solides passages notamment sur l'opposition entre la lettre et l'esprit (p. 442 et s.) qui cherche à en montrer la solidarité, sinon la complémentarité. L'auteur entend souligner le lien constant chez les juges de la Cour suprême entre le texte constitutionnel et la théorie de la constitution vivante. Ce lien ne serait pas « artificiel » – une simple nécessité pour asseoir l'autorité de leurs décisions

²¹ Thomas Paine, *Les droits de l'Homme*, préface d'Yves Jouffa, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1991, p. 35 (traduction sensiblement modifiée).

²² La distinction entre *Verfassungsänderung* et *Verfassungswandlung* qui a été conceptualisée par Georg Jellinek dans sa brochure *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906, (reprint Goldbach, Keip Verlag, 1996), et reprise par K. Loewenstein dans une autre brochure, *Ueber Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1960. Voir aussi Paul Laband, *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1885.

²³ La mutation constitutionnelle est ainsi, selon Jellinek, une « modification qui laisse formellement [les textes constitutionnels] inchangés, et se trouve produite par des faits qui ne doivent pas être accompagnés de l'intention ou de la conscience d'une telle modification ». Ce passage est traduit par Olivier Jouanjan dans son article « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », in A. Viala (dir.), *La Constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 188.

–, mais l’effet d’une conviction « que l’évolution du droit constitutionnel positif est préfigurée en tant que virtualité par le texte » (p. 484). En clair, c’est la « foi [des juges de la Cour suprême] en le texte » constitutionnel qui commande leur interprétation et le « texte, loin d’être l’ennemi et la barrière, devient ainsi l’instrument, le canal de l’évolution jurisprudentielle de la Constitution » (p. 485). Une telle position a pour objectif implicite de dégonfler toute critique sur la toute-puissance que s’accorderaient les juges de la Cour suprême par le truchement de la théorie de la *living constitution* en soulignant le lien perpétuel entretenu avec le texte. La notion de constitution vivante devient, avec M. Vlachogiannis, moins un construit par les juges de la Cour suprême qu’une nécessité emportée par la nature même de la Constitution. Il écrit ainsi (p. 95) : « L’exigence d’adaptabilité constitutionnelle constitue le noyau de la notion de constitution vivante. »

Au fond, le recours au darwinisme peut offrir deux points de vue différents : le premier est relatif à la Cour suprême et le second est relatif à la notion évolutionniste de Constitution. Il manque des développements sur le premier point. Une telle théorie implique que la Cour suprême soit l’institution la plus apte à survivre car c’est elle qui élimine ses adversaires, c’est-à-dire ici les autres organes de l’État. La théorie de la constitution vivante interroge ainsi le rôle même de la Cour suprême en tant qu’institution, c’est-à-dire au-delà des juges qui la constituent. La Cour suprême, au regard des fondements mêmes de la théorie de la constitution vivante, ne devrait-elle pas laisser le Congrès américain faire passer toute législation adaptée aux nouveaux besoins sans être contraint par le texte constitutionnel ? Une telle question ne trouve pas de réponse dans l’ouvrage car l’auteur passe trop rapidement sur la question de la suprématie judiciaire et surtout sur les limites opposables à la théorie de la *living constitution*. S’il montre de façon convaincante qu’historiquement et théoriquement l’activisme judiciaire – comme d’ailleurs la retenue judiciaire – n’est pas nécessairement lié à la théorie de la constitution vivante, une telle théorie consacre bel et bien une forme de suprématie judiciaire.

Ce point nous amène à parler des adversaires originalistes de la *living constitution*. Ramené à sa plus simple expression, l’originalisme, qui se présente comme une théorie juridique conforme au libéralisme et à la démocratie²⁴, entend, par le point fixe offert par l’histoire, soustraire les décisions de la Cour suprême à toute possibilité de contestation (autorité juridique) en écartant tout risque de gouvernement des juges, et éviter toute forme d’instabilité juridique (stabilité juridique). Philosophiquement, l’originalisme, quelles que

²⁴ Ainsi, dans son opinion dissidente du 26 juin 1996 (UNITED STATES, PETITIONER 94-1941 v. VIRGINIA et al. VIRGINIA, et al., PETITIONERS 94-2107), Scalia a cette formule symptomatique : « Le système démocratique est détruit à chaque fois que les suffisantes certitudes [*smug assurances*] de chaque époque sont exclues du processus démocratique et introduites dans la Constitution. Afin de contrebalancer les critiques de la Cour envers nos ancêtres, laissez-moi vous dire ceci : eux au moins nous ont laissés libres de changer. On ne peut pas en dire autant de cette Cour, faussement libérale, qui s’est engagée dans cette course consistant à introduire les unes après les autres les préférences actuelles de la société (et parfois celles de la seule élite juridique) dans notre Loi fondamentale. »

soient d'ailleurs ses formalisations²⁵, est avant tout un anti-volontarisme. On regrette d'ailleurs que la question centrale du volontarisme toujours implicitement présente n'ait pas été plus franchement abordée par l'auteur. Politiquement, l'originalisme est avant tout un anti-activisme judiciaire et présente sur ce point des arguments difficilement surmontables.

À la lecture, on voit bien en tout cas que le cœur du débat entre originalistes et "évolutionnistes", loin de n'être qu'une controverse sur l'herméneutique constitutionnelle, porte au fond sur la nature de la constitution. Le texte constitutionnel compris comme l'établissement d'obstacles, de barrières, bref de limites – même si elles sont « de parchemin », comme le soulignerait Madison – devient le véhicule de toutes les évolutions, « l'instrument, le canal de l'évolution jurisprudentielle de la Constitution » (p. 485). Il va de soi qu'il existe une tension irréductible entre un droit entendu comme une interdiction définitive (la barrière) et un droit entendu comme un processus évolutif (l'aiguillon). Si les originalistes sont tout à fait fondés, dans leur perspective, à considérer que seul l'originalisme est conforme à la nature (*i.e.* normative) de la Constitution, un des intérêts du travail ici recensé est de montrer que les évolutionnistes cherchent à montrer exactement la même chose : que seule la théorie organiciste est conforme à la nature (*i.e.* politique) de la Constitution. Se dégage ainsi de cette théorie organiciste, un mode d'interprétation de la Constitution compatible avec les exigences démocratiques et fidèle à sa nature fondamentalement politique. Ainsi, pour l'auteur, cette « doctrine [est] conforme à la nature de la Constitution américaine et porte pour cette raison plutôt sur les fins du constitutionnalisme » (souligné par l'auteur, p. 27).

Il y a une dimension irréductiblement naïve – ou naïvement progressiste, ce qui condamne d'ailleurs la dimension prétendument « politiquement neutre » de cette théorie (p. 15) – dans la vue générale de l'auteur, notamment lorsqu'il écrit qu'avec une telle théorie, « la Constitution et la société américaine, sujettes à la même loi de l'évolution, interagissent continuellement et sont ouvertes à un progrès infini » (p. 24). Ce que l'on peut qualifier ici de naïveté semble découler de la posture adoptée par l'auteur dont on sent bien au fil de la lecture combien il fait corps avec son sujet. Si ce n'est pas un problème en soi, cela conduit à relever dans ce travail que les adversaires de la *living constitution* sont parfois absents – l'originalisme commence, on peut en tout cas le défendre, en 1787, et on s'étonne de devoir attendre la page 332 pour voir apparaître cette théorie –, d'autres fois durement malmenés. Car si « le rattachement stérile au passé compromet la vitalité du droit » (p. 278), un vitalisme excessif compromet quant à lui l'autorité du droit et le jeu institutionnel.

²⁵ L'auteur dégage trois différentes « étapes dans l'évolution historique de la théorie originaliste » (p. 335), là où il semble plus pertinent de voir trois formalisations différentes : *original intent*, *original understanding*, *original meaning*.

Certes, les conditions de possibilité de la théorie originaliste sont sujettes à caution pour de très profondes raisons²⁶ et l'on n'est pas loin de penser que l'exigence de cohérence devrait conduire ses partisans à abandonner leur propre théorie, mais elle défend néanmoins de redoutables arguments. Ainsi, l'idée d'une constitution vivante et ainsi en perpétuelle évolution heurte assurément la nécessaire permanence des principes fondamentaux constitutionnels dont la raison d'être est précisément de rester à l'abri du changement, et notamment de ceux initiés par des juges non élus. Certes, on pourrait objecter que l'étude de l'originalisme n'était pas l'objet de la thèse – tout docteur doit subir des critiques sur la thèse qu'il a faite et plus souvent encore sur la thèse qu'il n'a pas faite²⁷ ! –, et que l'auteur à la fin de son ouvrage n'est pas insensible aux critiques originalistes. Reste qu'il semble que les originalistes sont peut-être plus défavorables au progressisme qui innerve, voire détermine, le discours sur la *living constitution* qu'à l'idée même que la constitution soit, en un sens, vivante. De là découle un sentiment plus profond que le tableau dressé, pour conséquent et impressionnant qu'il soit, ne met pas suffisamment clairement au jour le fait que la constitution vivante puisse être mobilisée afin d'assurer la réalité du projet originel des Pères fondateurs. L'auteur illustre lui-même cette idée lorsqu'il voit dans l'opinion majoritaire *Heller* rendue par la Cour suprême en 2008 « malgré le langage *originaliste* employé par la Cour, un exemple de mise en œuvre de la logique du *living constitutionalism* » (p. 372). Inversement, l'originalisme ne s'épuise pas dans un pur conservatisme politique dans la mesure où toute forme de changement n'est pas, en définitive, problématique pour un originaliste, et que certains seraient même pour eux hautement souhaitables. C'est pourquoi Cass Sunstein, professeur de droit à l'Université de Chicago, qualifie les originalistes de « faux fondamentalistes », qui n'hésitent pas à s'écarter de leurs principes quand il s'agit de promouvoir leurs intérêts. Ainsi, quand ils défendent le droit des individus à détenir une arme à feu en se fondant sur le deuxième Amendement, ils négligent consciemment le fait qu'initialement, cet amendement ne régulaient que les relations entre le gouvernement fédéral et les États, octroyant à ces derniers seulement, et non aux particuliers, le droit de former des milices. De même, on peut considérer que la théorie du « texte et des principes » de Jack Balkin²⁸ montre combien peuvent se concilier l'originalisme et le constitutionnalisme vivant (p. 482). Il semble possible de pointer une sorte de décalage entre la première partie où les frontières entre originalisme et constitution vivante sont relativement étanches, et la seconde partie où l'auteur montre que la théorie de la constitution vivante est neutre par rapport à l'opposition entre l'activisme judiciaire et la retenue judiciaire.

²⁶ Les voies de l'intentionnalité étant impénétrables, la recherche d'une « intention originelle », qu'elle soit celle des rédacteurs de la Constitution ou plus encore celle de ceux qui votèrent pour son adoption, s'avère aussi problématique qu'illusoire.

²⁷ Ce qui, si on y réfléchit bien, est en fait souvent la même chose.

²⁸ Jack Balkin, « Framework Originalism and the Living Constitution », *Northwestern Law Review*, n° 103, 2009, p. 549-614.

On finira par deux questions qui s'articulent toutes deux autour de la singularité de la théorie de la constitution vivante.

La première porte sur la question de savoir si une telle théorie est envisageable pour d'autres types de règles juridiques. Embrassant la question générique de la durée d'une règle de droit, on peut s'interroger sur la possibilité d'une théorie de la « loi vivante », voire du « règlement vivant » ? D'un côté, on se dit que parce que les circonstances de l'application d'une règle juridique sont chaque fois singulières et toujours contingentes, toute règle ne saurait s'appliquer nécessairement et uniformément sans égard pour son contexte. Par ailleurs, dans chaque branche du droit a dû émerger diverses théories pour intégrer les évolutions qui affectent les règles juridiques : que l'on songe, par exemple, à la théorie du changement de circonstances de fait ou de droit bien connue des administrativistes ? D'un autre côté, il ressort du travail de M. Vlachogiannis que la singularité de la nature de la constitution fonde *a priori* l'exclusivité de cette théorie en droit constitutionnel.

La seconde porte sur la question de savoir si une telle théorie est envisageable pour d'autres pays en général et en France en particulier ? Plus largement, il faut d'abord dire que ce travail de droit étranger ne fait quasiment aucune place au droit comparé. Ainsi, on peut être déçu des développements, par ailleurs très succincts, sur le « droit vivant » (*diritto vivente*) italien qui semblent d'ailleurs contredire jusqu'à un certain point l'idée générale défendue selon laquelle « il ne faut pas confondre la notion de constitution vivante avec la doctrine italienne du droit vivant » (p. 19). Ne pas confondre certes, mais le rapprochement aurait pu être bien plus poussé que ne veut l'admettre l'auteur. De même, on se demande si la greffe de la *living constitution* pourrait prendre en France²⁹ ? L'auteur délaisse complètement cette question et cela reste un regret, voire une énigme. On pouvait légitimement attendre des développements fournis, notamment en conclusion. On se contentera de fournir ici quelques éléments qui témoignent des difficultés de transposition, en tout cas en l'état. D'abord, on se dit que si la théorie de la constitution vivante et la notion de constitution qu'elle induit est le fruit singulier de la rencontre entre le légalisme constitutionnel américain et la tradition du *common law*, le fait que la France soit immunisée contre le *common law* ne plaide pas pour une possible transposition d'une telle conception. Ensuite, les Américains, contrairement aux Français, ne semblent pas (ou plus) attendre à ce que les plus grandes questions de société (civile ou politique) soient résolues par le biais d'un amendement constitutionnel³⁰ – et doivent donc faire évoluer leur texte fondamental d'une autre façon. Cet affaiblissement des puissances de l'écrit dans le droit constitutionnel américain qui dépasse de loin les seules contraintes liées à la rigidité de la procédure de révision formelle contraste en tout cas fortement avec la mystique française de l'écrit. Enfin, on ne peut qu'être marqué par la

²⁹ Seuls quelques parallèles, d'ailleurs attendus, avec des auteurs français comme François Gény (notamment p. 79) ou encore René Capitant (notamment p. 425) sont assurés. Cela laisse néanmoins à penser qu'il y a un terreau doctrinal prêt à accueillir une telle théorie.

³⁰ Bruce Ackerman, « The Living Constitution », *Harvard Law Review*, n° 120, 2007, p. 1741.

profonde réflexion de certains juges de la Cour suprême sur leur propre office – un effet bénéfique parmi tant d'autres de la pratique des opinions dissidentes ? Ce n'est pas faire injure aux membres du Conseil constitutionnel que de constater que leur production doctrinale est bien en-deçà de ce que l'on peut lire dans les pages de l'ouvrage de M. Vlachogiannis. Bref, comme on le voit, certes bien trop superficiellement, de nombreux éléments plaident pour un rejet de la greffe. Il y aurait, on s'en aperçoit également, beaucoup à dire et on peut espérer que la lecture de cet ouvrage soit de nature à susciter d'utiles compléments comparatistes.

Comme tout bon livre, celui-ci peut se lire de multiple façons : comme une histoire de la pensée constitutionnelle américaine, comme une réflexion sur la notion de constitution, comme une histoire particulière de la Cour suprême, ou encore comme une histoire générale des États-Unis. Chaque lecteur choisira sa lecture, mais on ne saurait trop lui conseiller de lire M. Vlachogiannis.

David Mongoin

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)