Qui sont les interprètes (concurrents) de la constitution ?

Éric Millard

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/13219>

DOI : 10.4000/revdh.13219

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Éric Millard, « Qui sont les interprètes (concurrents) de la constitution ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 03 janvier 2022, consulté le 26 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/13219> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.13219>

Ce document a été généré automatiquement le 26 septembre 2022.

Tous droits réservés

Qui sont les interprètes (concurrents) de la constitution ?

Éric Millard

- 1 Qui sont les interprètes (concurrents) de la constitution ?
- 2 Rechercher qui sont les interprètes de la constitution (2) suppose quelques précisions préalables sur ce que signifie « interpréter la constitution » (1). Surtout, cette recherche n'a d'intérêt, dans le cadre d'une discussion sur les interprétations concurrentes de la constitution, que si l'éventuelle pluralité d'interprètes constitutionnels révèle des possibilités d'interpréter différemment, et concurremment, la constitution (3).

1 – Interprétation de la constitution

- 3 Tant « constitution » qu'« interprétation » sont des termes équivoques.
- 4 A - On entend par « constitution » deux objets passablement différents, non nécessairement liés, et qui en dehors de la théorie analytique du droit ne sont pas toujours clairement distingués.
- 5 Dans un premier sens, « constitution » désigne un document ou un ensemble de documents écrits, qui peuvent être appelés ou non par leurs auteurs Constitution (ou Lois constitutionnelles, ou Loi fondamentale, ou quelque autre nom que ce soit). Ces documents peuvent avoir été édictés à certaines fins, c'est à dire résulter d'une volonté de les produire sous forme écrite pour leur faire produire des effets, que ces effets soient idéologiques (affirmer des valeurs notamment), politiques (servir de guide à un fonctionnement institutionnalisé du ou des pouvoirs) et/ou éventuellement juridiquement normatifs (chercher à établir des règles de droit). En ce sens, ces documents résultent de la législation au sens large. Mais ces documents peuvent aussi provenir indirectement d'une pratique, qu'il s'agisse d'une pratique politique (coutume constitutionnelle, conventions à la constitution) ou normative (pratique interprétative des documents édictés, j'y reviendrai). Mais même non édictés, donc non écrits

directement à certaines fins, ces documents peuvent recevoir indirectement une forme écrite, et c'est sous cette forme qu'on les connaît et qu'ils remplissent leurs fonctions. Dans l'analyse classique des juristes, ces documents relèvent des sources du droit et ils sont dit « constitution » dans la mesure où les juristes avancent des raisons pour considérer qu'au sein des sources du droit, ils possèdent une valeur hiérarchiquement supérieure à toutes les autres sources du droit au sein d'un système. Ces raisons peuvent être diverses mais sont toujours liées à leur mobilisation pour faire quelque chose : notamment justifier qu'il existe des règles. Ces documents affichent ainsi une prétention normative : ce sont des énoncés normatifs.

- 6 Dans un second temps, « constitution » désigne un ensemble de règles : des normes ; et des règles ou normes d'un type particulier : des règles juridiques, ou des normes juridiques.¹ On désigne donc par « constitution » en ce sens certaines prescriptions, c'est-à-dire certaines significations que quelque chose doit-être. Les normes constitutionnelles, dans l'analyse des juristes, sont les prescriptions qui au sein d'un système juridique possèdent une valeur hiérarchiquement supérieure à toutes les autres normes du système : elles sont mobilisées pour justifier des actions des juristes, comme décider l'appartenance d'une source au système de sources du droit lié au système juridique (la production de sources valides), de la correction d'une action institutionnelle ou de la nullité d'une source du même système par exemple (dans le contrôle de constitutionnalité par exemple).
- 7 Cette distinction très banale en théorie du droit a une importance considérable en matière d'interprétation : si l'interprétation, comme l'affirment les juristes et surtout les théoriciens du droit, est le moyen de passer d'un énoncé à une signification, ou d'une source à une norme, seule la constitution comme document peut être interprétée. La signification est logiquement distincte de l'énoncé, et ne peut donc pas être logiquement objet de l'interprétation : si elle est le résultat de l'interprétation, il n'y a plus rien à interpréter une fois que cette signification est obtenue. Bien sûr, nous n'avons la connaissance d'une interprétation (comme signification) qu'au moyen d'un autre énoncé qui affirme que la signification d'un premier énoncé est telle norme. Et ce second énoncé peut à son tour être interprété. Mais cela signifie logiquement que c'est en tant qu'énoncé qu'il est interprété et non en tant que norme : qu'il constitue donc un document constitutionnel, une source du droit. Toute activité interprétative de la constitution participe de l'extension des documents constitutionnels. Mais pour éviter tout vertige conceptuel, il faut immédiatement préciser que l'interprétation, comme opération logique liant une norme à une source, présuppose une identification et une sélection de la source normative à interpréter (en même temps qu'une sélection de sa valeur hiérarchique, i.e. ici : constitutionnelle).
- 8 **B** – « Interprétation » peut également désigner plusieurs choses : notamment l'acte qui lie une signification à un énoncé, et la signification que cet acte attribue à l'énoncé, c'est-à-dire le résultat de l'acte d'interprétation. La distinction de l'acte et du résultat est aisée à percevoir, et l'existence de termes mieux appropriés (signification, norme) pour désigner le résultat permet d'éviter toute confusion en réservant le terme « interprétation » à une activité intellectuelle humaine (activité de connaissance ou de volonté). Pour autant deux difficultés subsistent, qui sont bien connues en théorie du droit.
- 9 La première porte sur la nature même de l'activité interprétative : connaissance ou décision ? J'ai parlé de lien logique entre un énoncé et une signification, ou

d'interprétation comme opération logique. Cela n'implique en rien que l'acte d'interprétation soit lui-même une activité relevant de la logique : seule sa conceptualisation en relève. Nous concevons logiquement que l'interprétation présuppose une distinction entre énoncé et signification (c'est là l'objet d'une thèse de toute théorie de l'interprétation) mais cette distinction logique n'implique en rien que l'interprétation en pratique résulte d'une analyse logique, ou si l'on préfère d'une connaissance de la signification d'un énoncé, suivie d'une attribution de cette signification à l'énoncé par une opération logique. Les documents constitutionnels ne sont d'abord pas rédigés dans une langue formelle : ils sont écrits dans un langage ordinaire ou naturel, éventuellement technique, mais souffrent comme l'ensemble du langage ordinaire d'indétermination plus ou moins grande : imprécision ou ambiguïté notamment. Ensuite, quand bien même pourrions-nous avoir une connaissance de la signification, il est logiquement impossible de déduire de cette connaissance une existence de la signification comme norme juridique ou si l'on préfère une obligation de décider cette norme. Lier dans la pratique interprétative une norme constitutionnelle à une source constitutionnelle, en affirmant que cette norme est la signification de l'énoncé, est une activité décisionnelle humaine : un acte de volonté, conscient ou non, assumé ou non, de l'interprète. La portée de cette décision peut être discutée : dépend-elle ou non d'une interprétation d'un autre type qui laisserait place à une activité de connaissance ? C'est là une question contingente et psychologique, non logique. L'interprétation est à proprement parler une activité d'ascription : d'attribution d'un sens à un texte et non (seulement au moins) de sa découverte.

- 10 La seconde porte sur le champ de l'activité interprétative. J'ai indiqué que cette activité consistait à attribuer une signification à un énoncé, donc à affirmer que telle source du droit est la raison de l'existence de telle norme. Or il est évident d'une part que certaines phrases des documents constitutionnels, ou certains articles quand ces documents sont présentés de manière structurée, ne donnent lieu à aucune norme constitutionnelle : soit qu'elles ne sont pas mobilisées comme source normative, soit qu'elles sont affirmées comme n'étant pas normatives. Et il est tout aussi évident d'autre part que certaines normes constitutionnelles ne sont pas ou ne peuvent pas être présentées comme la signification d'une source du droit constitutionnel, en tout cas formelle (par exemple le principe de continuité du service public en France)². On parle d'ailleurs souvent dans ce dernier cas de principes non écrits, ce qui est un terme très confus : il vaudrait mieux parler de normes implicites, c'est-à-dire non explicitées par les sources du droit (formelles). Enfin, il arrive parfois que des documents non constitutionnels (des documents qui sont donc présentés *a priori* comme n'ayant pas cette caractéristique de supériorité hiérarchique) soient avancés pour donner une raison à l'existence d'une norme constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par exemple quand ils sont effectivement affirmés avec valeur constitutionnelle. Les normes constitutionnelles ne sont donc pas les significations exhaustives des documents constitutionnels, et seulement celles-ci, ni même l'ensemble des choix de significations pour l'ensemble des documents constitutionnels et seulement ceux-ci. Ce sont l'ensemble des significations affirmées (décidées donc) comme existantes qu'elles soient ou non affirmées comme significations d'un document constitutionnel, et seulement ces significations (et il faudra préciser bien sûr par qui elles sont affirmées, et comment : j'y reviendrai au point 2).

- 11 Peut-on alors réellement parler pour toutes ces situations très diverses d'interprétation ? Michel Troper affirme que oui, en faisant valoir que le concept pertinent est celui d'interprétation juridique³ : une signification juridique est une signification mobilisée à l'occasion d'une activité juridique et donc quelque source que ce soit n'a pas de signification juridique avant cette mobilisation ; l'interprétation désigne donc toute activité d'affirmation de l'existence d'une norme dans un contexte juridique. Riccardo Guastini de son côté oppose à cette vision large de l'interprétation une distinction entre interprétation au sens strict et construction⁴. L'interprétation consiste à affirmer (décider) l'existence d'une norme explicite, c'est-à-dire à rattacher une norme à un document normatif qui est présenté comme une source du droit constitutionnel et qui possède déjà (notamment) cette signification. Cette conception présuppose évidemment la possibilité d'une connaissance non juridique (au sens de Michel Troper) des significations que possède l'énoncé concerné : ce que Kelsen nommerait une connaissance scientifique de la signification. Pierluigi Chiassoni soutient que cette connaissance n'est pas simplement linguistique, mais provient de l'identification et de la mobilisation des méthodes interprétatives disponibles dans un contexte juridico-politique donné (de la culture juridique, qu'on peut aussi appeler idéologie juridique positive : sur laquelle je reviendrai en 3)⁵. Toute autre activité d'attribution de signification n'est pas dans ce sens interprétation mais construction (juridique) : une norme implicite n'a pas avec un énoncé le lien logique que nous avons vu, et c'est le cas notamment quand la norme n'est pas présentée comme la signification d'un énoncé, ou quand la signification retenue ne peut être, selon aucune méthode disponible selon l'idéologie juridique positive considérée comme une signification possible de l'énoncé auquel l'interprétation se réfère. Le désaccord n'est pas secondaire même si à mon sens il pourrait facilement être dépassé par une clarification des termes (interprétation/interprétation juridique, sélection de signification/création de signification, etc.), et une clarification des points que l'on cherche à mettre au jour (mesure du niveau de discrétionnalité de l'interprète, caractère décisionnel de toute activité juridique interprétative ou constructive, etc.). L'important est surtout que ce désaccord ne doit pas masquer une conception commune : l'interprétation juridique (pratique et non cognitive) comme la construction sont des activités toujours décisionnelles (des actes de volonté) et l'interprétation cognitive (non pratique) vise à identifier (le cadre) des normes explicites sans jamais affirmer qu'elles sont ou doivent être en vigueur (concept sur lequel je vais revenir en 2). Dans ce qui suit, je ne prendrai donc pas position dans ce débat, même si les exemples que j'utiliserai sont limités à l'interprétation dans un sens étroit : je crois que mes propos valent également pour l'interprétation juridique dans un sens plus large (la construction juridique).
- 12 Il convient enfin de souligner que cette interprétation juridique, quel que soit le sens que l'on retient de juridique, est une interprétation pratique : elle est évidemment attribution de signification à un énoncé impersonnel (en général) et abstrait, mais dans un contexte et à l'occasion d'une activité juridique singulière : l'activité consistant à justifier une position institutionnelle, de nature juridictionnelle parfois, mais aussi dans des relations de pouvoirs entre autorités constitutionnelles, ou l'activité de prétention (revendication) de droits constitutionnellement garantis par exemple. L'interprétation juridique est donc une interprétation située (et conditionnée) : elle est attribution de signification (interprétation *in abstracto*) pour un cas donné (interprétation *in concreto*).

- 13 La notion d'interprétation de la constitution pour toutes ces raisons peut apparaître vague et il est sans doute préférable de parler d'interprétation constitutionnelle : de l'acte par lequel des normes constitutionnelles sont affirmées comme existantes (en vigueur) à l'occasion de leur mobilisation dans une pratique juridique.

2 – Interprètes constitutionnels

- 14 On l'a vu, un acte d'interprétation (constitutionnelle) est un acte décisionnel qui exprime la volonté d'un interprète (constitutionnel), que cet acte attribue une signification à une disposition constitutionnelle ou qu'il affirme une signification indépendamment d'une disposition constitutionnelle. En première analyse, et si nous nous en tenons au premier cas (l'interprétation des documents constitutionnels), toute personne quelle qu'elle soit qui prend connaissance d'un document constitutionnel l'interprète si l'on admet que cette connaissance porte non sur l'esthétique de la calligraphie, de la mise en page ou de l'euphonie de son texte par exemple, mais sur son contenu (éventuellement) normatif. Tout lecteur qui cherche à savoir ce que les documents constitutionnels (au sens large, donc édictés ou non) veulent dire interprète ces textes et donc prend position sur des normes comme prétendument existantes. Cela est vrai quel que soit le type de lecture auquel le lecteur procède (idéologique, politique ou juridique par exemple) dès lors que le sens retenu est normatif. L'interprétation est alors une traduction, une reformulation (qui, naïvement, peut être à l'identique) d'un énoncé source en un énoncé (d'affirmation) de signification. L'interprétation constitutionnelle peut alors être juridique (non cognitive) dans deux sens distincts.

A – La prétention de l'interprète constitutionnel

- 15 Dans un premier sens, l'interprétation constitutionnelle exprime une prétention : la prétention qu'une norme existe, donc que la signification normative du document constitutionnel est qu'il existe des droits et/ou des obligations. Toutes celles et ceux qui affirment pareille existence en se référant à des documents constitutionnels, qu'ils soient édictés ou interprétatifs, ou qu'ils reposent sur une pratique politique, sont des interprètes constitutionnels : ils affirment qu'il existe une norme juridique de niveau constitutionnel, et que cette norme doit être respectée, appliquée, sanctionnée... (un vocabulaire qui inscrit cette existence dans le droit). Mais évidemment une prétention, sincère (une croyance) ou non, n'est rien de plus qu'une demande. Celui ou celle qui la revendique signifie en même temps vouloir qu'autrui se comporte conformément à sa prétention : il exprime un commandement à autrui. Dit autrement, il revendique un certain comportement. Il y a donc ici concurrence d'interprétation dès lors qu'il y a concurrence de prétentions, et donc concurrence d'intérêts.
- 16 Ceci est particulièrement visible dans l'interprétation constitutionnelle profane, par exemple lorsqu'un chômeur affirmera (ou croira naïvement) que la signification de la première phrase de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 (« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »), conjointement avec la première phrase du deuxième alinéa des motifs de la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel (un énoncé, donc un document : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution... », bien que je doute que cette

compréhension soit évidente pour un interprète constitutionnel profane : disons plutôt le compte rendu qui en aura été fait, par exemple par la dogmatique constitutionnelle, les médias, les réseaux sociaux, etc., en interprétant cette phrase dans un nouvel énoncé) est qu'il est titulaire du droit d'obtenir un emploi et qu'il revendique d'obtenir cet emploi. Mais cela est tout aussi présent avec d'autres types d'interprètes : des acteurs politiques, des professeurs de droit constitutionnel dans leurs écrits dogmatiques, etc.

- 17 Ce sont tous des interprètes constitutionnels dans la mesure où ils attribuent une signification normative, sous la forme d'une règle de droit constitutionnel générale ou particulière, à un énoncé figurant dans un document constitutionnel (ou à plusieurs énoncés pris conjointement). Mais ce ne sont pas les interprètes constitutionnels auxquels on pense quand on dit que les normes constitutionnelles résultent de l'interprétation constitutionnelle, et qu'il y aurait concurrence d'interprétation constitutionnelle. Non pas parce qu'ils ne décideraient pas des normes au sens intellectuel, ou que ces normes ne seraient ni constitutionnelles, ni juridiques ; mais parce que ces décisions, ces actes de volonté, restent de simples prétentions et n'ont pas d'effets autres que revendicatifs, en tout cas directement (je reviendrai sur d'éventuels effets indirects en 3).

B – L'efficacité de l'interprète constitutionnel

- 18 Dans un second sens, on parle alors d'interprétations constitutionnelles comme juridiques pour désigner les seuls actes décisionnels qui sont efficaces, c'est-à-dire tout simplement qui ont pour caractéristique de triompher d'autres prétentions quand (et si) il y a concurrence d'interprétation. On donne à ces significations efficacement affirmées le nom de normes en vigueur, et on tire de cette affirmation efficace la conclusion que ces normes existent (elles remplissent plus ou moins leurs fonctions normatives, juridiques).
- 19 Ici, il serait tentant de céder aux fantasmes si propres aux juristes de l'unité et de la supériorité (et en définitive de la souveraineté). Il doit exister une interprétation qui s'impose absolument sur toutes les autres, et qui est seule à proprement parler constitutionnelle. Ce que l'évêque Hoadly exprimait en parlant au singulier : « *Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them* ». ⁶ Mais les choses sont sans doute un peu plus compliquées (même si *in fine*, à un moment et pour une question donnés, un interprète s'impose généralement comme efficace ; même dans l'historique question de la signature des ordonnances en France, une prétention et une seule a été efficace, ne serait-ce que par désistement des prétentions contraires).
- 20 Cette autorité absolue ne provient évidemment pas d'une connaissance préalable de la signification, puisque comme nous l'avons vu une telle connaissance, si elle est possible, ne dit rien sur les normes qui sont décidées efficacement, en vigueur donc, ni même sur un éventuel devoir de les rendre en vigueur. La décision demeure et elle obéit à des ressorts humains pour lesquels la connaissance joue ou ne joue pas, mais de manière tout aussi contingente qu'insuffisante, ce que le juge Jackson comprenait clairement dans *Brown v. Allen* : « *We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final* » ⁷.

- 21 Elle ne provient pas non plus de ce qu'on appelle parfois avec Kelsen la qualité d'interprète authentique⁸. Cette qualité, si je la comprends bien, viendrait des documents normatifs, ou de leur interprétation. Mais, au moins au niveau constitutionnel, il est rare que les documents constitutionnels désignent qui doit être l'interprète authentique de la constitution, et si cela peut résulter de l'interprétation de ces documents (ou d'une norme implicite), cela laisse entière la question de savoir qui est l'interprète authentique qui produit la norme sur l'interprète authentique : chaque interprète donne une signification comme prétention à des énoncés constitutionnels, y compris aux énoncés relatifs aux compétences, notamment d'interprétation, s'ils sont disponibles, qu'il s'agisse d'énoncés portant sur ses propres compétences ou sur celles d'autres interprètes. Et il en va de même quand il s'agit d'affirmer une norme implicite. Affirmer par exemple sans plus de précaution que l'existence d'une cour constitutionnelle visée dans les documents constitutionnels signifie que cette cour et seulement cette cour est l'interprète constitutionnel est en soi une interprétation, dont les méthodes méritent attention (voir 3). De la part de la cour elle-même, c'est une prétention dont l'efficacité reste à confirmer au regard de prétentions contraires (quelques expériences récentes dans le cadre de pays dits illibéraux de l'Union Européenne devraient nous inciter à le comprendre). Parmi ces prétentions concurrentes on peut relever notamment celles d'autorités constitutionnelles non juridictionnelles (Parlement, Exécutif, Chef de l'État) ou d'autorités juridictionnelles non constitutionnelles (le Conseil d'État – quand il affirme notamment l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, une norme constitutionnelle - ou la Cour de cassation par exemple). La possibilité que ces prétentions concurrentes soient efficaces est une question de fait et non de norme : l'efficacité fournit une indication pour identifier les normes en vigueur, et non un fondement normatif pour dire quelles devraient être les normes constitutionnelles, ce à quoi correspondrait la question de l'authenticité.
- 22 L'efficacité se constate donc, et éventuellement s'explique causalement. On peut considérer qu'elle dépend d'un pouvoir (ce que tant Hoadly que Jackson affirmaient) et que ce pouvoir lui-même est dépendant d'une configuration constitutionnelle au sens large : politique, idéologique et juridique. Donc d'une pratique (qui peut comprendre, ou non, une auto-limitation des possibles interprètes ou au contraire un activisme interprétatif). Cette contingence interdit de penser qu'il y aurait toujours et nécessairement un seul interprète constitutionnel, et/ou qu'il serait toujours le même indépendamment de cette pratique politico-juridique variable. Il est sans doute seulement possible de rechercher des causes (plausibles) à telle configuration donnée, mais guère plus.
- 23 On objectera peut-être une contradiction dans ce qui précède. Mais elle n'est qu'apparente. Dire que l'interprétation constitutionnelle efficace, qui permet d'affirmer que des normes constitutionnelles sont en vigueur, dépend d'une distribution des pouvoirs dans un cadre constitutionnel, reviendrait à reconnaître que des normes constitutionnelles préexistent, qui règlent juridiquement cette distribution des pouvoirs, et donc qui désigneraient le ou les interprètes authentiques ; en même temps qu'elle ruinerait peut-être toute prétention d'une analyse de l'interprétation comme décision. Mais un cadre constitutionnel tel qu'entendu ici ne se réduit pas un ensemble de normes constitutionnelles, même si cet ensemble s'y incorpore. Et le cadre constitutionnel n'est pas statique, et donné *a priori*, mais il est dynamique ; en fonction

des pratiques, notamment politiques et interprétatives qui le reconfigurent en permanence. Les documents constitutionnels, comme cela a été dit, n'ont pas seulement, et peut-être n'ont même pas prioritairement une portée juridique normative. Ils ne servent pas seulement à donner un fondement à des normes juridiques. On a d'ailleurs noté également que toutes les dispositions des documents constitutionnels ne font pas l'objet d'une interprétation normative et que nombre de normes (implicites) règlent des questions constitutionnelles, dont la distribution des pouvoirs, sans lien avec des documents normatifs. Les documents constitutionnels ont aussi une signification de guide pour la pratique des activités politiques et (peut-être surtout) une portée idéologique. Ils définissent des valeurs, parmi lesquelles les valeurs de ce qui est acceptable en termes de distribution et d'exercice du pouvoir (et en cela évidemment ils sont également interprétés de manière idéologique). Y compris le pouvoir d'interpréter juridiquement. L'efficacité de l'interprétation constitutionnelle juridique, telle que nous l'avons entendue, tient moins à la distribution juridique des pouvoirs qu'à la manière dont en pratique ce guide politique est vécu (qui dit ce qui est perçu comme légitime constitutionnellement, et non comme simplement conforme aux normes constitutionnelles) ; et il est vécu ainsi à la lumière d'une idéologie que le cadre constitutionnel incorpore, et qu'il renforce par cette incorporation comme idéologie positive. Dans ce cadre, des interprétations sont faites qui sont normatives, mais qui dépendent pour leur efficacité d'abord de la position politiquement et idéologiquement conquise (c'est là la condition de l'efficacité), qu'elles renforcent à leur tour par leur efficacité. Il est probable que dans un cadre constitutionnel marqué idéologiquement par la séparation des pouvoirs, et l'équilibre, la possibilité d'efficacité concurrentes d'interprétation soit admissible, ou à tout le moins que l'efficacité de chaque interprétation constitutionnelle soit conditionnée par la question constitutionnelle à régler, et le positionnement relatif de l'interprète.

- 24 L'efficacité de l'interprète constitutionnel dépend ainsi de plusieurs choses, et notamment : de la position de pouvoir acquise par l'interprète dans le système (qui dépend elle-même de sa capacité à affirmer efficacement des normes lui conférant cette position) ; de l'impossibilité pour s'opposer à cette ou ces interprétations de produire des normes les paralysant, qui dépassent le rang d'une prétention (et ici particulièrement des normes ouvrant des recours contre ces interprétations) ; de l'acceptabilité des positions adoptées au regard de l'idéologie positive. Et il convient d'insister sur le fait que ces éléments ne sont ni préalables, ni donnés de manière définitive : ils sont enjeux permanents de la pratique juridico-politique et notamment de la pratique interprétative.

3 - Concurrence d'interprétations

- 25 Si l'interprétation pratique (juridique) est toujours une décision, il y a par définition une pluralité d'interprétations (comme actes). Même en s'en tenant aux interprétations efficaces, il y a probablement pluralité d'interprétations (comme actes). Mais cette pluralité n'a de sens politique ou d'intérêt théorique que si à la pluralité d'interprétations comme actes correspond une pluralité de significations comme normes : si tous les actes ne parviennent pas aux mêmes résultats. Or cette question est parfaitement contingente, et ne peut se décider qu'empiriquement, en décrivant un cadre constitutionnel donné à un moment donné, dans toutes ses composantes :

documents constitutionnels, pratiques politiques et interprétatives (donc y compris les normes en vigueur) et idéologie positive. Et il est tout à fait possible que cette description mette en évidence l'existence d'une concurrence d'interprétation (et donc des normes en vigueur concurrentes), la possibilité mais l'inexistence d'une concurrence d'interprétation (notamment parce que la pluralité d'interprètes conduit à une similarité interprétative, dont les causes peuvent être variables : existence de contraintes juridiques au sens de la Théorie des contraintes juridiques,⁹ intersubjectivité forte au sens des cas faciles de Hart,¹⁰ etc.), enfin l'inexistence et l'impossibilité de concurrences interprétatives si l'idéologie positive et les formes juridiques conduisent à pouvoir placer un interprète constitutionnel dans une situation où il peut efficacement imposer son interprétation (il resterait à savoir si un tel système est envisageable, s'il existe, et si l'affirmation porte sur tous les cas au profit du même interprète, ou sur des interprètes différents relativement à des questions différentes et indépendantes : une hypothèse théorique qui demande à être testée).

- 26 La question des interprétations concurrentes de la constitution est donc à proprement parler la question de l'existence et de la possibilité d'une concurrence des interprétations comme significations et non comme actes : d'un conflit de normes en vigueur. Elle cherche à élucider si une concurrence de prétentions pour dire des normes constitutionnelles concurrentes de manière (relativement efficace) est possible, même si elle sera tranchée *in fine* au profit d'une seule d'entre elles, en général, et à un moment donné.
- 27 **A** - On pourrait envisager, d'une manière excessivement abstraite et théorique, des décisions sans raisons : par exemple que l'attribution d'une signification à un énoncé constitutionnel dépende seulement du hasard, au besoin avec l'aide d'un système automatisé qui sélectionnerait une signification non encore utilisée, quelle qu'elle soit, et sans autre contrainte que l'aléa. Nous aurions bien une décision de l'interprète humain puisque la sélection automatique ne serait rien sans l'adoption du résultat comme signification de l'énoncé par l'interprète humain. Mais nous dirions sans doute que la décision est sans raison, non justifiée (ce qui serait malgré tout erroné puisque cette sélection automatique constitue une raison malgré tout, même si elle ne nous paraît pas une bonne raison). De même manière on pourrait restreindre la justification à une méthode à la Humpty Dumpty : « Quand j'utilise un mot, dit Humpty Dumpty avec un certain mépris, il signifie exactement ce que j'ai décidé qu'il signifie, ni plus, ni moins [...] la question est de savoir qui est le maître - c'est tout »¹¹, et imaginer une interprétation qui ne serait justifié que par le bon vouloir de l'interprète. Mais il est probable que cette absence de raison (ou plus exactement que ces raisons : le hasard ou le bon vouloir) ne soit pas socialement acceptée, et provoque des réactions critiques fortes (peut-être même davantage que lorsque le contenu de la signification attribuée déplaît, et ce même si la signification attribuée aléatoirement ou selon le bon vouloir pourrait nous satisfaire) : ce serait la représentation même du droit qui serait en cause. Ce détour que l'on espère absurde n'a d'autre ambition que d'insister sur un élément important de l'idéologie juridique positive, qui est celui de la justification. Il peut y avoir plusieurs modalités de décider la signification et donc plusieurs résultats concurrents de la décision, dès lors que coexistent plusieurs méthodes de justification admissibles dans l'idéologie juridique positive.
- 28 A la suite notamment de Jerzy Wróblewski¹², les théoriciens du droit ont élaboré une typologie dont ils se servent pour identifier les méthodes d'interprétation : d'abord du

point de vue analytique pour déterminer comment il est possible conceptuellement d'interpréter ; ensuite d'un point de vue empirique pour déterminer dans un contexte juridique donné les méthodes acceptables (en fonction de l'idéologie juridique positive de ce contexte) et les méthodes utilisées (dans une interprétation donnée au sein de ce contexte). Il faut tout de suite dire que le terme « méthodes d'interprétation » est sans doute parfaitement inadapté. Ces méthodes ne se substituent pas à la décision, et évidemment elles n'ont pas de caractère obligatoire pour décider telle signification ou telle autre. Ce sont en réalité des méthodes de justification de la décision (interprétative), dans un sens très large : à la fois, pour l'interprète, qui peut donner, y compris à lui-même, des raisons légitimant sa décision interprétative, mais aussi, dans une perspective critique, pour un regard externe, aux fins de comprendre les causes de la décision interprétative. Ce sont donc des méthodes au sens de savoir-faire technique. Il faut aussi préciser que ces méthodes appréhendent l'interprétation dans le sens le plus large qui soit : interprétation et construction juridique ; interprétation *in abstracto* et *in concreto* ; attribution de signification, sélection des sources et hiérarchisation des sources. À proprement parler ce sont des méthodes d'argumentation juridique, même si elles reçoivent souvent le nom de « canons de l'interprétation », mais seulement par métonymie du type partie/tout : l'interprétation comme acte intellectuel idéal-typique de l'activité argumentative des juristes (ce qui dit aussi beaucoup sur l'interprétation elle-même).

- 29 Il n'est évidemment pas dans mon propos d'analyser longuement cette typologie. Mais je veux ici l'exposer rapidement car ces types de méthodes permettent de comprendre si et comment des interprétations concurrentes peuvent exister.
- 30 **B** – On peut distinguer dans un premier temps une méthode dite interne, et une méthode dite externe. On parlera aussi, notamment lorsque l'idéologie juridique positive est empreinte d'un formalisme fort, de méthode orthodoxe (pour interne) et hétérodoxe (pour externe). La méthode interne est la méthode qui consiste à avancer comme raison d'une attribution de signification un élément lié au système juridique lui-même. La méthode externe au contraire avancera une raison externe au système (morale, ou droit naturel par exemple ; ou une raison économique, politique etc.). Si la méthode externe n'a pas besoin de plus de précisions ici, la méthode interne doit être elle-même subdivisée. On distingue en effet cinq méthodes (en réalité groupes de méthodes) qui peuvent être dites internes.
- 31 **a) la méthode linguistique.** C'est la méthode qui prétend attribuer la signification à un texte en fonction des règles du langage que ce texte emploie : règles syntaxiques ou sémantiques par exemple. Cette méthode n'est pas exempte de difficultés pratiques puisque comme nous l'avons vu l'indétermination du langage des énoncés sources laissera possibles plusieurs significations. Par ailleurs cette méthode suppose une décision préalable à la décision de signification : le langage de l'énoncé doit-il être traité au sens véritablement ordinaire (plain meaning selon une des règles canoniques de Common Law) ou dans un sens technique (et dans ce cas un sens technique défini par qui : l'auteur du texte qui donne des définitions, toujours en Common Law ? Ou quelqu'un d'autre : l'interprète lui-même ?). Cette méthode est sans doute la plus communément admise et avancée quand il s'agit d'interprétation juridique (jusque dans sa propre caricature, la doctrine interprétative de l'acte clair), mais à elle seule elle est évidemment insuffisante. Dit autrement : écarter cette méthode a un coût élevé

pour l'interprète alors que la retenir réserve la possibilité de produire une prétention concurrente à une autre.

- 32 **b) la méthode dite autoritaire.** Une fois de plus, l'appellation est sans doute maladroite, quoique ce soit sous ce nom que la théorie du droit en général s'y réfère. Ce n'est pas la méthode qui est autoritaire, en tout cas elle ne l'est pas plus que ne le serait toute décision ; mais ce à quoi la méthode renvoie. Il s'agit des attributions de signification qui sont justifiés par référence à une attribution antérieure à laquelle une autorité est prêtée (y compris l'auto-référence pour une cour constitutionnelle par exemple). Très généralement, cette autorité est institutionnelle : elle traduit la légitimité portée à cette autorité (juridiction ou autre), ou en tire profit. Parfois aussi elle peut être intellectuelle, notamment quand on se réfère à des travaux de la doctrine universitaire (si le cas est rarissime en France, cela se produit ailleurs, par exemple dans la décision de la Cour Suprême du Royaume-Uni du 24/9/2019 *Miller 2* où la Cour se réfère aux travaux dogmatiques de la doctrine constitutionnaliste britannique pour expliciter les normes constitutionnelles en vigueur). Cette méthode présente quelques avantages stratégiques : elle permet à l'interprète de se présenter comme un non-interprète puisqu'il prétend reprendre une interprétation préexistante et considérée comme légitime (quelle que soit par ailleurs la méthode mobilisée pour aboutir à la première interprétation) ; ou dans le cas d'une auto-référence à sa propre autorité, comme un interprète cohérent. Mais évidemment, la décision d'utiliser cette signification et non une autre est toujours une décision de l'interprète. Et par ailleurs, ce n'est pas à proprement parler la signification qui est utilisée, et à laquelle une autorité est prêtée, mais l'énonciation de signification par une autorité ; un énoncé donc, qui doit être lui-même interprété. Si *a priori* cette méthode est invoquée comme tendant à éviter des concurrences interprétatives (au moins avec l'interprétation à laquelle une autorité est prêtée), il ne faut pas s'arrêter là et convenir que même cette méthode peut aboutir à faire émerger une interprétation concurrente, par exemple si elle s'oppose à une prétention fondée sur une autre méthode d'interprétation, ou si deux autorités sont mises en concurrence par deux interprétations : ce peut être aisément le cas quand on se réfère à l'autorité de la doctrine, qui n'est pas toujours particulièrement consensuelle ; enfin si l'interprétation de l'énoncé interprétatif référé s'avère constructive.
- 33 **c) la méthode systémique.** Il s'agit d'une situation dans laquelle le choix de la signification dépend de la prise en compte d'un autre choix de signification déjà présent dans le système. S'il s'agit d'une interprétation constitutionnelle, on conviendra que la supériorité attribuée aux normes constitutionnelles réduit le champ des possibles de cette méthode. Mais elle ne doit pas être négligée car elle peut être mobilisée pour plusieurs objectifs : assurer une cohérence entre divers documents constitutionnels ; tenir compte de certaines situations, notamment de relations entre systèmes tels que le système national et un système supranational ou international. Mais pour cela bien entendu il faut que l'interprète décide de rechercher ces objectifs. La lecture du rapport entre le national et le supra national est bien sûr propice à l'apparition de concurrences interprétatives (notamment entre juge national et européen), pour autant que l'on admette qu'il ne s'agit pas de systèmes séparés et étanches, ce qui est à la fois une question idéologico-normative et empirique.
- 34 **d) la méthode fonctionnelle.** Il s'agira ici de justifier le choix de signification par des éléments liés aux fonctions prêtées au document constitutionnel (ou à la norme

constitutionnelle parfois), et notamment à son but ou ses conséquences. Ici, à l'évidence, la distinction conceptuelle entre méthode interne et externe est très faible, de même sans doute qu'entre but et intention (l'identification au moyen du recours aux travaux préparatoires, ou à la référence à un Esprit de la constitution en témoignent). Mais une situation sans doute justifie le maintien de cette méthode ici : lorsqu'un juge constitutionnel attribue une signification à un document constitutionnel parce que toute autre attribution aurait pour conséquence de devoir prononcer par exemple l'annulation d'une loi pour inconstitutionnalité matérielle (le recours à la technique des réserves d'interprétation en droit positif français en est un exemple).

- 35 **e) la méthode intentionnelle** repose sur la prise en compte de la volonté de l'auteur du document. La notion de volonté du constituant est évidemment une des notions les plus contestées de l'analyse juridique. On ne sait jamais s'il s'agit du constituant historique, ou d'un constituant idéal ; pas plus qu'on ne sait si l'auteur désigne le rédacteur du document, l'inspirateur politique ou l'auteur juridique proprement dit, celui qui a voulu le texte comme constitution, à qui le texte est imputé, et dont la volonté est la condition juridique de la validité (le corps électoral, appelé Peuple, dans le cas d'un referendum constitutionnel par exemple). Les méthodes pour découvrir cette volonté sont aussi des plus confuses, particulièrement pour un auteur collectif. Mais comme avec la méthode dite autoritaire, les intérêts stratégiques sont évidents, qui présentent (de manière illusoire) l'interprète comme un non-interprète, reconnaissant prétendument une légitimité interprétative qui lui serait supérieure.
- 36 **C – Ces six méthodes d'interprétation (cinq internes et une externe) constituent une typologie analytique utile, mais dont il ne faut pas exagérer la portée.**
- 37 En premier lieu, on l'a dit, la possibilité de recours à ces méthodes de manière effective, pour rendre possibles des interprétations concurrentes, dépend étroitement de leur acceptabilité en fonction d'une idéologie juridique positive. Toutes ces méthodes ne sont pas également acceptables selon une idéologie positive donnée, et certaines (linguistique, intentionnelle ou la méthode dite autoritaire) semblent plus généralement acceptées que d'autres (tout en permettant, il faut le souligner, de décider très librement de significations concurrentes en occultant ou au moins en dissimulant partiellement le choix des interprètes comme décisions, sur la signification comme sur les méthodes). L'idéologie juridique configure les méthodes disponibles, mais cette configuration ne contraint pas à l'uniformité des interprétations constitutionnelles puisque même les méthodes les plus communément acceptées autorisent et même contraignent à choisir entre plusieurs significations.
- 38 En second lieu ces méthodes qui peuvent servir aussi bien comme justification assumée que comme dévoilement des causes du choix d'une signification sont en réalité affirmées par l'interprète de manière très inégales. Il paraît évident que la justification est apportée d'autant plus aisément par l'interprète que les raisons de l'interprétation sont admissibles au regard de l'idéologie juridique positive : une raison linguistique ou liée à l'intention du constituant est là encore plus fréquemment invoquée ouvertement par l'interprète qu'une raison politicienne, ou fonctionnelle par exemple. Pour autant, dans tous les cas, il s'agit bien de décider des méthodes pour décider de la signification, ou pour justifier ce choix. Cela contraint l'analyste à vérifier que les méthodes invoquées sont cohérentes avec le choix de signification, ou à rechercher, si ces méthodes ne sont pas invoquées, ou si elles sont invoquées de manière incohérente, quelles sont les méthodes qui conduisent de manière cohérente au choix de

signification effectué : une reconstruction critique du langage qui ne vaut pas davantage que toute reconstruction, et qui ne peut se réclamer que d'une cohérence plausible ; et non d'une causalité, notamment psychologique et historique. La question de savoir si une concurrence d'interprétation résulte de choix conscients ou non des interprètes (une stratégie qui présuppose une conscience des possibilités interprétatives), de divergences méthodologiques (sélection de différentes méthodes ou au sein d'une même méthode résultats différents) ou de divergences idéologiques (admissibilité des mêmes méthodes, voire sentiment d'obligation d'utiliser une méthode et non les autres) ne peut pas être tranchée.

- 39 En troisième lieu, si l'interprète admet l'acceptabilité (sociale ou par lui-même) de plusieurs méthodes, la question d'une méta-règle méthodologique de combinaison et de priorisation des méthodes retenues se pose. Cette méta-règle qui indique dans quel ordre conjuguer les méthodes peut être stratégique (pour justifier la signification décidée, et elle pourrait mettre l'interprète constitutionnel en concurrence avec ses propres interprétations constitutionnelles dans un autre cas) ou normative (pour décider la signification à retenir) ; et dans ce dernier cas être dépendante de l'idéologie positive (c'est le cas par exemple dans la culture de Common Law britannique qui l'énonce sous la forme d'une norme de précédent, entre *Plain meaning Rule*, *Golden Rule* et *Mischief Rule*), ou de l'idéologie propre à l'interprète.
- 40 Une méta-règle méthodologique (utilisée) est de la forme suivante :
- 41 a) Les méthodes d'interprétation MI1 (disons *linguistique*), MI2 (disons *intentionnelle*) et MI3 (disons *fonctionnelle*) sont les seules acceptables et doivent être utilisées dans cet ordre (méta-règle proprement dite)
- 42 Sa mobilisation conduit à :
- 43 b) interprétation 1 : selon MI1 l'énoncé constitutionnel EC1 a pour signification S1 (avec la méthode se référant au langage technique des juristes), S2 (avec la méthode se référant au langage ordinaire au moment de l'édiction de EC1) et S3 (avec la méthode se référant au langage ordinaire actuel)
- 44 c) interprétation 2 : selon MI2 EC1 a pour signification S1 (selon les travaux préparatoires de la constitution, par exemple le compte rendu d'un débat parlementaire), S2 (selon la reconstruction de ce que voudrait un constituant idéal : l'esprit de la constitution) et S4 (selon les mémoires de l'inspirateur politique de la constitution)
- 45 d) interprétation 3 : selon MI3 EC1 a pour signification S2 (selon la méthode téléologique) et S4 (selon la méthode conséquentialiste)
- 46 e) EC1 a pour signification S2 (ascription de signification conformément à la méta-règle : S2 est une signification acceptable selon les 3 méthodes, puisqu'aucune des méthodes mobilisées successivement ne parvient à une seule signification, pas plus que l'usage des deux premières méthodes seules).
- 47 En a) s'opère une décision qui conditionne l'interprétation constitutionnelle et la possibilité d'interprétations constitutionnelles concurrentes, y compris pour le même interprète, notamment dans une démarche stratégique. Cette décision est-elle même conditionnée par le pouvoir institutionnel que l'interprète acquiert dans un cadre constitutionnel et cette acquisition dépend de la pratique politique et interprétative, de l'idéologie juridique positive, et (en ce sens seulement) des normes en vigueur comme produits de cette pratique en fonction et au soutien de l'idéologie juridique positive.

NOTES

1. En parlant de type particulier, je ne présuppose en rien une opposition radicale entre droit et politique. Ce qui est juridique (et c'est une question d'idéologie positive) est une « forme » particulière de l'activité politique.
2. CC, Décision 75-105 DC, 25 juillet 1979 : « Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle », qui énonce une norme constitutionnelle sans pouvoir en désigner la source textuelle.
3. Par exemple Michel TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002/2 (n° 50), p. 335-353.
4. Par exemple Riccardo GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, 2013, n° 3, p. 1123-1135
5. Par exemple Pierluigi CHIASSONI, « Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico », in Paolo COMANDUCCI et Riccardo GUASTINI (dir.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudencia analitica*, Turin, Giapichelli, 2004, p. 55-124
6. Cité par John Chipman GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New-York, Columbia University Press, 1909.
7. Cour Suprême des États-Unis, 344 U.S. 443, 1953.
8. Par exemple Hans Kelsen, (Traduction française de la 2^e édition en allemand par Charles EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962.
9. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Christophe GRZEGORCZYK et Michel TROPER (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005
10. Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires de Saint Louis, 2005. A vrai dire, si la notion de cas facile est clairement au cœur de la réflexion de Hart, notamment sur la texture ouverte, sans être clairement exploitée, ce sont sans doute ses critiques et en premier lieu Dworkin qui ont davantage figé le concept en occultant l'intersubjectivité potentielle et au profit d'une normativité de la catégorie (voir par exemple : Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978).
11. Lewis CARROLL, De l'autre côté du miroir.
12. Jerzy WRÓBLEWSKI, « Legal Decision and Its Justification », *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53/54, mars-juin 1971.

RÉSUMÉS

Poser l'hypothèse qu'il y aurait des interprètes concurrents de la constitution impose une clarification de ce que signifie « interpréter la constitution ». L'identification ensuite de la possible diversité d'interprètes comme acteurs doit être examinée à la lumière de ce que signifie une concurrence d'interprétation : la possibilité de produire des normes constitutionnelles différentes, également (plus ou moins) efficaces.

Assuming that there would be competing interpreters of the constitution requires a clarification of what it means to "interpret the constitution". Then, the identification of a possible diversity of interpreters as actors has to be examined in the light of what is meant by a competition of interpretation : the possibility of producing different constitutional norms, equally (more or less) effective.

INDEX

Mots-clés : théorie de l'interprétation, interprétation constitutionnelle, normativité constitutionnelle, efficacité

Keywords : theory of interpretation, constitutional interpretation, constitutional normativity, effectiveness

AUTEUR

ÉRIC MILLARD

Éric Millard est professeur de droit public à l'Université Paris Nanterre au Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074), eric.millard@parisnanterre.fr