九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

L'acte constituant et le temps : écriture et lecture du texte

Minamino, Shigeru
Professeur adjoint à l'Université de Kyushu

https://hdl.handle.net/2324/19647

出版情報：pp.37-47, 2003-01. L'Hermès
バージョン：
権利関係：

Vème séminaire franco-japonais de droit public

Sous la direction d'Alexandre VIALA
Professeur à l'Université Montpellier I

La constitution et le temps

Du 4 au 10 septembre 2002

Centre d'Etudes japonaises d'Alsace (Colmar)
et Faculté des sciences Juridiques de l'Université Lumière (Lyon II)

Avec la participation du Centre d'études japonaises d'Alsace de Colmar, de l'Institut Raymond Carré de Malberg de l'Université Robert Schuman de Strasbourg III, de la Faculté des Sciences Juridiques de l'Université Lumière de Lyon II, du Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques de l'Université Montpellier I et du Groupe Japonais d'études de Droit Constitutionnel Français.

L'HERMÈS
14 bis rue Cavenne 69007 LYON
www.l-hermes.fr
l-hermes@wanadoo.fr

L'acte constituant et le temps : écriture et lecture du texte

Le titre original de mon intervention, tel qu'il m'a été proposé était : « Constitution : texte pour l'avenir ou texte du passé ? ». J'ai naturellement essayé de comprendre ce dont son auteur aurait souhaité que je parle sous un tel titre, dans le cadre de ce séminaire intitulé « la constitution et le temps » et dont le projet, écrit probablement par le même « auteur », explique apparemment ses intentions concernant ce séminaire et ce dont on devra y discuter. Ayant lu ces textes de référence et cru avoir compris lesdites intentions, j'ai décidé, tout en souhaitant y rester fidèle et ne pas les trahir, d'intituler mon intervention « l'acte constituant et le temps : écriture et lecture du texte ». Qu'ai-je ainsi fait et pourquoi l'ai-je fait ? Ce que j'ai fait est, à mon sens, exactement ce que font habituellement les juristes-interprètes au sens le plus large du terme, et la raison pour laquelle je l'ai fait est précisément parce que j'ai trouvé bon de le faire. Je voudrais ainsi traiter la question de savoir quel rapport on peut trouver entre l'acte constituant, acte par lequel cette chose qu'on appelle « Constitution » est créée, et le temps. Mais avant d'aborder cette question, je voudrais m'attarder sur une question préliminaire qui commande en réalité toute la suite de notre investigation. La question est celle-ci : qu'est-ce qu'une « Constitution » ?

I – Une conception de la Constitution : le modèle « mono-temps »

Selon des courants théoriques s'englobant sous le qualificatif de « formaliste », une Constitution est un document intitulé « Constitution ». De ce point de vue, la formule célébrissime de l'article 16 de la Déclaration de 1789 est fausse. Or la dichotomie formaliste / matérialiste concernant la conception de la « Constitution » importe, pour mes propos, très peu. Plutôt, comme le sous-entend, ou semble le laisser entendre, le sous-titre original qui m'a été suggéré, c'est-à-dire « texte pour l'avenir ou texte du passé ? », le fait que dans la tradition constitutionnaliste moderne, le phénomène normatif appelé « Constitution » est en général appréhendé comme étant le produit d'un pouvoir constituant originaire ou dérivé, dont le peuple souverain est aussi généralement considéré comme étant le détenteur, m'intéresse davantage.

Comme chacun sait, cependant, à cette vision traditionnelle selon laquelle la « Constitution » est un produit du passé mais contraint néanmoins l'avenir

d'une façon ou d'une autre, on peut trouver plusieurs objections et quelques propositions alternatives.

Par exemple, aux conceptions fort répandues tant formelle que matérielle de la « Constitution », qui ont somme toute comme point commun décisif la supposition, logique et consciente pour la première et souvent inconsciente pour la seconde, que la Constitution est une norme, la perspective que propose la théorie dite « réaliste » de l'interprétation apporte une sorte de subversion sérieuse. Selon cette perspective, du moins dans sa version la plus répandue en France, qui est « aujourd'hui bien connue » mais « loin d'être universellement acceptée », pour reprendre les mots de Michel Troper[53], avant d'être interprété par l'organe chargé de l'application d'une norme constitutionnelle, ce qui existe n'est en réalité pas une norme, mais un texte. Par l'intermédiaire de l'interprétation de ce texte par l'organe chargé de l'interprétation « authentique », *a priori* la cour suprême ou la cour constitutionnelle, une norme constitutionnelle voit pour la première fois le jour. Ainsi, pour cette perspective, ce qui crée la Constitution en tant que norme, ce ne sont pas les « pères de la Constitution » ni le « peuple constituant souverain », mais le juge constitutionnel. On pourrait le dire autrement : le pouvoir constituant n'appartiendrait pas au peuple souverain, mais au juge et, si l'on va jusqu'au bout de cette démarche, puisque le fondement du statut du juge se trouve habituellement dans la Constitution, et que c'est le juge lui-même qui interprète celle-ci, ce serait alors lui qui créerait la norme relative à son statut, et du coup, il faudrait admettre que le pouvoir constituant appartient à ceux qui se disent être juges constitutionnels. Conçue comme l'œuvre du juge constitutionnel, la norme constitutionnelle ne serait plus le produit de l'acte constituant *génésiaque*, un phénomène *d'un seul coup* et donc statique, mais un phénomène qui, par l'intermédiaire de l'interprétation quotidienne du juge, se montrerait progressivement, donc un phénomène dynamique.

Comme l'avance Olivier Cayla, « depuis l'apparition d'une constitutionnalité à tout le moins juridictionnelle (...), la normativité constitutionnelle (...) est bien moins le résultat d'une *activité constituante située dans le passé* que d'une *activité constituante toujours à venir*, donc nécessairement *inconnue* (...). [La] constitutionnalité ‹ dégagée › par le Conseil constitutionnel (...), loin de connaître une quelconque stabilité ni la moindre fixité, revêt au contraire la forme éminemment *fluide* (...) d'un *processus toujours inachevé*, c'est-à-dire *toujours en train* de se dérouler, lors de chaque *événement constituant* que chaque décision du juge constitutionnel fait advenir. (...) [L']utilisation du syntagme ‹ bloc de constitutionnalité › [est précisément] la preuve d'une impossibilité de réduire

[53] Michel TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, repris dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 329-346, at p. 332.

désormais la normativité constitutionnelle effectivement en vigueur à la seule ‹ Constitution d'octobre 1958 › »[54].

Or, cette perspective réaliste, certes assez convaincante en ce sens qu'elle montre bien la vulnérabilité de la thèse traditionnelle portant sur l'interprétation du juge, autoriserait néanmoins d'émettre quelques objections. Parmi celles-ci, je me contente d'en souligner deux, qui concernent précisément la question du rapport entre l'acte constituant et le temps.

La première est que le réaliste ne répond pas à la question de savoir ce que signifie le fait brut que l'interprétation du juge elle-même s'exprime habituellement sous la forme d'un texte écrit. Comme le réaliste le fait valoir, si *tout* texte est dépourvu de signification avant d'être interprété, alors la sentence aussi en serait dépourvue sans interprétation. Qui interprète la sentence ? Pourquoi et comment le réaliste peut-il admettre que par l'interprétation d'un texte par le juge une norme est créée et savoir quelle est la norme ainsi créée par le juge ? Ne faudrait-il pas encore au moins une interprétation pour comprendre la signification de ce que le juge a écrit ? Arrêter la démarche au moment de la sentence me paraît en fait insuffisant, voire incohérent[55]. Je reviendrai plus tard sur ce point.

La deuxième objection porte sur le fait que, bien que le réaliste distingue le texte constitutionnel établi par le constituant et la norme constitutionnelle dégagée par l'interprétation juridictionnelle, il semble que, dans une démarche extrême du réaliste, le texte ne comptant pas, et étant donné que l'interprète peut discrétionnairement créer une norme, on considère normalement que c'est l'interprète à lui seul qui, sans tenir compte de l'existence du texte, est *l'auteur* d'une norme constitutionnelle. Cela veut dire que la perspective réaliste considère elle aussi, comme la vision traditionnelle, que la Constitution est un produit *d'un seul coup*, à la seule différence que dans le réalisme c'est le temps de l'interprétation où surgit la norme constitutionnelle, alors que dans le constitutionnalisme moderne c'est le moment de l'acte constitutant. En d'autres termes, malgré cet écart chronologique qui les éloigne l'une de l'autre, les deux

---

[54] Olivier CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, Conseil constitutionnel / LGDJ, 1999, pp. 106-141, at pp. 131-132.

[55] Il semblerait certes que M. Troper admette une telle possible objection selon laquelle l'inteprétation du juge pourrait à son tour faire l'objet d'une interprétation et donc que ce serait insuffisant, mais en réalité il ne traite là principalement que la question concernant des tribunaux inférieurs par rapport à la jurisprudence d'une Cour souveraine en avançant qu' « il est vrai que [les tribunaux inférieurs] doivent, avant de les appliquer, interpréter la loi et la jurisprudence des cours souveraines, mais cette interprétation est contrôlée : si elle n'est pas jugée conforme, elle peut être réformée ». Voir M. TROPER, *supra* note 1, pp. 336-338. L'objection que j'ai formulée plus haut ne vise pas que l'interminable chaîne de l'interprétation entre tribunaux et cours.

conceptions de la norme constitutionnelle tombent sur un même plan de conceptualisation, celui de ce que j'appellerai « mono-temps ». Et c'est précisément en partant de cette deuxième objection que l'on peut traiter d'un autre courant théorique qui s'efforce de prendre en considération, non seulement le temps de l'écriture du texte ou le temps de sa lecture, mais ces deux temps ensemble. Voyons maintenant ce courant à « deux-temps », courant dit « herméneutique », dont l'auteur propulseur en France est Olivier Cayla.

II - L'acte constituant à deux temps : perspective herméneutique

Selon M. Cayla, la prespective herméneutique « prend à radical contrepied le modèle classique de l'acte constituant opéré d'un seul coup par l'adoption d'un texte constitutionnel (...). Car, elle renvoie fondamentalement (...) [aux] créations artistiques qui s'élaborent ‹ *en deux temps* ›, celui d'abord de *l'écriture d'un texte* (de la pièce de théâtre en art dramatique, de la partition en musique par exemple), celui ensuite de la *lecture de ce texte* par des ‹ *exécutants* › ou ‹ *interprètes* ›, dont le jeu expressif fait émerger effectivement l'œuvre artistique dans sa matérialité propre (la pièce de théâtre ou la symphonie n'existe, comme œuvre effectivement perceptible par les sens, que lorsqu'elle est jouée) »[56]. Je n'ai pas le temps de tenter une démonstration détaillée du recours dans la philosophie et la théorie du droit à la métaphore artistique, dont l'une des plus célèbres illustrations est, comme s'y réfère *passim* M. Cayla, l'article d'Ernst Kantorowicz[57], ni de la distinction générale au sein de la théorie de l'art entre les « arts à un temps » et les « arts à deux temps », dégagée par Henri Gouhier[58]. Je me contente de l'esquisser et de voir ensuite les conséquences importantes qui découlent d'une application de cette distinction au droit.

La différence entre l'art à un temps et l'art à deux temps revient, somme toute, à celle entre l'*immédiateté* et la *médiateté* concernant la fabrication d'une œuvre d'art. Il est ici question de savoir, dans une perspective toute empirique, à quel moment on peut matériellement constater, dans la manifestation sensible, l'existence concrète d'une œuvre d'art. Dans l'art à un temps, typiquement la peinture ou la sculpture, en raison du caractère durable et stable de leur matériau, la fixité des œuvres permet à leur auteur de procéder immédiatement à leur fabrication. Du geste créateur une fois achevé,

---

[56] O. CAYLA, *supra* note 54, pp. 133-134, soulignés par l'auteur.

[57] Ernst KANTOROWICZ, « La souveraineté de l'artiste », repris dans E. KANTOROWICZ, *Mourir pour la Patrie*, Paris, PUF, 1984, pp. 31-57.

[58] Henri GOUHIER, *Le théâtre et les arts à deux temps*, Paris, Flammarion, 1989, 264 p.

il résulte l'objet créé, qui entame dès cet instant sa carrière d'œuvre d'art. Ici, l'objet atteste lui-même de sa propre qualité d'œuvre d'art. Or, dans l'art à deux temps, typiquement le théâtre ou la musique, c'est exclusivement sur scène, dans l'actualité singulière de chaque représentation, où le jeu des acteurs fait « vivre » le texte dans l'occurrence événementielle d'un spectacle, que l'œuvre dramatique ou musicale parvient à l'existence effective et sensible. M. Cayla écrit que « c'est toute la distance pragmatique et herméneutique entre le texte – mort – et la parole – vivante – qui sépare l'art à un temps de l'art à deux temps, mais qui sépare surtout, au sein même de l'œuvre d'art à deux temps, le premier temps du texte du second temps de la représentation »[59]. Dans une telle vision de l'art à deux temps, ni l'inventeur du texte (pièce dramatique ou partition musicale) ni l'ensemble infini de ses interprètes (acteurs, musiciens ou metteurs en scène) ne peut prétendre revendiquer pour lui seul la qualité d' « auteur » de l'œuvre. En effet, ni l'un ni l'autre, à lui seul, ne peut fabriquer cet œuvre. L'auteur de l'œuvre n'est donc « qu'une personne abstraite, fictive et artificielle qui les transcende tous, mais qui ne prend corps, sur le mode de la représentation (et jamais de la présence) que par les actes d'écriture et de lecture, ce qui fait des rédacteur et lecteurs du texte, à égalité, de simples *acteurs* au service du même auteur »[60], auteur fictif et abstrait, et jamais empirique et concret.

L'application à la théorie du droit de ce modèle de l' « art à deux temps » emporte des conséquences considérables. Concernant la Constitution de la Ve République, par exemple, « ni le ‹ peuple › de 1958 ni le juge constitutionnel ne sont l'auteur souverain d'une Constitution qui, de toute façon, n'est pas achevée mais toujours en train de se réaliser »[61]. D'abord concernant le premier temps de la création, le « peuple » de 1958 n'est que « l'inventeur de l'œuvre », ne faisant que l'acte de l'écriture du texte, qui « dans son principe n'opère aucune communication et apparaît dès lors comme essentiellement ‹ *muet* › ». Ensuite pour le deuxième temps, le juge constitutionnel n'est que « l'acteur de la lecture ». Ici se trouve le point essentiel qui oppose la théorie réaliste de l'interprétation à la perspective herméneutique. Pour la première, comme on l'a vu, le juge constitutionnel est le seul réel auteur de la Constitution, mais pour la dernière, le juge n'est qu'une des pièces « d'un mécanisme complexe d'articulation de la parole constituante toujours actuelle d'un ‹ peuple souverain › abstrait et perpétuel »[62].

Pour la perspective herméneutique, « il n'y a pas, écrit M. Cayla, de ‹ peuple › concret qui puisse, par la magie d'un verbe souverain génésiaque,

---

[59] O. CAYLA, « La souveraineté de l'artiste ‹ du second temps › », *Droits*, n° 12, 1990, pp. 129-147, at p. 136.

[60] O. CAYLA, *supra* note 2, p. 135.

[61] *Ibid.*, p. 137.

[62] *Ibid.*, p. 141.

se présenter empiriquement comme un pouvoir constituant originaire, bref, (...) il n'y a aucune origine de la ‹ Constitution de 1958 › dans l'acte d'écriture du texte de 1958, mais bien plutôt dans la somme des actes d'écriture et de réécriture du texte, assortis des actes indéfiniment réitérés de lecture et de relecture de ce texte par les interprètes, sans lesquels il n'y aurait aucune Constitution actuelle, mais tout au plus virtuelle. Autrement dit, nous sommes depuis 1958 jusqu'à aujourd'hui et même jusqu'au jour futur et inconnu de la fin de l'histoire de la Ve République, toujours en train de vivre ce moment originaire qui procède de l'activité constituante menée à chaque instant par des organes qui sont tous, sans exception, des corps déjà constitués »[63].

La perspective herméneutique ainsi présentée me semble certes être en mesure de rendre compte de « la constitutionnalisation prétorienne dégagée par le Conseil constitutionnel », qui déborde largement ce que le texte de la « Constitution » peut contenir, mieux que ne peut le faire le modèle traditionnel de l'acte constituant originaire opérant, du seul coup de l'adoption d'un texte, une « Constitution » qui exprimerait, de manière achevée, la volonté d'un auteur souverain concret et empirique. Certes encore, il conviendrait, avec une telle proposition de modèle d'une « activité constituante à double détente », de parler d'un processus permanent de « constitutionnalisation » toujours en train de se faire, plutôt que de « Constitution », vocable qui renvoie à l'idée inverse d'un ordre achevé et établi une fois pour toutes. Tout cela nous amènerait à remplacer radicalement le modèle traditionnel ou bodinien de Constitution surgie d'un seul acte constituant à un autre modèle de « constitutionnalisation » toujours en train de s'opérer et donc jamais achevable[64]. De plus, selon M. Cayla, cette perspective permettrait également de ne pas verser dans « le nihilisme ravageur » souvent imputé à la théorie réaliste de l'interprétation[65]. Néanmoins, on peut toujours soulever quelques remarques critiques à l'encontre de cette perspective. Et ces remarques surgissent, en fin de compte, d'un simple doute sur cette prétendue possibilité selon laquelle avec la perspective herméneutique, on pourrait ne pas verser dans ce « nihilisme » imputé au réaliste.

---

[63] *Ibid.*, pp. 138-139.

[64] Voir O. CAYLA, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les études philosophiques*, juillet-septembre 1999, pp. 291-310, at pp. 307-308.

[65] Voir *supra* note 2, pp. 136-137.

III - Vers un modèle de l'acte constituant « à trois temps » ?

Sans doute, ce qui soutient cette possibilité de contrer le risque nihiliste existe dans le fait que la perspective herméneutique souligne l' « articulation entre écriture et lecture du texte et si, à l'instar du réalisme juridique, elle est hostile à l'idée de toute limitation par le texte du pouvoir interprétatif du lecteur, elle demeure néanmoins attachée à l'idée qu'un tel pouvoir interprétatif ne peut néanmoins se concevoir que sous la forme de la lecture d'un texte, dont l'écriture préalable et la présence à titre de *prétexte* interprétatif sont par conséquent logiquement indispensables »[66]. Et cette prétextualité du texte écrit au premier temps pèserait *d'une certaine manière* sur l'interprétation, la lecture au deuxième temps ; certains auteurs à l'intérieur du courant herméneutique de la philosophie, comme P. Ricœur, affirment en effet la possibilité d'une limitation minimale de la liberté de l'interprète en raison du nécessaire assujettisment de sa lecture à ce qu'appelle ce dernier « chose du texte »[67]. Mais chez M. Cayla, qui ailleurs montre d'une façon également très convaincante, par exemple en observant la lecture de la Constitution française par le Conseil d'État, à savoir en l'occurence la jurisprudence en séquence concernant le rapport à l'ordre interne entre le traité et la loi, de *Semoules* à *Koné*, en passant évidemment par *Nicolo*, qu'il existe maints exemples de lecture du texte (constitutionnel) qui, « après avoir dans un premier temps dégagé ‹ sa chose ›, parvient ensuite sans difficulté apparente (...) à la retourner suffisamment pour la muer en son exact contraire »[68] et encore ensuite le contraire de son contraire, et qui donc avère ce cas de « liberté interprétative illimitée », si j'ose dire, il semblerait plutôt, en fin de compte, que ladite *prétextualité* ne pèserait pas beaucoup. C'est précisément pour une telle tendance que l'on peut certes croire déduire de ses écrits, que la théorie de M. Cayla est souvent critiquée comme « dangereuse », ou tout autant si ce n'est plus « nihiliste » que la thèse tropérienne.

En effet, sur ce point crucial, ses écrits ne permettent pas toujours de dégager une réponse claire. S'il n'y a pas de limite à l'interprétation au sein de sa théorie, on peut produire quelques exemples un peu extravagants contre elle. M. Cayla emploie souvent l'exemple du « Brahms empirique » et du « Brahms perpétuel ». Le « Brahms empirique » n'est qu'un acteur de

---

[66] *Ibid.*, p. 140.

[67] Voir Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 156. Également voir Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, trad. fr. par Myriem Bouzaher, Paris, Grasset & Fasquelle, 1992, 406p, et P. RICŒUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, *supra* note 3, pp. 178-188, cités par O. Cayla.

[68] O. CAYLA, *supra* note 14, p. 294.

l'écriture de la partition du 5e concerto, mais non *l'auteur* de l'œuvre musicale effectivement jouée à l'occasion de telle ou telle interprétation particulière. Il est « l'inventeur de la partition qui n'est pas elle-même la musique effectivement jouée, c'est-à-dire matériellement *constituée*, et il n'est lui-même qu'un *acteur au service de l'auteur* du 5e concerto qui le transcende, et qu'on pourrait appeler le ‹ *Brahms perpétuel* ›. Toute *recherche* (...) de *l'intention* musicale *réelle* et ‹ *originaire* › du Brahms empirique par l'interprète Gould par exemple, pour conférer à son jeu d'exécutant la qualité d'un jeu prétendument ‹ *fidèle* › ou ‹ *exact* ›, est une entreprise totalement *absurde* dans une telle perspective ‹ herméneutique ›. Car l'intention de l'auteur, celle du ‹ Brahms perpétuel ›, ne réside de toute façon jamais dans le texte muet ni dans le ‹ contexte › historique et géographique du moment et du lieu ‹ originaires › de son écriture : le ‹ Brahms empirique ›, par son acte d'écriture, a précisément *investi* les futurs interprètes éventuels, dont Gould en particulier, du soin *d'exprimer à sa place* l'intention musicale imputable à l'auteur ‹ Brahms perpétuel › »[69]. Alors, voici donc les exemples extravagants : si, non pas Gould, mais moi, je joue, à la place du 5e concerto, une mélodie japonaise, et si je soutiens malgré tout que je joue le 5e concerto, alors, suis-je un composant des « agents commis ensemble à la fonction de porte-parole » du Brahms perpétuel ? Si je dis, par mon interprétation propre de la Constitution de la Ve République, que je suis le vrai Conseil constitutionnel, alors suis-je une pièce d'un « mécanisme complexe d'articulation de la parole constituante toujours actuelle d'un ‹ peuple souverain › abstrait et perpétuel » ? De tels exemples doivent sembler stupides. En effet, la situation dans laquelle je soutiens que je joue le concerto de Brahms, tout en jouant une mélodie japonaise, ou bien celle où je soutiens que je suis le juge constitutionnel ne doivent pas sembler réelles. C'est contraire, tout simplement, à notre bon sens. D'où la deuxième objection.

Dans la perspective que propose M. Cayla, il n'existe sans doute pas de distinction entre une « mauvaise » et une « bonne » interprétation. Il me semble néanmoins qu'en réalité, cette distinction existe, ce qui ne veut toutefois pas dire qu'une telle distinction est objective. Si je joue au théâtre de Champs-Elysées, au nom du 5e concerto, une pièce japonaise, alors on peut naturellement imaginer que l'auditoire ne sera pas content, voire en colère. Peut-être y-aura-t-il une émeute de gens voulant se faire rembourser devant la caisse. Si je m'appelle Conseil constitutionnel et déclare que telle ou telle loi est contraire à la Constitution, aucune autorité ne m'écoutera, ou même bien avant ceci, personne ne me saisira.

Ce qui n'apparaît pas de front ou du moins n'est pas traité amplement dans la perspective de M. Cayla, ni d'ailleurs dans celle de M. Troper, est cet

---

[69] O. CAYLA, *supra* note 2, p. 136.

« auditoire », le public, et encore sa « réaction ». Lorsque le Conseil constitutionnel, le vrai, déclare qu'une loi est inconstitutionnelle, cette décision du Conseil est publiée sous une forme écrite, c'est-à-dire un texte. Pour saisir ce que le Conseil a dit, il faut le lire. Or, *quand lire, c'est interpréter*. Alors, qui lit ? C'est le gouvernement, le parlementaire, le Président de la République, le juge, le professeur, le citoyen etc., bref le « public ». Je n'ose pas jouer une pièce japonaise au nom du 5e concerto. C'est parce que je suis en présence du public, parce que j'ai un interlocuteur. Tout cela mettrait en relief la problématique qui est à mon sens inévitablement au cœur de la théorie de l'interprétation, et qui partant devrait occuper une place incontournable quand on réflechit sur le rapport entre la Constitution et le temps, en se référant à la perspective herméneutique : la problématique de « l'interprétation de l'interprétation », de « la lecture de la lecture ». On me permettra ici de citer Friedrich Müller : « l'interprétation crée du texte supplémentaire, elle est elle-même texte, texte qui, suivant un enchaînement continu, est lui-même interprétable et doit être interprété »[70].

À vrai dire, on peut trouver une attention particulière au « public spectateur » dans un article de M. Cayla. Dans le contexte des deux temps de l'acte de création artistique, il avance une comparaison entre la souveraineté *illimitée* de l'artiste du premier temps et la souveraineté *limitée* de celui du deuxième temps. Illimitée pour le premier temps, car l'artiste lui seul est juge du caractère d'œuvre d'art qu'il convient de reconnaître au produit auto-manufacturé de sa fantaisie créatrice : « Tout objet dont l'existence procède d'une fabrication immédiate est (...) œuvre d'art par *l'exclusif jugement de son auteur* »[71]. Or, l'artiste du deuxième temps ne jouit pas de cette même souveraineté illimitée. C'est précisément parce que l'artiste du deuxième temps, l'interprète, joue devant le public spectateur. « En effet, procédant du geste médiateur et second de l'acteur interprète, ce qui est représenté n'acquiert son *titre* d'œuvre imputable à l'auteur, que si l'on veut bien le croire, que si l'on suppose la fidélité, la fiabilité, la crédibilité de l'exécution, que si l'on présume le jeu expressif adéquat. [Et ce] verdict d'adéquation ne peut être rendu que par le *public spectateur* qui, par ses applaudissements – ou ses huées –, consent – ou se refuse – à ratifier le *préjugé* favorable dont il gratifie *a priori*, avant de le voir ‹ à l'œuvre ›, tout interprète prétendant à ses suffrages »[72]. En d'autres termes, l'interprète doit attendre ce verdict du public, et c'est seulement pourvu que celui-ci daigne faire *comme si* une telle adéquation était objectivement constatable, que l'œuvre d'art à deux temps apparaît.

---

[70] Friedrich MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. fr. par Olivier Jouanjan, Paris, PUF, 1996, 438p. at p. 43.

[71] O. CAYLA, *supra* note 2, p. 134.

[72] *Ibid.*, p. 142.

Cette attention prêtée par Olivier Cayla à la fin de son article publié il y a plus de dix ans est, à mon sens, d'une importance primordiale. On peut y puiser les clefs de l'éventuelle réplique de sa part à la critique sur la dangérosité et le nihilisme pire que le réalisme, imputés à sa théorie. Il n'en est pas moins vrai, cependant, qu'à partir de cet article, cet auteur radical et novateur de l'EHESS, qui, avec Michel Troper, produit sans cesse des travaux exceptionnels dans la réflexion juridique en France qui reste assez largement « sourde au langage »[73], semble désormais être enclin plutôt à déceler l'illimitation factuelle de l'acte de lecture effectué en droit par le juge[74]. Ceci contraste d'ailleurs avec la tendance vers une théorisation sur les « contraintes juridiques » au sein desquelles se trouve le juge, que développe M. Troper depuis quelques années[75].

Également et de surcroit, ce sont des clefs pour que l'on puisse rendre compte du phénomène « Constitution », tout en s'inspirant de la thèse de M. Cayla, mais d'une façon à mon sens meilleure que celle-ci, ce qui conclut hâtivement mes propos. À la place du schéma « à deux temps », on pourrait songer à un schéma « à trois temps » : l'écriture, la lecture et la « lecture de la lecture » : l'écriture du texte constitutionnel, l'interprétation du juge constitutionnel et l' « appréciation du peuple ». Comme dans l'art à deux temps où l'heureuse rencontre intersubjective de la prétention représentative de l'acteur avec la reconnaissance du public, non seulement produit l'existence fictive d'une œuvre d'art de *convention*, l'émergence d'un ordre nouveau, conventionnellement attribué à un auteur également fictif, mais aussi et surtout, est *nécessaire* pour faire *réussir* cet enjeu processuel de l'acte créateur d'un œuvre d'art, et dès lors bel et bien *limite* la liberté représentative de l'artiste du deuxième temps, dans le droit, le juge acteur du deuxième temps se trouve assujetti tant par la prétextualité du texte écrit au premier temps que par la *pré-compréhension* que le peuple peut avoir *a priori* de la façon dont ce texte doit être interprété et qu'il compare *a posteriori* avec

---

[73] Olivier JOUANJAN, « Nommer / Normer. Droit et langage selon la ‹ Théorie structurante du droit › », *Le Temps des savoirs*, n° 1, 2000, pp. 39-60, at p. 43.

[74] Par exemple voir O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du Conseil constituitonnel*, n° 7, 1999, pp. 77-86.

[75] Voir par exemple, M. TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », 1995, repris dans M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, pp.85-97 ; « La force des précédents et les effets pervers en droit », 1996, repris dans *ibid.*, pp. 163-172 ; également et surtout, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », 2000, repris dans Otto PFERSMANN et Gérard TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Sorbonne, 2001, pp. 35-48. Un des premiers écrits de M. Troper sur les contraintes remonte quand même jusqu'à son « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », 1981, repris dans son *Pour une théorie juridique de l'État*, *supra* note 1, pp. 95-105.

une compréhension montrée par le juge au deuxième temps, ou plus précisément, avec ce qu'il croit avoir été montré par le juge. Et cette comparaison est effectuée, implicitement ou explicitement, à la suite du deuxième temps de l'interprétation, donc, au troisième temps.

Si l'on peut assumer la pertinence de ce modèle à trois temps, l'acte constituant serait désormais considéré, avec Olivier Cayla, comme processus toujours en train de s'achever, ayant comme agents le peuple du passé, le juge et le peuple du présent, qui sont au total au service de *l'auteur* de la constitution, auteur qui les transcende et qui est donc abstrait et perpétuel. Ce faisant, nous les professeurs de droit pourrions nous rassurer, sans être nihilistes, car notre activité, scientifique ou non, n'est pas du tout inutile en ce sens qu'elle peut influencer l'acte de « lecture de la lecture », précisément de la même manière qu'un critique théâtral ou musical influence l'activité subjective du public spectateur.

Le thème de notre séminaire, « la Constitution et le temps », est en effet d'une portée vaste. Et j'ai choisi *assez* librement de vous parler d'une telle façon, tout en souhaitant, comme je l'ai dit au début, rester fidèle à ce que les organisateurs devaient espérer de moi. À ma lecture du texte écrit par eux, ou à celle des articles de M. Cayla, sera-t-il accordé ou non un verdict d'adéquation ? C'est à vous, le public spectateur, d'en décider.

MINAMINO Shigeru
Professeur adjoint à la Faculté de Droit,
Université de Kyushu, Japon