Questions de société et « interprétation politique » des droits

Manon Altwegg-Boussac

Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/14523>

DOI: 10.4000/revdh.14523

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Manon Altwegg-Boussac, "Questions de société et « interprétation politique » des droits", *La Revue des droits de l'homme* [Online], 21 | 2022, Online since 29 November 2022, connection on 29 November 2022. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/14523> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.14523>

This text was automatically generated on 29 November 2022.

All rights reserved

Questions de société et « interprétation politique » des droits

Manon Altwegg-Boussac

- ¹ Dans la présentation du colloque, Patricia Rapi insiste sur le monopole d'une conception de l'interprétation fondée sur les juridictions constitutionnelles : « La figure de cet interprète dit authentique et ses décisions s'imposent dans ce contexte comme ultime référence pour découvrir, analyser et discuter le contenu de la constitution »¹. Deux problèmes tendent en effet à scléroser la réflexion autour de l'interprétation constitutionnelle. Le premier problème, sans doute le plus reconnu, tient à la focalisation des théories de l'interprétation autour de l'interprétation juridictionnelle. Cette tendance accompagne le renforcement considérable du pouvoir des juridictions constitutionnelles et leur prétention à la légitimité. Une illustration de cette tendance dans la doctrine constitutionnelle française est la manière dont la modélisation doctrinale de la justice constitutionnelle semble accrochée à ne retenir que deux « modèles » de justice constitutionnelle, le modèle américain et le modèle kelsénien (ou européen), tous deux considérés pourtant, dans la perspective anglo-américaine comme relevant d'un même modèle de « *legal constitutionalism* », par opposition au « *political constitutionalism* », autrement dit, un modèle dans lequel l'accent est placé sur la décision juridictionnelle plutôt que sur la décision politique. L'idée d'un modèle « politique » de garantie des droits semble ainsi largement occultée, mise à part quelques thèses et productions récentes², et entourée de suspicion : comment la garantie des libertés pourrait-elle reposer sur la seule raison des organes politiques quand les expériences totalitaires continuent à ébrécher le présupposé politique de la confiance. Il ne s'agit pas ici de défendre par principe un modèle politique de garantie des droits et libertés mais de constater que la réflexion autour des modèles de justice constitutionnelle en France a éclipsé cette discussion alors qu'elle demeure centrale dans d'autres systèmes juridiques, y compris dans les cultures laissant une place très importante aux juridictions constitutionnelles, comme aux États-Unis. Si ce silence est étonnant au regard de la place, historique et symbolique, accordée à la loi dans la

culture constitutionnelle française, il demeure qu'en une dizaine d'années, à partir des années 80, l'idée d'une garantie non juridictionnelle des libertés pourrait avoir été discréditée. Il va de soi que les critères retenus pour façonner des modèles de justice constitutionnelle ont des conséquences sur la perception des libertés dans l'enseignement et dans la recherche en la matière. Or, il est tout à fait possible de placer l'accent sur d'autres formes d'interprétation constitutionnelle, par exemple celle que l'on appelle ici « interprétation politique » ou bien – mais cette question-là a encore beaucoup de chemin à faire –, celle des institutions sociétales (ou « corps intermédiaires ») ou mouvements sociétaux. Le second problème, peut-être le moins visible, tient à ce que l'interprétation constitutionnelle n'est envisagée qu'à travers une relation unique entre un énoncé et sa (ou ses) signification(s) normative(s). On rappelle ainsi, régulièrement, les définitions classiques : « interpréter » est l'acte d'attribuer une signification à un énoncé, ou le résultat de cet acte d'interprétation ; les énoncés constitutionnels sont indéterminés ; l'« interprétation authentique » consiste en l'acte de volonté attribuant cette signification à un énoncé³. Ainsi, personne ne conteste l'indétermination structurelle de ces énoncés constitutionnels en particulier en matière de droits et libertés : non seulement, pris individuellement, ils disent très peu de choses sur les garanties constitutionnelles attendues⁴, mais ils portent, pris ensemble, des horizons potentiellement contradictoires⁵. Personne ne conteste non plus que d'autres éléments interagissent nécessairement pour fonder le choix d'une interprétation de la constitution, qu'ils soient ou non évoqués (c'est tout l'intérêt des courants « réalistes » en théorie du droit) : le contexte politique et social, des contraintes institutionnelles et/ou les conceptions morales et philosophiques des interprètes (etc.). Pourtant, la théorie constitutionnelle semble parfois empêtrée autour de la question de l'interprétation strictement entendue comme l'acte d'attribution d'une signification juridique à un énoncé. Cet attachement à la détermination de la ou des signification(s) des énoncés constitutionnels trouve quelque logique lorsqu'il s'agit de défendre la possibilité scientifique, et l'intérêt heuristique de l'interprétation-connaissance : il s'agit alors de déterminer, dans une perspective critique, les bornes de l'indétermination des énoncés constitutionnels⁶. La théorie réaliste de l'interprétation tire pour sa part des conclusions plus radicales puisque la question de l'indétermination des énoncés, qu'elle soit limitée ou non, n'a de toute façon pas d'incidence sur la définition de la norme entendue comme la signification juridique résultant d'une interprétation authentique et s'imposant en dernier lieu dans l'ordre juridique⁷. Dans cette configuration théorique, la prise en compte des énoncés constitutionnels ne devient pertinente que dans deux cas : soit dans le cadre d'une théorie des contraintes, visant à expliquer les possibles causes d'un choix de telle ou telle signification, soit dans la perspective d'une analyse des justifications produites par les interprètes, lesquelles font évidemment la plupart du temps référence aux énoncés constitutionnels. On peut alors se demander si le mot « interprétation », entendu comme acte d'attribution d'une signification juridique à un énoncé conserve encore un sens à partir du moment où cet énoncé n'est plus vraiment un « point de départ » de cette opération juridique ; il devient plutôt un point d'arrivée à partir d'une justification produite *a posteriori*⁸. Si l'on choisit de conserver le mot « interprétation », il faut sans doute convenir que les données de départ (si l'on veut s'y intéresser) vont au-delà de la seule prise en compte des énoncés : elles pourraient tout à fait intégrer d'autres données comme le contexte politique et symbolique de l'adoption de ces énoncés, des conceptions philosophiques et morales, des faits politiques et sociaux, ou d'autres

éléments scientifiques, techniques psychologiques etc. Il est probable que l'attachement à la seule référence aux énoncés dans les théories « juridiques » de l'interprétation tient aussi à ce que ces théories sont, dans le contexte français, directement accolées à une théorie du droit dont l'enjeu principal est de définir l'objet juridique et de le spécifier par rapports à ceux d'autres sciences, et notamment des sciences sociales. Il est vrai que ce qui distingue une interprétation d'un organe juridictionnel de celle d'une association de protection des droits de l'homme réside dans le fait que seule l'une s'impose dans l'ordre juridique⁹. Mais une fois ce point de définition adopté – le droit est bien le droit, ce que dit l'association dans un média quelconque ne l'est pas – il est heureusement possible de poursuivre la réflexion autour des conditions de la production des significations constitutionnelles notamment en matière de droits et libertés. L'interprétation constitutionnelle (si l'on accepte de maintenir le terme « interprétation » peut en effet être envisagée au-delà d'une équation à deux seuls termes texte-signification.

- 2 En faisant un pas de côté par rapport à la perspective d'une théorie de l'interprétation juxtaposée à une théorie du droit « spécifiquement juridique », il pourrait être intéressant de poser les questions des droits et libertés non plus par référence au support textuel de leur énonciation mais par leur origine « sociétale » : elles se posent en effet à un moment donné, dans un contexte politique et sociétal plus ou moins clivant et appellent un choix politique de production de signification¹⁰. C'est ici que l'expression, que l'on reconnaît très allusive, d'« interprétation politique » des droits et libertés, prend tout son intérêt. Notre propos porte sur les tentatives discursives visant à ramener la question des productions des significations en matière de droits et libertés dans le champ politique : soit parce qu'il s'agit de défendre la légitimité parlementaire contre les prétentions juridictionnelles à décider de ces significations, soit pour affirmer un certain type de raisonnement « politico-moral » contre un raisonnement strictement formel. La difficulté tient à ce que ces discours sont relativement cloisonnés et happés par des perspectives théoriques et normatives plus ou moins assumées. En premier lieu, l'interprétation politique est la plupart du temps identifiée à la question de la place du législateur : la « concurrence » se comprend ici sous l'angle ambigu d'un « conflit » ou d'un « dialogue » entre les interprètes « politique » et « juridictionnel » (I). En second lieu, elle prend les contours d'une théorie normative, politique et/ou morale, lorsqu'elle est identifiée à une manière de raisonner à partir de revendications concurrentes de droits (II).

I-Affirmer la place du législateur dans l'interprétation des droits et libertés

- 3 Poser la question de l'interprétation « politique » de la constitution revient la plupart du temps à interroger la place réservée au législateur dans l'interprétation constitutionnelle. Cette approche doit évidemment être mise en perspective avec une conception de la légitimité démocratique centrée sur la représentation parlementaire et le principe majoritaire. Or, cette question de la « place du législateur » est la plupart du temps mal posée : elle est parfois identifiée à l'existence ou non d'un « dernier mot », lequel interviendrait au terme d'un « dialogue » ou d'un « conflit » dans l'articulation des décisions juridictionnelle et politique (A). Elle est aussi présentée comme une façon de distinguer un certain « domaine » de droits et libertés au sein

duquel la décision devrait revenir au législateur et justifierait ainsi une position de « *self-restraint* » de la part des juridictions constitutionnelles (B).

A-Les théories du « dernier mot »

- 4 Les approches insistant sur le « dernier mot » du législateur s'inscrivent généralement, mais pas seulement, dans deux types de discours ; celui relatif à la modélisation de la justice constitutionnelle et celui cherchant à produire des théories de légitimité de la justice constitutionnelle.
- 5 Le désintérêt pour un modèle politique de garantie des droits dans la doctrine française peut s'expliquer par la prédominance d'une vision normative de la constitution. Dans cette perspective, l'enjeu est de savoir comment résoudre des conflits de normes entre norme inférieure (la loi) et norme supérieure (la constitution). Être ouvert à l'idée d'un modèle politique de constitutionnalisme suppose d'abord de se détacher de cette conception normative (et écrite) de la constitution et de l'envisager à partir d'un contenu, comprenant les droits et libertés. C'est ainsi que la doctrine anglo-américaine distingue, d'une part, un modèle de « *legal constitutionalism* » (qu'il faudrait traduire par « constitutionnalisme normatif »), et reposant sur la décision juridictionnelle et, d'autre part, un modèle « politique » de constitutionnalisme, affirmant le principe de la souveraineté du Parlement. Entre ces deux modèles paradigmatiques, un autre modèle, qui retient davantage l'attention de la doctrine constitutionnelle contemporaine, est appelé « forme faible »¹¹ de *judicial review* ou modèle « dialogique »¹², ou « interprétatif »¹³, ou encore *ommonwealth constitutionalism*¹⁴. L'intérêt de ce dernier modèle est d'insister sur le concours des organes politiques en amont ou/et en aval (« dernier mot ») de la décision juridictionnelle, le cas échéant pour la renverser. Cette théorie du « dernier mot » a fait l'objet d'une formalisation assez minutieuse notamment dans l'approche de Stephen Gardbaum. En s'intéressant spécifiquement aux systèmes issus d'un constitutionnalisme de *Commonwealth* ayant récemment adopté une déclaration des droits (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni), Stephen Gardbaum isole quatre traits caractéristiques de ce modèle « médian » : l'existence d'une déclaration des droits écrite, un mécanisme de contrôle politique obligatoire en amont de l'adoption de la loi, un contrôle juridictionnel « faible » afin de confronter la loi aux droits garantis par la déclaration des droits et enfin, la possibilité d'un « dernier mot » du législateur lui permettant de faire prévaloir, en cas de contrariété, sa conception des droits¹⁵. Cette modélisation correspondrait aussi, selon Stephen Gardbaum à un modèle culturel, celui du *Commonwealth*, historiquement relié au constitutionnalisme politique. Il existe bien sûr des variations au sein de ces approches d'un modèle intermédiaire. Ainsi, par exemple, Mark Tushnet ne retient pas l'existence d'un contrôle politique en amont de la décision juridictionnelle et cherche à intégrer le cas américain dans le modèle de « forme faible » contre une vision trop centrée sur l'interprétation de la Cour Suprême¹⁶.
- 6 Au-delà de leurs variations, ces approches du « dernier mot » des organes politiques rencontrent au moins deux difficultés. La première tient à ce qu'il existe deux manières, « formelle » et « politique », souvent entremêlées, d'entendre ce « dernier mot ». D'un point de vue formel, un système juridique sera considéré comme organisant un « dernier mot » des organes politiques lorsqu'il existe un dispositif juridique prévoyant expressément la possibilité pour le législateur de paralyser

directement une interprétation juridictionnelle. Ainsi en est-il par exemple de la « *notwithstanding clause* » prévue par la section 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et qui autorise le Parlement à contourner expressément certaines dispositions de la Charte, mais également du *Human Rights Act (HRA)* de 1998 au Royaume-Uni laissant au Parlement, en cas de déclaration d'incompatibilité émanant des Cours de maintenir le statu quo ou bien d'adopter une nouvelle loi. Selon cette perspective formelle, la possibilité d'une révision de la constitution ayant pour effet de neutraliser une interprétation juridictionnelle passée ne constitue pas, à proprement parler, un « dernier mot » du législateur, puisqu'elle ne s'inscrit pas dans un dispositif juridique spécifique d'articulation entre une décision juridictionnelle et une décision politique¹⁷. Cette approche formelle rencontre un obstacle de taille à partir du moment où la pratique constitutionnelle s'écarte de ces dispositifs formels : ainsi par exemple, la section 33 de la Charte canadienne est rarement appliquée, tandis que les cas d'incompatibilité dans le cadre du *HRA* sont parfois noyés dans la stratégie des interprétations conformes de la loi par les Cours. À l'inverse, on ne voit pas bien pourquoi un usage politique des révisions constitutionnelles destiné à contrecarrer des interprétations juridictionnelles contestées ne pourrait pas s'apparenter à un « dernier mot effectif » des organes politiques. Ainsi, d'un point de vue politique, c'est-à-dire en prenant en compte les pratiques constitutionnelles effectives, le « dernier mot » des organes politiques peut s'entendre très largement. Il peut s'agir de tout moyen politique dont les effets tendent à renverser une interprétation juridictionnelle contestée : une révision de la constitution, ou bien la technique moins « coûteuse » des « suites législatives » [*legislative sequels*] lorsque le Parlement réaffirme sa volonté par l'adoption d'une nouvelle loi, à la suite d'une censure par une juridiction constitutionnelle¹⁸ ; mais il pourrait aussi bien s'agir d'une convocation du corps électoral du peuple ou de tout autre moyen politique (comme la menace de l'exécutif d'augmenter le nombre de juges à la Cour Suprême, ou encore des manifestations, voire une révolution, etc.) susceptible d'avoir des effets sur une interprétation juridictionnelle passée. Entendu ainsi, le « dernier mot politique » débord de l'analyse juridico-formelle ; il suppose d'ouvrir la réflexion relative aux modèles de justices constitutionnelles aux pratiques constitutionnelles et aux différents contextes politiques et sociaux. Cette voie n'est pas suivie par les modélisations étudiées, lesquelles oscillent entre une approche juridico-formelle, potentiellement désincarnée, et une approche « politique », empirique, puis plus ou moins étouffée dans l'œuf.

- 7 Ces approches du « dernier mot » s'inscrivent aussi dans des discours de légitimation de la justice constitutionnelle. Les vertus analytiques de l'opération consistant à modéliser la justice constitutionnelle ne sont d'ailleurs pas toujours indépendantes de la poursuite de telles finalités, en particulier dans la doctrine constitutionnelle américaine. Ainsi, la possibilité d'un « dernier mot » des organes politiques offre aussi une réponse intéressante à la « difficulté contre-majoritaire », en garantissant la possibilité d'une intervention finale du Parlement¹⁹. C'est en ce sens que les présentations d'un dialogue, ou d'un conflit, dans la « construction »²⁰ des interprétations constitutionnelles permettent d'en présenter la légitimité tout en faisant jouer la séparation des pouvoirs comme gage de modération. Comprises dans ce versant normatif, ces approches du « dernier mot » du législateur rencontrent pourtant une autre difficulté selon que ce « dernier mot » est censé être exprimé ou simplement silencieux. Si les cas dans lesquels il est exprimé (comme au moment du New Deal) se présentent dans les discours comme un signe de vitalité des démocraties

constitutionnelles²¹, l'interprétation des silences du législateur pose des questions plus complexes. Il est tentant de déduire de la non-opposition du Parlement son « acceptation » (dialogique) de la décision juridictionnelle. Une telle approche demeure néanmoins trop hasardeuse et repose sur une notion bien floue de l'« acceptation » qui, sans autre forme d'épistémologie que le constat d'une inertie, tend à mélanger accord, contrainte voire renoncement. Ces approches du « dernier mot » du Parlement rencontrent ainsi des faiblesses importantes ; il en va de même de l'argument du « *self-restraint* ».

B-L'argument contentieux du « *self-restraint* »

- 8 La notion de « *self-restraint* » a été diffusée à partir de l'opinion dissidente du juge Holmes dans l'arrêt *Lochner* (1906). Considérant que le choix d'une théorie économique devrait relever du législateur, il s'opposait à la décision majoritaire de la Cour Suprême dont l'objet était de censurer une loi limitant la durée du travail au nom de la doctrine du « laissez-faire ». L'argument du « *self-restraint* » est souvent identifié à une prétendue « retenue » des juridictions constitutionnelles face à des questions constitutionnelles dont l'appréciation est censée relever du législateur. Il se distingue ainsi du « dernier mot » : il ne s'agit pas en effet de présenter une interprétation constitutionnelle à plusieurs voix (juridictionnelle et politique) mais de distinguer un *domaine* constitutionnel qui, en raison de sa dimension trop « politique », devrait relever du législateur. La difficulté tient à ce que ce « domaine » est assez mal identifié dans le contentieux constitutionnel comparé. Il ne rejoint pas celui qui est englobé par la doctrine des questions politiques²² mais concerne davantage ce que l'on pourrait appeler des « questions de société » dont le champ demeure relativement flou. Cette catégorie instable des « questions de société » semble faire référence à des questions clivantes au sein des sociétés contemporaines telles que la bioéthique, le mariage, l'égalité entre les hommes et les femmes, l'adoption, la pénalisation de la prostitution, voire certaines politiques environnementales *etc.*
- 9 Face à l'usage d'un argument de « *self-restraint* », le risque principal est de prendre pour acquis ce qui se présente essentiellement comme une stratégie contentieuse²³. Or, la doctrine interprète parfois ces décisions comme une sorte de « déférence » envers le pouvoir législatif ou, ce qui revient à peu près à la même chose, d'« autolimitation » du juge : les juridictions constitutionnelles seraient attentives à préserver la dimension strictement « politique » de certaines questions ou alors feraient preuve d'humilité au regard des enjeux trop sensibles de la question posée. Une analyse comparative de l'usage de cet argument du « *self-restraint* » fait ressortir deux problèmes principaux. En premier lieu, cette catégorie contentieuse des « questions de société » tend à isoler certaines questions de droits et libertés spécifiques par rapport à d'autres. Selon l'argument implicite du « *self-restraint* », apprécier une « question de société », par opposition à une question de droit et liberté « vraiment constitutionnelle », reviendrait à opérer des choix éthiques, philosophiques, politiques ou moraux, qui ne peuvent être l'objet d'une interprétation *juridictionnelle*. L'exemple du contentieux constitutionnel français est assez illustratif. Les commentaires officiels ont récemment fait référence aux « questions de société », notamment à partir de la décision 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 Isabelle D., portant sur la question de l'adoption au sein des couples de même sexe²⁴. Le commentaire officiel considère que « *cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur* ». Une telle

catégorisation contentieuse peut difficilement convaincre sur le plan d'une théorie des droits et libertés : pourquoi d'autres questions de droits, largement pénétrées par l'interprétation juridictionnelle (propriété, libertés économiques, liberté d'expression etc.), n'auraient-elles pas de dimension *sociétale* ? L'analyse comparée du contentieux constitutionnel montre d'ailleurs la grande variation de ces domaines : ils fluctuent au gré des décisions et des cultures constitutionnelles. Le second problème tient aux fausses-apparences de déférence envers le législateur. En renvoyant à la décision du législateur, ces décisions ont en réalité un double intérêt. Elles permettent d'une part de présenter une retenue du juge face aux enjeux politiques de certaines questions de droits et libertés et préserve ainsi sa crédibilité démocratique et le maintien de son pouvoir. Elles permettent d'autre part d'éviter d'ancrer durablement une rhétorique de droits fondamentaux à propos de questions dont la stabilité constitutionnelle semble faire défaut²⁵.

- 10 Les théories du « dernier mot » tout comme l'argument contentieux du « *self-restraint* » se présentent comme des appels au législateur, seul en mesure de fonder la légitimité démocratique des décisions. A cette justification strictement organique, une autre manière de présenter l'« interprétation politique » des droits et libertés consiste à insister sur la spécificité d'un raisonnement politico-moral « au nom de la société » dans l'interprétation des droits et libertés.

II-Affirmer un raisonnement politico-moral « au nom de la société » dans l'interprétation des droits et libertés

- 11 Une autre manière d'aborder la question de l'« interprétation politique » consiste à partir de la dimension sociétale, et clivante, des questions de droits et libertés pour en déduire la nécessité d'un raisonnement politique et moral susceptible d'être présenté « au nom de la société ». Nous proposons de rapprocher les approches de Jeremy Waldron et de Jennifer Nedelsky dont l'intérêt spécifique, et commun, est de ramener la question de l'interprétation des droits et libertés dans un contexte politique et social de revendications concurrentes de droits et libertés. Toutefois, les conclusions de Jeremy Waldron et de Jennifer Nedelsky sont très différentes : alors que Jeremy Waldron, dans une approche à la fois descriptive et normative, insiste sur la voie parlementaire pour résoudre des « désaccords raisonnables » au sein d'une société (A), Jennifer Nedelsky s'inscrit dans une perspective théorique et normative assumée, pour défendre une conception relationnelle des droits et libertés à l'aune de laquelle les choix collectifs pourraient être évalués (B).

A-Jeremy Waldron et l'« interprétation » parlementaire des droits

- 12 L'intérêt de l'approche de Jeremy Waldron est d'envisager les questions de droits et libertés dans le cadre concret des sociétés modernes. Il considère que les démocraties modernes se caractérisent par un « consensus vivant » que traduit l'existence d'un engagement politique et moral en faveur du respect des droits. Ce consensus laisse place à des « désaccords raisonnables », au sein de la société, lesquels peuvent porter sur des questions cruciales. L'intensité de ces désaccords n'est pas pour Jeremy Waldron une contradiction avec le principe de l'engagement consensuel autour des

droits. Il prend l'exemple de la garantie de la liberté d'expression (engagement) et de la question de l'étendue de ses limites face aux discours de haine (désaccord). Le point central de son approche est de considérer que ces désaccords sociétaux, profonds et actuels (mariage de couples de même sexe, liberté d'expression, bioéthique etc.), doivent trouver une expression institutionnelle mais aussi une procédure adéquate permettant de les résoudre²⁶. C'est ici que Jeremy Waldron fustige la conception « rigide » de l'interprétation juridictionnelle : « *I assume that the rights-disagreements are mostly not issues of interpretation in a narrow legalistic sense. They may present themselves in the first instance as issues of interpretation, but they raise questions of considerable practical moment for the political community* »²⁷. Ainsi, selon Jeremy Waldron, raisonner à partir des significations abstraites des énoncés conduit à voiler les enjeux concrets et sociétaux de ces questions au profit d'une rhétorique désincarnée : « *The written formulations of a Bill of Rights also tend to encourage a certain rigid textual formalism. A legal right that finds protection in a Bill of Rights finds it under the auspices of some canonical form of words in which the provisions of the Bill are enunciated* »²⁸. Seule une délibération se faisant l'écho de ces désaccords au sein de la société est acceptable, position qui le conduit naturellement à défendre les procédures parlementaires et le principe majoritaire²⁹. Jeremy Waldron prend néanmoins au sérieux l'argument selon lequel les juges seraient aussi en mesure de raisonner moralement « au nom de la société »³⁰. Il reconnaît en effet qu'en interprétant une déclaration des droits ou en faisant état des précédents, les juges se prononcent sur des choix politiques et moraux qui, bien que passés, engagent une société. S'il admet que les juges présentent en ce sens un raisonnement moral « au nom de la société », il est trop encombré de textes et des précédents et déconnecté des enjeux actuels d'une société. Il défend ainsi la manière législative de parler moralement « au nom de la société », seule en mesure d'être un écho direct, actuel et concret des tensions philosophiques et morales la traversant³¹. Le débat parlementaire offre en effet à chacune des conceptions politico-morales un espace pour convaincre, tandis que le vote, rend pérenne le principe majoritaire. Le problème principal selon Jeremy Waldron tient à ce que les juristes ne sont pas habitués à étudier les arguments et raisons soulevés lors de ces débats parlementaires et privilégient la discussion laborieuse autour de l'analyse des significations formelles et des précédents judiciaires. Son approche a l'intérêt d'envisager l'interprétation constitutionnelle à partir des désaccords concrets sur les droits et libertés au sein d'une société et d'insister sur la nécessité pour les constitutionnalistes de s'intéresser aux termes politiques et moraux du débat parlementaire.

- 13 Son approche est aussi soumise à certaines faiblesses. Son positionnement en faveur de la voie parlementaire contient en effet deux versants, normatif et descriptif. Du point de vue normatif, la voie parlementaire est défendue au regard d'une conception majoritaire et procédurale de la démocratie (tout comme ailleurs celle de John Ely), mais aussi parce qu'elle permet d'exprimer un raisonnement moral « au nom de la société » pour résoudre ces désaccords. Sa conception oscille pourtant avec une autre prémisse dont le statut épistémologique est mal défini. Ainsi en est-il du consensus de départ des sociétés modernes autour des droits et libertés dont on sait en réalité peu de choses. C'est pourtant en fonction de ce cadre axiologique que l'on peut comprendre la référence au caractère « raisonnable » d'un désaccord. Jeremy Waldron semble évoquer les déclarations des droits comme expressions à la fois formelle et politique de l'engagement de départ d'une société en faveur des droits. Un tel consensus ne peut cependant pas être déduit de l'adoption de ces déclarations des droits, à moins de

retrouver les abstractions formelles ailleurs dénoncées. Ce consensus s'apparente plutôt à un « comme si » de sa théorie politique afin de la maintenir en accord avec les valeurs d'une démocratie libérale. La théorie de Jeremy Waldron perd alors de sa dimension « concrète » et « politique » pourtant revendiquée³². Dans son versant descriptif, son approche part d'une analyse des débats et procédures parlementaires afin de montrer la façon dont les parlementaires présentent des raisons « au nom de la société ». Il ne s'intéresse néanmoins à ces « raisons » qu'à travers le prisme des conceptions morales, sans que ce champ soit clarifié par rapport à d'autres types de raisons pouvant également figurer dans le débat parlementaire (scientifiques, formelles, psychologiques etc.) et comprenant aussi des références à des textes et jurisprudences constitutionnels. Jeremy Waldron présuppose en outre une certaine vitalité politique (et morale) du parlementarisme, laquelle mériterait une analyse empirique approfondie. Si son approche a l'intérêt de ramener les questions de droits à leur dimension sociétale, politique et concrète, cet horizon tend néanmoins à être dépassé par une construction théorique visant à défendre le parlementarisme et les valeurs de la démocratie libérale.

B-Jennifer Nedelsky et l'« interprétation » relationnelle des droits

- 14 Jennifer Nedelsky défend également une vision concrète des droits et libertés compris comme des revendications « concurrentes » au sein d'une société³³. Ainsi, comme chez Jeremy Waldron, les textes ne sont que des expressions de choix politiques au sujet de valeurs considérées comme importantes pour une société à un moment donné. Prenant l'exemple de l'égalité, elle écrit : « Proposer une conception utile des droits nécessite de prendre en compte la profondeur des désaccords qui persistent dans la société canadienne au sujet, par exemple, de la signification de l'égalité et de la manière dont elle peut s'accorder avec une compréhension contemporaine (et contestée) de l'économie de marché »³⁴. Mais à la différence de Jeremy Waldron elle refuse de considérer la voie parlementaire comme une garantie suffisante des droits et libertés. Elle part en effet du principe qu'il existe dans les démocraties modernes, des valeurs fondamentales, comme celle de l'autonomie (mais dans une version non strictement individualiste), qui ne peuvent dépendre d'un choix politique. Mais elle rejette tout autant l'alternative considérant ces valeurs comme des limites à la démocratie (et inversement). Elle évite ainsi de poser le problème du constitutionnalisme en mettant en opposition, d'un côté, le respect des droits considérés comme des porteurs de valeurs immuables et, d'un autre côté, le choix politique, envisagé comme une potentielle menace (des « limites ») pour ces droits³⁵. Son projet consiste à proposer un nouveau modèle de raisonnement fondé sur la notion de relation afin d'orienter le discours des droits, auquel elle ne souhaite pas renoncer, dans une perspective concrète et sociétale. La notion de « relation » permettrait de détacher le discours des droits de son héritage philosophique centré sur l'individualisme. Elle part ainsi du constat que les droits tissent des relations humaines et sociales de plusieurs types : « de pouvoir, de responsabilité, de confiance, d'obligation [etc.] »³⁶, lesquelles peuvent être évaluées. Son approche permet de contourner la critique des *Critical Legal Studies* selon laquelle le « discours sur les droits » conduit à voiler les effets concrets de domination et de pouvoir de certains groupes d'individus. Partir du concept de relation permet au contraire d'orienter le raisonnement juridique de manière à prendre en compte les conséquences sociales et concrètes des droits et libertés : « Que l'on ait affaire à une

fermeture d'usine, un projet de développement présentant des risques environnementaux, ou une personne qui accepte seulement de louer une chambre aux personnes avec lesquelles elle ne se sent pas mal à l'aise, je considère (...) que le fait de se contenter d'invoquer les droits de propriété conduit à traiter comme réglées des questions qui devraient être débattues. Cela ne permet donc pas d'en saisir les enjeux et s'avère même néfaste dans certaines circonstances »³⁷. Jennifer Nedelsky ne s'intéresse pas au débat opposant décisions juridictionnelle et parlementaire et privilégie un « dialogue de responsabilisation politique »³⁸ à partir de ce mode de raisonnement fondé sur les types de relations sociales que structurent les droits. Son approche est ouvertement normative et assumée comme telle. Elle rencontre aussi des difficultés notamment lorsqu'elle affirme l'existence de valeurs fondamentales (telle que l'autonomie) dont l'identification demeure relativement floue (tout comme la notion de consensus) à partir du moment où elles sont indépendantes d'un choix politique. En outre, les conditions de l'évaluation de ces relations nécessitent davantage de précisions méthodologiques. Il serait possible, selon elle, d'avoir une discussion responsable autour de la valeur que l'on accorde à un type de relation humaine plutôt qu'à un autre. Cette évaluation dépend de valeurs considérées comme essentielles à la vie collective : elle insiste notamment sur l'idéal d'autonomie (dans une direction non individualiste) mais dont les contours demeurent elliptiques. Par ailleurs, l'évaluation de ces relations sociales et humaines suppose d'ouvrir la réflexion juridique à l'analyse d'un matériau « humain », émotionnel, psychologique, social, etc., sans que la méthodologie soit clarifiée.

- 15 Les discours que l'on a rattachés à une défense de l'« interprétation politique » des droits et libertés se distinguent par un appel à un choix politique assumé en matière d'interprétations des droits et libertés. Ils demeurent néanmoins tiraillés par une perspective normative : justifier la légitimité de la décision constitutionnelle (en faisant référence au « dernier mot » du législateur ou au « *self-restraint* » du juge) ou produire des théories politiques visant à défendre un certain type de raisonnement en matière de droits et libertés. Si ces constructions ont l'intérêt de déplacer la question de l'interprétation des droits et libertés dans le champ politique, à rebours d'une analyse abstraite de leur support formel, notamment en prenant en compte leurs contextes politiques et sociaux, elles tendent aussi à être prises au piège de l'abstraction théorique³⁹ les détournant de leurs perspectives concrètes. Elles ouvrent néanmoins la voie à une analyse systématique des termes dans lesquels les raisonnements politique et juridictionnel se donnent à voir comme s'inscrivant dans un langage de la société.

NOTES

1. Patricia RRAPI, « Les interprétations concurrentes de la constitution au profit de l'homogénéisation du langage des droits et libertés », cette revue.

2. Sur la doctrine française des modèles de justice constitutionnelle et sa critique : Guillaume TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bononia University Press, 2009, Mathieu CARPENTIER, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et

difficultés », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 120, 2019 ; Olivier JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2, 2009 ; Céline ROYNIER, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, n° 26, 2014. Audrey BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de common law*, LGDJ, 2019 ; Julien PADOVANI, *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle*, thèse dactylographiée, Aix-Marseille Université, 2019. Sur cette question, nous renvoyons aussi à nos travaux : « Le concours des organes politiques à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle : la garantie des droits entre constitutionnalismes politique et juridique », *Jus Politicum*, 7, 2015.

3. La notion d'interprétation authentique, considérée comme un acte de volonté n'a pas la même signification chez Kelsen, pour qui elle correspond à tout acte de volonté provenant des interprètes habilités par la constitution ou chez Michel Troper puisqu'elle est pour ce dernier l'interprétation s'imposant en dernier lieu dans l'ordre juridique. Pour une présentation de ces notions : Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Que sais-je, 2022. Voir aussi la présentation de Eric MILLARD, « Qui sont les interprètes (concurrents) de la Constitution ? », cette revue.

4. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », in Arnaud Le Pillouer (dir.), *La protection de la constitution, Finalités, mécanismes, justifications*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2018, p. 83.

5. Mathieu CARPENTIER, « L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique ? », *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 1, 2020.

6. Otto PFERSMAN, « Une théorie sans objet - une dogmatique sans théorie. En réponse à M. Troper », *RFDC*, 52, 2002/4, pp. 759-788.

7. Ainsi la théorie réaliste de l'interprétation ne part pas d'une théorie du langage pour fonder sa théorie du droit : sur ce point, voir les développements figurant dans notre thèse, *Les changements constitutionnels informels*, Institut Universitaire Varenne, 2013, pp. 318-320. Approfondi par : Arnaud LE PILLOUER, « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit et philosophie « Droit et indétermination »*, 9.1, 2017.

8. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », *Traité international de droit constitutionnel*, Michel Troper, Dominique Chagnollaude (dir.), 2012, Tome 1, pp. 261-262.

9. Sur la notion de « prétention » envisagée comme revendication distincte de la notion « juridique » d'interprétation constitutionnelle voir Eric MILLARD, « Qui sont les interprètes (concurrents) de la Constitution ? », préc.

10. C'est tout l'intérêt de l'approche « politique » de Jeremy Waldron. Jeremy WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, 115, 2006 ; id., *Political Political Theory. A Theory of Institutions*, Harvard University Press, 2016.

11. Mark TUSHNET, « The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 2249 ; id., *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, 2008 ; id., « The Rise of Weak-Form Judicial Review », in Tom Ginsburg et Rosalind Dixon (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Elgar, 2011 ; id. et Rosalind DIXON, « Weak-form review and its constitutional relatives: An Asian perspective », in R. Dixon et T. Ginsburg (dir.), *Comparative constitutional law in Asia*, Elgar, 2014.

12. Mark TUSHNET : « Dialogic Judicial Review », *Arkansas Law Review*, 61, 2008 ; Peter W. HOGG et Allison A. BUSHILL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing after All) », *Osgoode Hall Law Journal*, 35, 1997, p. 75 ; Ken ROACH, « Dialogic Judicial Review and its Critics », *Supreme Court Law Review*, 23, 2004, p. 49.

13. Mark ELLIOTT, « Interpretive Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution », *New Zealand Law Review*, 2011, p. 591.

14. Stephen GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2013; id. "The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism" *German Law Journal*, 44, 2013, p. 2229 ; id., "Reassessing the new Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2010, p. 167.
15. Stephen GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, op. cit., p. 30 et s.
16. Mark TUSHNET, « Alternative Forms of Judicial Review », *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 2783;
17. . On retrouve cette position dans un autre contexte, à propos de la définition de l'interprétation authentique : selon Michel Troper, la possibilité d'une révision constitutionnelle n'a pas de rapport avec la notion d'interprétation authentique puisqu'il s'agit non pas d'interprétation constitutionnelle mais de la production d'une autre norme.
18. Voir sur cette question Rosalind DIXON, « The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference », *Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers*, 284, 2009, p. 15.
19. Ce débat s'est posé dans le contexte français à propos de la notion de « démocratie continue ». Dominique ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ, Bruylant, 1995.
20. Keith E. WHITTINGTON, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2001.
21. Dans cette perspective: Bruce A. ACKERMAN, *We the People, Foundations*, Harvard University Press, 1991.
22. Sur la doctrine des questions politiques : Claire SAUNIER, *La doctrine des "questions politiques". Étude comparée : Angleterre, États-Unis, France*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Assas [Paris II], 2019, (à paraître, LGDJ, 2023).
23. Pour une analyse des stratégies de collaboration entre juge et législateur : Raphael PAOUR, *Le pouvoir des Cours constitutionnelles, Analyse stratégique des cas français, espagnol et italien*, Thèse dactylographiée, Université de Nanterre, 2018, p. 253 et s. (à paraître, Société de législation comparée, 2023).
24. Pour une analyse approfondie de cette référence aux « questions de société » dans le contentieux constitutionnel français, nous renvoyons à nos travaux : « La « nature » de l'« appréciation du Parlement » selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, et cetera », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20, 2021.
25. *Ibid.*
26. Jeremy WALDRON, "The Core of the Case Against Judicial Review", préc., p. 1364 et s.
27. *Ibid.*, p. 1367.
28. *Ibid.*, p. 1381.
29. Il propose une critique intéressante de la soi-disant difficulté contre-majoritaire. Jeremy WALDRON, « Judges as moral reasoners », *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 2. Plus généralement, sur cette question, voir Idris FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois des Etats-Unis*, Dalloz, 2017.
30. Jeremy WALDRON, « Judges as moral reasoners », *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 2. En ce sens, sur l'approche de Robert Alexy, voir Pierre BRUNET « Protéger la constitution par des Cours constitutionnelle ou la société par des jurys constitutionnels », in Arnaud Le Pillouer, *La protection de la constitution*, op. cit., p. 169.
31. Jeremy WALDRON, « Judges as moral reasoners », *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 2 et s., p. 19: « legislative reasoning is a way of reasoning in the name of a whole society about important moral issues when it is appropriate that such reasoning not be constrained by existing texts, doctrines, or precedents ».
32. Pour une présentation de cet aspect de la théorie de Waldron : Thibault CARRÈRE, « Le droit constitutionnel au secours de la politique ? A propos d'un ouvrage de Jeremy Waldron. Jeremy

WALDRON, *Political Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, *Jus Politicum*, 19, 2018.

33. Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations », (trad. Gregory Bligh), *Revue juridique de la Sorbonne*, 5, 2022 ; eud. » Les relations juridiques dans une perspective comparative », in Jean-François Braustein et Emmanuel Jeuland (dir.) *Droit et relation, une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, IRJS, 2018, p. 3. Sur l'approche « relationniste » du droit en général : Emmanuel JEULAND, *Théorie relationniste du droit, De la French Théory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2016. Voir le dossier thématique et critique « Appréhender le droit à l'aune de la relation », dirigé par Gregory BLIGH, Emmanuel JEULAND, *Revue juridique de la Sorbonne IRJS*, 5, 2022.

34. Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations », préc., p. 185.

35. « Caractériser le constitutionnalisme comme mise en balance de la démocratie et des droits individuels ne permet donc pas de rendre compte adéquatement de ce problème ». *Ibid.*, p. 184.

36. *Ibid.*, p. 195.

37. *Ibid.*, p. 196.

38. *Ibid.*, p. 199.

39. Pour une critique des généralisations et idéalizations des discours théoriques autour de la légitimité de la justice constitutionnelle : Guillaume TUSSEAU « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », in Arnaud Le Pillouer (dir.), *La Protection de la Constitution*, op. cit. p. 183.

ABSTRACTS

The question of the interpretation of rights and freedoms can no longer be posed by reference to the textual support of their enunciation (leading to a jurisdictional conception of interpretation), but by their 'societal' origin : they arise at a given moment, in a more or less divisive political and societal context, and call for a political choice of meaning. It is here that the expression, admittedly somewhat allusive, of "political interpretation" of rights and freedoms, takes on its full interest. This paper is concerned with discursive attempts to bring the question of the production of meanings in the field of rights and freedoms back into the political arena : either because it is a matter of defending parliamentary legitimacy against jurisdictional claims to decide on these meanings, or in order to assert a certain type of 'moral-political' reasoning against strictly formal reasoning. The difficulty lies in the fact that these discourses are relatively compartmentalised and caught up in more or less assumed theoretical and normative perspectives. Firstly, political interpretation is most often identified with the question of the legislator's place, and 'competition' is understood here in the ambiguous sense of a 'conflict' or 'dialogue' between the 'political' and 'jurisdictional' interpreters ; secondly, it takes on the contours of a normative, political and/or moral theory when it is identified with a way of reasoning from competing claims to right

La question de l'interprétation des droits et libertés peut être posée non plus par référence au support textuel de leur énonciation (impliquant souvent une conception juridictionnelle de l'interprétation), mais par leur origine « sociétale » : elles se posent en effet à un moment donné, dans un contexte politique et sociétal plus ou moins clivant et appellent un choix politique de production de signification. C'est ici que l'expression « interprétation politique » des droits et

libertés, quelque peu allusive, prend tout son intérêt. Notre propos s'intéresse aux tentatives discursives visant à ramener la question des productions des significations en matière de droits et libertés dans le champ politique : soit parce qu'il s'agit de défendre la légitimité parlementaire contre les prétentions juridictionnelles à décider de ces significations, soit pour affirmer un certain type de raisonnement « politico-moral » contre la un raisonnement strictement formel. La difficulté tient à ce que ces discours sont relativement cloisonnés et happés par des perspectives théoriques et normatives plus ou moins assumées. En premier lieu, l'interprétation politique est la plupart du temps identifiée à la question de la place du législateur : la « concurrence » se comprend ici sous l'angle ambigu d'un « conflit » ou d'un « dialogue » entre les interprètes « politique » et « juridictionnel ». En second lieu, elle prend les contours d'une théorie normative, politique et/ou morale, lorsqu'elle est identifiée à une manière de raisonner à partir de revendications concurrentes de droits.

INDEX

Keywords: interpretation, models of judicial review, « self-restraint », reasoning, political and moral theory, societal questions.

Mots-clés: interprétation constitutionnelle, modèles de justice constitutionnelle, constitutionnalisme politique, « self-restraint », raisonnement constitutionnelle, théorie politique et morale, questions de société.