

Face aux « retours en arrière », les impasses du constitutionnalisme

Manon Altwegg-Boussac and Patricia Rrapi



Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/18135>

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Manon Altwegg-Boussac and Patricia Rrapi, "Face aux « retours en arrière », les impasses du constitutionnalisme", *La Revue des droits de l'homme* [Online], 24 | 2023, Online since 23 June 2023, connection on 16 January 2024. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/18135> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.18135>

This text was automatically generated on January 16, 2024.

The text and other elements (illustrations, imported files) are "All rights reserved", unless otherwise stated.

Face aux « retours en arrière », les impasses du constitutionnalisme

Manon Altwegg-Boussac and Patricia Rrapi

- 1 La réforme des retraites a suscité de vifs débats constitutionnels. A côté de la question des procédures, une question a été laissée quelque peu dans l'ombre, celle de savoir comment envisager, d'un point de vue constitutionnel, des prétentions de citoyens pour le maintien d'un niveau de garantie des droits. La réforme des retraites a de ce point de vue mis en lumière certaines impasses de la pensée constitutionnelle.
- 2 La première concerne la difficulté à conceptualiser une notion de « retour en arrière »¹. Une telle expression semble à première vue trop teintée d'idéologie politique pour être accueillie dans le discours constitutionnel. Pourtant, ne pas parler du tout en terme de « recul » du niveau de garantie des droits laisse place à un certain vide dans l'analyse. Il peut se manifester face au constat de l'érosion des législations environnementales, de la déconstitutionnalisation du droit à l'avortement ou à plus faible niveau au recul de l'âge du départ à la retraite. Imaginerait-on, pour forcer le trait, une remise en cause du divorce, de la dépénalisation de l'homosexualité ou avancer de quelques mois l'âge limite du travail des mineurs. De quelle manière une réflexion constitutionnelle pourrait-elle en parler ?
- 3 Un sentiment d'impuissance face à une certaine déconnexion constitutionnelle émerge quand cette question ne parvient pas à être présentée autrement qu'en termes de formes, de procédures ou de valeurs. Ce malaise se traduit par quelques réflexes rhétoriques fragiles. On se demande par exemple si telle interprétation était bonne au regard de l'énoncé de départ et d'un cadre originaire de significations possibles. On se focalise sur le sens à accorder à des énoncés constitutionnels indéterminés, ou bien on abandonne ce lien sémantique de l'interprétation et avec lui l'idée d'un niveau initial de garantie. On se demande aussi, si une telle interprétation revenait au juge ou au législateur, en s'accommodant de conclusions interchangeables au gré des interprétations contestées. L'arrêt *Dobbs*² porte à son comble la stérilité de ces approches puisqu'en renvoyant sans cesse la question du droit à l'avortement aux législateurs des Etats, il prétend parer de démocratie la négation d'un droit

constitutionnel à l'avortement. Finalement, la seule manière dont on parvient à envisager l'idée de « recul » est de porter un discours en termes de valeurs renvoyant aussitôt dos à dos les objections de l'idéalisme et du relativisme. Au final, les hypothèses de recul sont prises au piège d'un langage juridico-formel désincarné, de concepts abstraits et d'une certaine conception de la science constitutionnelle.

- 4 Existe-il encore un espace conceptuel pour « parler » des reculs dans le niveau de garantie des droits et libertés ? Il y a certes eu quelques tentatives notamment dans la promotion d'un principe de non-régression et sa consécration dans plusieurs constitutions ou en droit international, essentiellement au niveau environnemental. Le débat sur « l'effet cliquet » reste aussi toujours d'actualité mais il s'est focalisé en France sur les limites d'un « pouvoir discrétionnaire » du législateur. Ces tentatives ont ainsi déplacé un problème conceptuel au niveau de la création d'une nouvelle modalité de contrôle de la loi.
- 5 C'est sur le terrain d'une pensée concrète du constitutionnalisme qu'une piste de réflexion pourrait s'ouvrir. Elle consisterait à envisager ces niveaux de garantie des droits et libertés dans une histoire sociétale de leur concrétisation. Quelques soient nos orientations politiques, ces moments de consécration des droits et libertés font aussi écho à des moments au cours desquels les institutions, conscientes de la responsabilité politique qui leur incombait ont ancré dans le droit certains contenus de garantie. En ce sens le slogan des manifestants « *la retraite à 60 ans, on s'est battu pour la gagner on se battra pour la garder* » portait bien une question du fond.
- 6 Mais une telle approche bute sur une seconde impasse, particulièrement visible au moment de la réforme des retraites. Elle porte de manière générale sur l'incapacité de la doctrine à penser l'expression des collectifs. Il avait au moins fallu beaucoup d'ingénierie, et d'esprit, pour construire, au moment même où l'on affirme la souveraineté du peuple, des théories de la représentation qui neutralisent toute effervescence des volontés collectives. Si cette question de la place du peuple « en sa capacité collective » préoccupait sérieusement les constitutionnalistes du XVIII^e siècle, elle est parfois présentée, deux siècles de démocratisation plus tard, comme étant futile : le peuple est avant tout, on le répète, un peuple représenté. Il y a pourtant bien quelque chose de contre-intuitif pour un constitutionnaliste d'aujourd'hui à ne pas pouvoir parler de ces mouvements sociaux avec des mots constitutionnels et à affirmer au nom du savoir scientifique que ces individus n'existent pas constitutionnellement puisqu'ils ne sont pas le peuple représenté. Finalement, on ne sait plus comment « parler » des mouvements sociaux et collectifs en dehors des grandes révolutions et transitions constitutionnelles, des moments où, cette fois, on ne peut plus faire autrement que de prétendre que ce sont bien les individus composant la société qui se donnent une constitution.
- 7 La capacité collective des individus à « parler » le droit constitutionnel est du même coup ignorée. On soutient ainsi que s'ils disposaient du savoir constitutionnel, ils se rendraient compte que leurs prétentions sont stériles puisqu'elles n'ont pas d'objet : le législateur élu fait des lois, sous le regard du juge qui applique la constitution. Dans ce contexte, dresser des remparts contre les prétentions constitutionnelles des citoyens devient presque une façon de résister à une sorte de contamination sociale du droit constitutionnel pour des institutions qui s'érigent en ses seuls gardiens. C'est, au mieux, un regard amusé qui se penchera un court moment sur les prétentions citoyennes – sauf lorsqu'elles sont maîtrisées par des formes constitutionnelles – pour y

voir des mots naïfs, d'idéalistes profanes, des mots qui ne peuvent pas être à la hauteur des mots constitutionnels.

- 8 Au final, face à ces cas de recul dans le niveau de garantie des droits et libertés nos cadres intellectuels de pensées sont mis à l'épreuve. De ce mur figé entre le langage constitutionnel et son expression sociale et historique, il en résulte que l'horizon du constitutionnalisme ne parvient plus à se projeter dans un monde concret.
-

NOTES

1. Véronique Champeil-Desplats, Céline Fercot et Thomas Hochmann, « L'ère d'un monde fini qui recommence ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 22 | 2022, mis en ligne le 15 juillet 2022. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/14995>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.14995>

2. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. __ (2022).