

## La constitution et l'ère des droits fondamentaux

Ce chapitre vise à reconstruire la notion de droits sociaux dans une perspective historique qui n'est pas seulement eurocentrique, en cherchant à montrer comment les préoccupations partagées entre l'Europe et les Amériques reflétaient déjà, au début du XXe siècle, une circulation d'idées qui allait aboutir à une nouvelle étape du constitutionnalisme occidental, notamment en ce qui concerne le fait d'imposer des obligations au pouvoir étatique. De plus, comme nous le verrons, à la fin du XIXe siècle, les constructions théoriques autour de l'idée de droits publics subjectifs ont ouvert la voie à l'émergence des débats qui deviendraient les plus importants du XXe siècle, tels que la défense des droits sociaux, la doctrine des droits fondamentaux et, finalement, la conception même du constitutionnalisme en tant que phénomène guidé surtout par la dignité humaine dans ses multiples dimensions, à commencer par les prérogatives typiques de la citoyenneté.

### 3.1 Jellinek et la doctrine des droits publics subjectifs : du droit naturel aux droits fondamentaux

Tout au long du XXe siècle, une différenciation s'est consolidée, précédée par la doctrine germanique, entre les droits de l'homme et les droits fondamentaux, en prenant comme point de référence le rapport avec le droit interne des États. En bref, les droits fondamentaux sont compris comme ceux qui sont affirmés dans les Constitutions et dans les lois infraconstitutionnelles, ou plutôt, ce sont

ceux qui sont incorporés dans l'orbite juridique de l'État. D'autre part, le champ d'application des droits de l'homme se situe dans la sphère internationale et même sur un plan antérieur à l'émergence du Droit, qu'il soit national ou international : il est ontologiquement lié à l'être humain, influençant ainsi l'essence même du Droit, puisque l'être humain est la valeur la plus élémentaire dont le Droit dérive. Elena Pariotti (2012, 4) rappelle bien qu'une autre distinction possible peut être de nature fonctionnelle, puisque les droits de l'homme auraient une fonction philosophico-juridique, tandis que les droits fondamentaux auraient une fonction théorico-normative, c'est-à-dire que les droits de l'homme

seraient un idéal qui trouverait une concrétisation partielle et diverse dans les systèmes juridiques internes. Les droits de l'homme *peuvent* devenir des droits fondamentaux s'ils sont réalisés dans le cadre d'un système juridique national et au sein des institutions.

Soulignant le caractère supranational des droits de l'homme, Otfried Höffe (2000) les a même rapprochés d'une sorte de morale universelle, qu'il a appelée droit interculturel, capable d'attribuer une légitimité aux ordres constitutionnels nationaux qui les intègrent. Bien que Höffe (2009, 318-41) reconnaisse l'idée largement répandue que les droits de l'homme sont d'origine judéo-chrétienne, avec des influences romaines, grecques et germaniques, c'est-à-dire une catégorie juridique occidentale, il soutient que même les cultures non occidentales qui seraient *a priori* incompatibles avec les droits de l'homme attribuent une sorte de primauté morale à la condition humaine par rapport aux autres êtres, soit par son immanence, soit par le lien direct avec une divinité, de sorte que la recherche des fondements interculturel des droits de l'homme serait le grand défi de cette catégorie au XXI<sup>e</sup> siècle.

Toutefois, si les droits fondamentaux remontent à l'évolution parallèle des droits de l'homme, il convient de noter que l'origine de ces derniers est généralement renvoyée au droit naturel. Dans une tentative de repenser cette association logique immédiate entre les droits de l'homme et le droit naturel, nous récupérerons le *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Système des droits publics subjectifs), de Georg Jellinek, de sorte qu'on peut repenser cette origine comme ayant un point intermédiaire qui serait proprement la catégorie des droits publics subjectifs. La doctrine des quatre statuts de Jellinek nous aide à mieux comprendre la structure ontologico-normative des droits sociaux, puisqu'elle dissocie, comme nous le verrons, l'idée de bien en fonction de l'intérêt en jeu, d'une part, et, d'autre part, elle place toutes les structures internes des droits publics subjectifs dans une catégorisation avec son propre système et sa propre dynamique conditionnée par la position de l'État par rapport à l'individu.

Jellinek (1912, 10), déjà dans l'introduction de son *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, a déclaré que « la première tentative de construction et de conception juridique de l'État moderne a été donnée par l'école du droit naturel ». L'émergence de l'État moderne représentait la rationalisation et l'impersonnalisation du pouvoir, mais il maintenait un lien avec le droit naturel et, par conséquent, avec la tradition judéo-chrétienne. Dans la formation

de la doctrine des droits de l'homme, nous pouvons trouver deux héritages notamment chrétiens qui ont fini par constituer des éléments centraux pour les droits de l'homme et les droits fondamentaux dans les ordres constitutionnels occidentaux : le concept de personne humaine et le principe de la dignité humaine.

En ce qui concerne le concept de personne humaine, c'est un fait bien connu que c'est avec la justice chrétienne que cette notion a été produite en Occident, puisque, de saint Augustin à Thomas d'Aquin, la figure centrale du monde terrestre était l'individu compris comme une *personne*, plutôt que comme un sujet, un serviteur ou toute autre catégorie conceptuelle qui enlevait sa condition d'individualité.<sup>1</sup> La pensée d'Hannah Arendt (1961, 52) est très claire en ce sens lorsqu'elle affirme que « life itself is sacred, more sacred than anything else in the world, and that man is the supreme being on earth. »<sup>2</sup>

Arendt est précise quand elle rappelle que la sécularisation du pouvoir politique n'a pas représenté l'affaiblissement de l'importance de la notion de personne humaine, mais plutôt son renforcement. Dans la modernité, c'est cette conception de l'être humaine qui a rendu possible toute tentative – surtout après l'Holocauste – de changer le paradigme axiologique qui guidait l'activité de l'État, passant d'un État dont le but suprême était son propre bien, à un État dont le plus grand bien est la vie humaine.

Le principe de la dignité humaine, en revanche, ne consiste pas seulement dans le fait que, contrairement à d'autres choses, il s'agit d'un être considéré en soi, avec une fin en soi, et n'étant jamais un moyen d'atteindre un certain objet ; c'est aussi une conséquence de la volonté rationnelle de l'homme, puisque seule la personne dispose d'une autonomie suffisante pour être guidée par les lois qu'elle élabore elle-même.<sup>3</sup> Pour cette raison, l'être humain s'est vu attribuer une dignité, au lieu

<sup>1</sup> En ce qui concerne les liens historiques entre la doctrine de la loi naturelle, prédécesseuse des droits de l'homme, et la tradition judéo-chrétienne, nous recommandons Strauss 1953.

<sup>2</sup> Dans un autre ouvrage, elle associe le christianisme à la consolidation de la vie comme bien suprême : « The reason why life asserted itself as the ultimate point of reference in the modern age and has remained the highest good of modern society that the reversal operated within the fabric of a Christian society whose fundamental belief in the sacredness of life has survived, and has even remained completely unshaken by, secularization and the general decline of the Christian faith. In other words, the modern reversal followed and left unchallenged the most important reversal with which Christianity had broken into the ancient world, a reversal that was politically even more far-reaching and, historically at any rate, more enduring than any specific dogmatic content or belief. For the Christian "glad tidings" of the immortality of individual human life had reversed the ancient relationship between man and world and promoted the most mortal thing, human life, to the position of immortality, which up to then the cosmos had held. » Arendt 1998, 313-14.

<sup>3</sup> L'idéal kantien de la dignité de la personne humaine illustre très bien cette autonomie de la volonté rationnelle : « Si donc il existe un principe pratique suprême, et, en ce qui concerne la volonté humaine, s'il y a un impératif catégorique, cet impératif doit s'appuyer sur la représentation de ce qui est *fin en soi*, de ce qui par suite est nécessairement une fin pour chaque homme, afin d'en faire le principe objectif de la volonté; c'est à cette condition qu'il pourra devenir une loi pratique universelle. Le fondement de ce principe est que la *nature*

d'un prix, comme celui qui est lié aux choses. La dignité de la personne découle du fait que l'« humain » est le point de départ de tous les droits. L'individualiste « âge des droits » auquel Bobbio fait référence a construit ses structures normatives les plus fondamentales à partir du principe de la dignité humaine.<sup>4</sup>

Un corollaire immédiat du principe de la dignité humaine est certainement l'idée d'humanité, c'est-à-dire l'unité de la race humaine. C'est pourquoi de la sacralité de la vie et de son besoin de protection découle ce que l'abbé de Saint-Pierre et Emmanuel Kant appelaient la « paix perpétuelle », ce qui est devenu, au XXe siècle, bien plus qu'un idéal abstrait : un bien à désirer par tous les peuples ; un bien que toute l'humanité devrait toujours protéger.

Une fois que les principes fondateurs de la doctrine des droits de l'homme ont été consacrés, les déclarations des droits du XVIIIe siècle ont formé les premiers catalogues de droits destinés exclusivement aux citoyens, et toutes les lois ultérieures devraient protéger ces droits et les reconnaître dans un statut plus élevé au sein de l'ordre constitutionnel. Cependant, il était nécessaire de faire en sorte que ces déclarations rompent avec les limites imposées par le droit naturel, notamment en raison de leur haut degré d'abstraction et de déconnexion avec les ordres juridiques positifs. À cette fin, il s'est imposé de différencier les droits de l'homme en tant que nouvelle catégorie.<sup>5</sup>

C'est ce que l'on voit clairement lorsque Jellinek (1912, 106) a dit que « les États constitutionnels devraient, tout d'abord, tracer une ligne de séparation étroite entre la partie de la liberté originelle qui restait au membre de l'État et le pouvoir lui-même de l'État ». Les droits publics subjectifs sont apparus comme une catégorie qui assurait à la fois des droits formellement et expressément garantis par l'État – ce qu'on a appelé des droits réflexes, puisqu'ils ne seraient qu'un « reflet » du droit positif – et des droits subjectifs matériels qui ne consisteraient qu'en « la vérification d'un intérêt individuel expressément ou implicitement reconnu par l'ordre juridique » (Jellinek 1912, 80).

*raisonnable existe comme fin en soi ; c'est ainsi que nécessairement l'homme se représente sa propre existence, et, en ce sens, ce principe est un principe subjectif de l'activité humaine. Mais tout autre être raisonnable se représente aussi de la même manière sa propre existence, en vertu du même principe rationnel, qui m'a guidé moi-même ; par conséquent ce principe est en même temps un principe objectif dont toutes les lois de la volonté doivent être dérivées comme de leur source suprême. L'impératif pratique s'exprimera donc ainsi : Agis toujours de manière à traiter l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne des autres, comme une fin et à ne t'en servir jamais comme d'un simple moyen » (Kant 1904, 66).*

<sup>4</sup> « Concezione individualistica significa che prima viene l'individuo, si badi, l'individuo singolo, che ha valore di per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa, anzi, per citare il famoso articolo 2 della *Dichiarazione* dell'89, la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo è 'lo scopo di ogni associazione politica » (Bobbio 1997, 59).

<sup>5</sup> En ce sens, Vicente Barretto (2002, 503-4) affirme que « La voie tracée par Georg Jellinek a consisté à apporter à la théorie du droit public une nouvelle catégorie de droits, les droits publics subjectifs. Avec cela, Jellinek avait l'intention, dans un premier temps, de rompre le lien qui identifiait les droits naturels avec les droits de l'homme. Le juriste allemand soutenait que, sous l'influence des déclarations de droit du XVIIIe siècle, la notion de droits publics subjectifs de l'individu s'est formée dans le droit positif des États européens. »

Mais comme le fait que les deux puissent être expressément prévus par le droit positif provoquerait une confusion conceptuelle, la mesure exacte du droit public subjectif substantiel serait donnée par l'intérêt subjectif matériel ou par la revendication juridique matérielle sous-jacente, opérant ainsi un élargissement des hypothèses normatives initialement prévues pour une norme juridique donnée qui protège un certain droit. Toujours pour aider à la dissociation de la catégorie du droit public subjectif en espèces formelles et matérielles, Jellinek (1912, 80-1) affirme que, par rapport au droit positif, les droits publics subjectifs formels sont toujours considérés selon l'ordre positif et les règles de droit public qui définissent leurs natures et caractéristiques générales respectives, c'est-à-dire que la seule volonté du législateur de les différencier du droit privé leur attribue déjà formellement une telle condition de droit public ; il convient d'ajouter qu'ils peuvent également exister en tant que moyens de réalisation d'un droit public subjectif matériel. Ces derniers, en revanche, sont des droits publics en eux-mêmes, dont la nature reflète clairement la relation juridique entre le titulaire du droit et le pouvoir de l'État, et le commandement normatif peut être exprimé de telle manière qu'il peut fonctionner même sans de règles de procédure pour son efficacité.

Avec cela, la logique subjectiviste du droit naturel est dépassée par l'établissement du droit positif comme norme de base pour déterminer les critères formels ou matériels, directs ou indirects, de reconnaissance des droits subjectifs à l'encontre de l'État.

Le *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, de Jellinek, est certainement l'un des ouvrages les plus cités – et les plus critiqués – en allemand sur l'origine des droits fondamentaux<sup>6</sup>. Il convient de noter que Robert Alexy (2002, 261) comprend que « la doctrine des statuts de Jellinek est le plus grand exemple de théorisation analytique dans le domaine des droits fondamentaux ». Lorsque la première version a été publiée en 1892, la notion de droits fondamentaux et la notion même de droits humains (*human rights*) n'avaient pas encore été consolidées. Il faut se rappeler que, tout au long du XIXe siècle, le débat entre les écoles herméneutiques telles que l'École d'exégèse et l'École historique du droit a tourné autour du concept de droit subjectif. Cependant, la doctrine renvoie les origines de la catégorie des droits fondamentaux à la notion de droit public subjectif, en particulier à la contribution de Jellinek.<sup>7</sup> Avant cela, seulement dans le travail de Carl Friedrich von Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, de 1852, le droit public a été pensé dans une perspective exclusivement juridique capable de faire peser la titularité de ces droits sur l'individu également. La *statuslehre* de Jellinek est très proche de sa théorie non moins célèbre de l'autolimitation de l'État, et peut même être considérée comme un complément ou un instrument de sa réalisation.

<sup>6</sup> Parmi toutes, nous nous référons à la critique de Hesse 1978.

<sup>7</sup> Ingo W. Sarlet (2010, 159) souligne que « Ce qui nous semble pertinent, c'est le fait que la théorie des quatre statuts de Jellinek, dans la mesure où elle a fait l'objet de critiques et de réparations, a été maintenue en vie grâce à un processus continu de redécouverte par la théorie constitutionnelle (y compris dans le droit national), en particulier en tant que paramètre de classification des droits fondamentaux. »

Déjà au début du travail de Jellinek (1912, 10), nous voyons une définition importante de l'ordre structurel qui illustre très bien ce point : « un ordre objectif du droit public constitue donc le fondement du droit public subjectif ». En d'autres termes, il n'y a rien de tel sans que le premier ne le constitue. Un peu plus loin, Jellinek affirme que le droit public subjectif est « le pouvoir de vouloir que l'homme possède, étant protégé et reconnu par le système juridique, dans la mesure où il a pour objet un bien ou un intérêt » (Jellinek 1912, 49). Par conséquent, cette catégorie juridique « n'est pas fondée sur les normes qui permettent, mais exclusivement sur les normes juridiques qui accordent un pouvoir » (Jellinek 1912, 57).

Un présupposé théorique de cela est le fait que la personnalité juridique de l'individu résulte de l'ensemble des qualités et des capacités que le système juridique confère à l'individu lui-même, résultant des prétentions juridiques subjectives relatives au pouvoir de l'État. Donc, le pouvoir de vouloir (*Anspruch*), dûment fondée sur le droit public, lorsqu'il vise à protéger des rapports juridiques de droit privé, cherche la protection des droits subjectifs *privés*, tandis que, lorsque les prétentions juridiques se retournent contre l'État, elles assument la condition de droits subjectifs *publics*. Jellinek souligne que dans l'expression *droit public subjectif*,

il faut donc attribuer au mot *droit* son sens le plus large, dans lequel le mot lui-même désigne à la fois la revendication légale et le rapport juridique sur lequel la revendication sert de fondement (Jellinek 1912, 65).

L'expression en question ne devrait se référer qu'à la prétention juridique car « la situation juridique qui sert de fondement à la prétention juridique de droit public est un rapport de droit, plutôt qu'un droit en soi » (Jellinek 1912, 65).

Bien qu'une telle dissociation subtile puisse conduire à l'idée que les droits publics subjectifs ne sont pas des droits en soi, les deux font partie de la même logique. Il faut faire attention au fait que certaines prétentions soient de droit public aboutit à un ensemble plus large de statuts possibles, comme nous le verrons ci-dessous.

L'importance historique du *System der subjektiven öffentlichen Rechte* découle de la doctrine dite des quatre statuts de Jellinek, ou simplement *statuslehre*. Si l'on considère que les droits publics subjectifs sont ceux qui résultent du fait qu'une personne est dans une relation juridique avec l'État ou a une prétention juridique à son égard, l'analyse de leur espèce dépendra de la position de l'individu devant l'État et vice versa.

Passons ensuite à l'examen de chacun de ces *statuts*.

*Status subiectionis* (ou *status passif*).

C'est la modalité la plus associée au pouvoir normatif de l'État, telle qu'elle a toujours caractérisé historiquement la dimension juridique de la puissance publique. Il s'agit de la compréhension de l'individu en tant que sujet de droits, mais avec un accent particulier sur sa condition d'être « soumis » à l'État, c'est-à-dire quelqu'un qui est dans la condition de destinataire passif des normes provenant de la puissance publique. Peu importe, dans ce *statut*, que l'homme soit considéré comme un sujet de droits, mais seulement comme un sujet de devoirs (Jellinek 1912, 93). En

appartenant à l'État, l'individu s'inscrirait dans une série de relations de *statut*, dont beaucoup seraient des relations de subordination. Jellinek (1912, 96) souligne que

comme conséquence de cette subordination à l'État, qui est à la base de toute activité étatique, l'individu, à la limite de la sphère de ses devoirs individuels, se trouve dans le *statut passif*, dans le *status subiectionis*, dans lequel l'autodétermination et, par conséquent, la personnalité sont exclues.

Il souligne également qu'

une personnalité absolue de l'individu, non subordonnée, en aucune manière, à la volonté de l'État, est une conception incompatible avec la nature de l'État, et qui ne remonte qu'à la personnalité mystique pré-étatique de la spéculation de la loi naturelle (Jellinek 1912, 96-7).

À ce stade, il est clair que la tradition du droit naturel a été dépassée dans l'œuvre de Jellinek, puisque les droits publics subjectifs consistent en « des *prétentions juridiques* (*Ansprüche*), qui résultent directement des *conditions juridiques* (*Zustände*) » (Jellinek 1912, 96). La relation individu-État, marquée par des lignes claires depuis la pensée hobbesienne au début de la modernité, acquiert aujourd'hui des portées normatives qui différencient cette relation selon la nature de la *condition juridique* dans laquelle l'individu et l'État sont insérés.

*Status libertatis* (*status négatif*).

La souveraineté de l'État est, bien sûr, un pouvoir limité qui doit être exercé conformément à l'intérêt général, c'est-à-dire à l'intérêt public. Par conséquent, ayant son origine au début du constitutionnalisme libéral, le *status libertatis* est une opposition claire au pouvoir absolu de l'État, qui peut être perçu dans le statut passif décrit ici. Jorge Miranda (1988, 90) va jusqu'à affirmer que cette opposition correspond au processus historique d'émancipation de l'être humain. En d'autres termes, les droits fondamentaux de la première dimension remontent à ce type de droit public subjectif, d'où dérive le nom de droits de défense (*Abwehrrechte*).<sup>8</sup> Le *statut négatif* représente donc la prétention juridique (*Anspruch*) que l'individu a à la reconnaissance de sa sphère de liberté, ce qui aboutit à une « interdiction pour les autorités de l'État de violer ce *statut* au moyen d'ordres ou de contraintes qui ne sont pas fondés sur la loi » (Jellinek 1912, 117).

Afin de limiter la liberté par la force de la loi, Jellinek reconnaît qu'il peut y avoir plusieurs causes de restrictions à la liberté individuelle, mais souligne les trois qui seraient les plus courantes :

<sup>8</sup> Canotilho (1993, 541) est précis dans la définition de la structure des droits de la défense : « Les droits fondamentaux remplissent la fonction de droits de la défense des citoyens dans une double perspective : (1) ils constituent, sur le plan juridique et objectif, des normes de compétence négative pour les autorités publiques, interdisant fondamentalement leur ingérence dans la sphère juridique individuelle ; (2) elles impliquent, sur un plan juridico-subjectif, le pouvoir d'exercer positivement les droits fondamentaux (libertés positives) et d'exiger des omissions de la part des autorités publiques, afin d'éviter une agression préjudiciable de leur part (liberté négative). »

- (a) en vertu de mesures restreignant les droits individuels qui ne constituent pas une sanction, mais qui résultent de faits commis par le titulaire du droit et dont les effets se retournent contre lui, l'empêchant de continuer à jouir pleinement de ce droit donné ;
- (b) les sanctions, qu'elles soient de nature pécuniaire ou qu'elles restreignent la liberté, représentent l'expression maximale de la limitation de la liberté individuelle ; et
- (c) lorsque, dans l'exercice d'une certaine activité ou en revendiquant quelque chose, l'individu cherche à s'inscrire dans une catégorie donnée, le cadrage qui s'opère dans les conditions établies par la puissance publique pour le plein exercice de cette activité ou l'ascension à une catégorie donnée constituera une limitation de ses droits à la liberté (Jellinek 1912, 123-25).

L'héritage de cette conception des droits de liberté qui peuvent être limités, restreints ou perdus est présent lorsque nous examinons l'article 18 de la Loi fondamentale de Bonn (*Grundgesetz*), de 1949, qui prévoit, respectivement, une possibilité extrême : la perte des droits fondamentaux. Une telle mesure peut frapper ceux qui abusent de la liberté d'expression de la pensée, notamment de la liberté de la presse, de la liberté d'enseignement, de la liberté de réunion, de la liberté d'association, de la garantie du secret épistolaire, des postes et des télécommunications, du droit de propriété ou du droit d'asile, afin de lutter contre l'ordre fondamental, démocratique et libérale de la République d'Allemagne. Il n'appartiendra qu'à la Cour constitutionnelle fédérale de constater la perte des droits fondamentaux, en déterminant également la durée dans le temps et les effets de cette déclaration. Bien qu'il s'agisse actuellement presque d'un exemple académique qui trouve sa sauvegarde dans la Constitution allemande, nous voyons que son but ultime est d'empêcher que les droits de liberté (du *status libertatis*) ne constituent une antithèse autonome des droits qui composent le *status subiectionis*, de sorte qu'il appartient à l'État, plus précisément à la Cour constitutionnelle, de faire une limitation équitable entre les deux droits, en cas de collision.

*Status civitatis* (*status positivus*) et le droit aux prestations.

Aussi appelé *status positivus*, il est basé sur l'hypothèse que toute action de l'État est une action au nom de l'intérêt public (Jellinek 1912, 127). Au lieu de considérer l'individu comme un simple destinataire d'ordres normatifs ou comme quelqu'un qui peut agir librement, tant qu'il n'enfreint pas les normes juridiques existantes en vigueur, il est entendu que la satisfaction de l'intérêt public dépend de la satisfaction d'un certain intérêt individuel protégé par le droit objectif.

En ce sens, Jellinek (1912, 127-28) a déclaré que

l'individu n'a aucune prétention à l'activité de l'État, il peut seulement demander que l'on prête attention à ses intérêts de fait, mais il doit remettre à l'analyse des organes de l'État le pouvoir de décider si, dans le cas concret, la protection de l'intérêt individuel est une exigence de l'intérêt général ou si, au moins, soyez compatible avec celui-ci.

Les paroles de Jellinek, correctement contextualisées à notre époque et à notre ordre constitutionnel, démontrent que la défense des droits de *status civitatis* doit se faire à travers la compatibilité claire du droit revendiqué avec ce qui est prévu par le système juridico-constitutionnel et qui répond à l'intérêt public. En appelant droits aux prestations ceux qui appartiennent à ce *statut*, c'est-à-dire les droits qui sont à l'origine de la deuxième dimension des droits fondamentaux, on met en évidence l' caractère essentiel de la satisfaction de ce droit public subjectif non seulement pour l'intérêt individuel, mais pour la communauté dans son ensemble, puisque l'intérêt public suppose la protection des individualités.

Si l'on considère que les droits sociaux d'aujourd'hui sont compris comme ayant leur origine dans ce *status positivus*, la conclusion inévitable est que la réalisation d'un droit social dépend de la combinaison de l'intérêt individuel et de l'intérêt public, mais sans oublier que, dans le cas brésilien, la Constitution de 1988 attribuait une centralité axiologique à l'individu au sein de l'État. En d'autres termes, il ne peut y avoir d'intérêt individuel qui, d'une manière ou d'une autre, ne s'inscrive pas dans l'intérêt public de voir les normes juridiques mises en œuvre dans la réalité, de voir la protection des droits individuels et sociaux garantie par les institutions publiques, par exemple. La conscience même du droit en cause n'a plus d'importance, car un patient inconscient devrait voir son intérêt individuel à une prestation de l'État perfectionné lorsqu'il est pris en charge – de manière adéquate – dans un hôpital public et que son droit à la santé est satisfait. La plus grande caractéristique de ce type de droit public subjectif est l'égalité, puisque, selon Jellinek,

l'égalité de droit consiste essentiellement dans l'égalité, au moins en dernière instance, du *status positivus*. De plus, elle comporte l'obligation générale de l'État de traiter les choses de la même manière, tant dans la législation que dans la juridiction et l'administration (Jellinek 1912, 150).

Ingo Sarlet, soulignant l'importance et l'actualité de la *statutslehre* de Jellinek, propose une subdivision des droits aux prestations en : (1) les droits aux prestations au sens large, y compris (1.1) les droits à la protection et (1.2) les droits à la participation dans l'organisation et la procédure ; et (2) les droits aux prestations au sens strict, c'est-à-dire les droits de *status positivus socialis*, caractérisés par la possibilité pour l'individu de revendiquer lui-même la protection de son droit public subjectif.<sup>9</sup>

*Status activae civitatis*.

Le quatrième type de droit public subjectif – et moins abordé par la doctrine – concerne ce que l'on appelle les droits de participation, c'est-à-dire les droits politiques. Bien que Jellinek (1912, 151-52) ait été très critique à l'égard de cette

<sup>9</sup> Pour une analyse des droits aux prestations sociales dans leurs structures fonctionnelles, bien que dans les mêmes termes que ceux proposés à l'origine par Jellinek, voir Sarlet 2010, 184-207.

expression, car il comprenait que l'expression droit politique serait juridiquement inadmissible, puisqu'elle ne pouvait pas générer de droit subjectif chez l'individu, on peut voir que ce *statut* a gagné en notoriété avec l'étiquette de droits politiques, qui, selon J. Miranda (1988, 89), « ont pour objet l'interférence des gens dans l'activité même de l'État, dans la formation de leur volonté ». Jellinek (1912, 153) comprenait ce type de droit comme une « attribution à l'individu de capacités non incluses dans sa liberté naturelle, capacités sur la base desquelles il ne peut aboutir qu'à l'exercice de droits politiques ». Il se distingue surtout du

*status civitatis* parce que son contenu immédiat n'est pas constitué par des prétentions juridiques contre l'État, mais par la possibilité que l'individu devienne l'objet d'une action de l'État, en tant que membre de l'ordre constitutionnel lui-même (Jellinek 1912, 154).

Ainsi, ils sont également appelés droits de participation.

Alexy (2002, 268) souligne à juste titre que la structure formelle des droits publics subjectifs de *status activae civitatis* peut être clairement définie sur la base du concept de compétence, ce qui signifie qu'en d'autres termes, pour chaque droit de ce statut, il y aura une règle de compétence qui lui donnera le pouvoir de faire quelque chose. En ce sens, Jellinek (1912, 153) affirme que « tant que l'individu exerce des fonctions étatiques, lorsqu'il devient un organe de l'État, il n'a aucun droit par lui-même, mais seulement des compétences étatiques ». Afin d'éviter que l'analyse purement formelle de la structure des droits de ce statut ne devienne trop large, il sera également nécessaire d'ajouter un critère matériel : avoir la compétence de participer à la formation de la volonté de l'État (Jellinek 1912, 156-57). En bref, les droits du *status activae civitatis* forment une catégorie qui combine les caractéristiques de deux autres statuts, considérant que leurs positions « sont toujours liées aux positions des autres statuts, puisque l'exercice d'une compétence est toujours obligatoire ou interdit (statut passif) ou facultatif (statut négatif) » (Alexy 2002, 269).

Il convient également de rappeler l'extension du statut examiné, proposée par Peter Häberle et mise en évidence par Sarlet (2010, 158), à ce qui serait un *status activus processualis*, qui pourrait également englober la dimension procédurale et organisationnelle des droits fondamentaux.

Après avoir conclu ce bref aperçu de la doctrine des quatre statuts de Jellinek, une question mérite d'être reprise : quelle est la condition théorico-normative des droits sociaux fondée sur la doctrine des quatre statuts ? La normativité des droits sociaux a été l'une des questions les plus pertinentes dans les pays qui attribuent une hiérarchie constitutionnelle à la protection de ces droits. En outre, les droits sociaux en tant que catégorie juridique constituent certainement l'un des meilleurs exemples de la relation de continuité entre la doctrine des droits publics subjectifs et la doctrine des droits de l'homme.

À cette fin, nous ferons quelques considérations illustratives sur le droit à l'éducation, car il est considéré comme un droit aux prestations, dont le cadrage dans certains des statuts de la théorie susmentionnée nécessite une réflexion plus approfondie. Il convient de rappeler que, d'une manière générale, le droit

à l'éducation est encadré par le *status civitatis*. Cependant, nous proposons de repenser le thème et son cadrage traditionnel en tant que droit public subjectif de *status positivus*, c'est-à-dire selon l'idée répandue qu'il s'agit d'une disposition étatique qui devrait être donnée au nom de l'intérêt public, selon les termes de la Constitution, en soulignant l'universalité et la gratuité de l'offre.

Jellinek (1912, 127) souligne que, dans le *status positivus*, « l'individu a des droits devant les institutions de l'État pour obtenir des prestations de l'État au profit de ses intérêts individuels ». Dans le *status passif*, selon les mots de Jellinek (1912, 96), l'autodétermination de l'individu est exclue, puisqu'il ne lui appartient qu' de choisir entre les alternatives proposées par l'État.

Les droits sociaux ont ce que J. E. Faria (1994, 105-6) appelle des « fins compensatoires », puisque l'objectif principal est d'inégaliser matériellement l'égalité formelle existant entre les bénéficiaires possibles, en permettant aux plus nécessiteux de recevoir une « compensation » pour les inégalités que cette égalité formelle finit par créer.

Sarlet rappelle la célèbre décision *numerus clausus* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE, 33, 303),<sup>10</sup> où la Cour a déclaré que le droit d'accès à l'enseignement supérieur doit générer une disposition étatique qui correspond

à ce que l'individu peut raisonnablement exiger de la société, de telle sorte que, même si l'État a les ressources et le pouvoir d'en disposer, on ne peut pas parler d'une obligation de fournir quelque chose qui ne reste pas dans les limites du raisonnable (Sarlet 2010, 287).

Il ajoute également que

l'on pourrait soutenir qu'il n'y aurait aucun moyen d'imposer à l'État l'octroi d'une aide sociale à quelqu'un qui n'a effectivement pas droit à la prestation, parce qu'il dispose lui-même de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins (Sarlet 2010, 287).

La même logique adoptée dans la question de l'universalité et de la gratuité absolue du droit à l'éducation pourrait être étendue au cas du droit aux médicaments. Bien qu'il s'agisse d'un bien d'une essentialité singulière, c'est-à-dire de la vie, nous voyons que l'approvisionnement public, universel et gratuit des médicaments doit également être pensé dans la perspective du droit public subjectif du *status passif* (*status subiectionis*), puisqu'il appartient

<sup>10</sup> Cette décision a été rendue le 18 juillet 1972, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé que la diversité des critères d'admission à l'université créait une insécurité juridique et, surtout, violait le principe d'égalité. En conséquence, l'accès à l'université a commencé à suivre des normes et des critères universels dans toute l'Allemagne, ce qui a rendu les « restrictions de capacité » (*Kapazitätsengpässen*) plus claires et plus objectives dans la répartition des places dans les universités. En raison du fait que de telles restrictions peuvent résulter de difficultés budgétaires de l'État, la décision appelée *numerus clausus* est généralement associée au début du développement de la thèse de la réserve du possible par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

au pouvoir public de déterminer la liste des médicaments dans des conditions d'approvisionnement libre et universel. Autant la limitation que les listes finissent par générer est très discutable, autant le fait que la nécessité de prouver un manque de ressources pour l'acquisition de médicaments ne l'est pas. Cependant, il s'agit d'un sujet qui dépasse le cadre de cette recherche, mais qui illustre précisément comment la doctrine des statuts de Jellinek est toujours actuelle et sujette à adaptation.

### 3.2 La Constitution de Weimar et le constitutionnalisme des droits sociaux

Les grandes transitions des périodes historiques, en particulier lorsqu'il s'agit de l'émergence d'une soi-disant nouvelle « ère », sont généralement marquées par une succession d'événements qui, lorsqu'ils sont observés dans leur contexte et ensemble, ont des caractéristiques communes. Il en va de même pour le passage de la période du constitutionnalisme libéral au constitutionnalisme des droits sociaux. Cependant, dans ce cas, il y a un événement d'une importance singulière qui marquera de manière décisive l'émergence de cette nouvelle ère du constitutionnalisme occidental : la Constitution de Weimar.

Dans le cadre du thème général appelé constitutionnalisme transnational, il est nécessaire d'aborder la pertinence historique de la Constitution allemande de 1919 car le phénomène constitutionnel transnational est étroitement lié à la défense et à l'affirmation des droits des groupes sociaux. En effet, avec les droits diffus et collectifs, les droits sociaux sont au cœur de plusieurs institutions internationales et supranationales de régulation politico-juridique, telles que l'OIT, l'OMC, l'OMS et les agences et/ou organismes qui s'occupent du droit à l'éducation.

En ce sens, ce point retrouvera le moment de l'émergence de la Constitution de Weimar et le contexte historique plus large de la constitutionnalisation des droits sociaux, depuis la Constitution du Mexique, de 1917, nous permettant de parler, dans ce cas, d'une circulation d'idées très similaire à celle qui caractérise le constitutionnalisme transnational au siècle actuel. Ensuite, nous analyserons la nature normative des droits sociaux dans les deux processus constitutifs, en accordant une attention particulière aux différences significatives entre la protection du travailleur en tant que figure centrale, plutôt que celle du citoyen. Dans un troisième temps, il sera important de renforcer l'aspect épistémologique qui caractérise les droits sociaux par opposition à la catégorie des droits individuels, qui, en fait, nous permet de parler du début d'une nouvelle ère du constitutionnalisme occidental. Pour clore ce point, nous aborderons la manière dont la constitutionnalisation des droits sociaux, dans la mesure où elle fait entrer le groupe social dans le plan normatif-constitutionnel, a ouvert les portes au principe démocratique pour qu'il assume une fonction très importante dans le constitutionnalisme occidental, à tel point que, comme nous le verrons dans le point suivant, il sera le principal point distinctif de ce que l'on appelle le nouveau constitutionnalisme latino-américain.

La Constitution de Weimar est célèbre pour être synonyme de l'avènement du constitutionnalisme des droits sociaux. Dans des pays comme la France, cela se produira avec la IV<sup>e</sup> République, en particulier avec le préambule de la Constitution de 1946 ; au Brésil, avec la Constitution de 1934 ; en Italie, en 1947, les constituants n'utilisaient pas littéralement l'expression *diritti sociali*, mais plutôt la protection de ces droits par des relations « éthico-sociales » (*rapporti etico-sociali*), ce qui a laissé à la Cour constitutionnelle italienne la fonction de développer la dimension normative de ces dispositions constitutionnelles. D'autre part, l'Allemagne de l'après-guerre a traduit, en termes normatifs, en droits sociaux les idéaux de la social-démocratie qui ont inspiré, le 9 novembre 1918, la proclamation de la République de Weimar, par Philipp Scheidemann. L'utilisation de l'expression droits fondamentaux (*Grundrechte*) et l'introduction de la catégorie des droits sociaux (*sozialen Rechte*) étaient deux aspects normatifs qui différençaient les constituants de Weimar par rapport aux autres processus constitutionnels originaux observés jusqu'alors.

La large diffusion des idées politico-constitutionnelles qui s'est produite au cours des deux premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle peut être perçue lorsque nous observons que les idéaux du processus politique qui a culminé dans la Constitution de Weimar, le 14 août 1919, sont nés bien avant cela, toujours pendant la Première Guerre mondiale, en opposition flagrante au modèle d'État et de société engendré par la Constitution de l'Empire allemand, de 1871. Ainsi, Weimar signifiait une opposition directe au modèle constitutionnel précédent et, en parallèle, entendait constituer une alternative à la configuration politique instituée avec la révolution soviétique, car elle visait une social-démocratie qui n'était pas aussi centraliste que la démocratie soviétique. Les prétentions des électeurs de Weimar peuvent être bien résumées, en ce sens, dans la célèbre phrase d'Eduard David, ministre de l'Intérieur de Scheidemann et l'un des présidents de l'Assemblée nationale constituante, lorsque, dans un discours prononcé en occasion du vote sur la nouvelle Constitution, il a déclaré que « la République allemande est aujourd'hui la démocratie la plus démocratique du monde ».<sup>11</sup>

De l'autre côté de l'Atlantique, deux ans plus tôt, la Constitution du Mexique, du 1<sup>er</sup> mai 1917, en vigueur aujourd'hui, est reconnue comme ayant été, d'un point de vue politique, peut-être le résultat le plus pertinent de la Révolution mexicaine, qui a commencé en 1910, tandis que, d'un point de vue juridico-constitutionnel, on se souvient toujours d'elle pour avoir prévu un large éventail de droits sociaux ayant un statut constitutionnel. L'opposition la plus immédiate que la Révolution entendait faire était la dictature de Porfirio Díaz, qui s'est terminée par sa déposition par Francisco Madero, le 25 mai 1911. Cependant, parmi les révolutionnaires, il y avait un courant, dirigé par Venustiano Carranza, qui se disait lui-même un libéral constitutionnaliste et défendait les idéaux de la Constitution libérale de 1857. Étant donné que Carranza a été un protagoniste du processus constituant au point d'être élu premier président de la République

<sup>11</sup> « Die Deutsche Republik ist fortan demokratischste Demokratie der Welt! », David 1919.

sous l'égide de la Constitution de 1917, il est possible de voir que son orientation libérale, en assumant une position constitutionnaliste, s'est reflétée dans la manière dont le processus constituant a été développé, ce qui a abouti au texte qui entrerait en vigueur précisément le jour de la fête du Travail. L'historien mexicain Javier Garciadiego (2003, 195-96) souligne que la Révolution était, par essence, une lutte de classe et que la Constitution devrait en tenir compte.<sup>12</sup> À cette fin, l'introduction d'une catégorie conceptuelle telle que les droits sociaux permettrait à la protection constitutionnelle de ne pas être centrée sur un groupe social spécifique, comme les travailleurs, mais plutôt sur cette notion autour de laquelle s'articulerait la dogmatique constitutionnelle : la citoyenneté.

Le texte initialement approuvé en 1917 comportait, dans son titre I, un chapitre I, intitulé *De las garantías individuales*, qui conservait encore une grammaire libérale centrée sur la catégorie des « droits civils et politiques », mais son article 3 avait déjà introduit une disposition large sur le droit à l'éducation. Dans les titres suivants, la protection des droits sociaux a également été mise en évidence dans des articles tels que le long 27, qui traitait de la propriété et des limites de l'intervention de l'État. Cependant, l'article 123 était le reflet le plus marquant de la lutte des classes qui a donné naissance à la révolution mexicaine : il traitait des droits des travailleurs, à la fois individuellement et collectivement.

Promulguée par l'Assemblée constituante établie dans la ville de Querétaro, la Constitution mexicaine de 1917 est un jalon historique pour le constitutionnalisme des droits sociaux dans les Amériques et s'ajoute à la large portée internationale que la Constitution de Weimar a acquise au cours de ce que l'on peut appeler la nouvelle ère du constitutionnalisme occidental. Un point important à souligner, en ce sens, est directement lié à ce qui était anticipé avec le travail de Jellinek : la nature normative des droits sociaux. Si à Querétaro l'orientation idéologique basée sur les soi-disant « droits civils et politiques » était encore très présente, bien que le texte lui-même associait la citoyenneté à l'exercice d'une vaste liste de droits sociaux, à Weimar le point de référence était la figure de l'ouvrier. L'inclusion du droit de vote des femmes et les politiques égalitaires en matière de citoyenneté étaient, dans le texte constitutionnel, étroitement associées au statut de travailleur. Situé dans le chapitre V, partie II – « Droits et devoirs fondamentaux des Allemands », l'article 162 est le seul à se référer littéralement à la catégorie des droits sociaux (*sozialen Rechte*), mais il convient de noter qu'il le fait en mentionnant la nécessité pour l'État de fournir des conditions minimales pour l'exercice de « droits sociaux à toutes les classes de travailleurs de l'humanité ».<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Du même auteur, voir aussi Garciadiego 2017, 1183-270.

<sup>13</sup> Constitution de Weimar, art. 162 « Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt. » Em anglais : « The Reich shall endeavor to obtain an interstate regulation of the legal status of laborers which shall have as its object the establishment of a general minimum standard of social rights for all working classes of mankind. »

Dans le point précédent, en analysant la théorie des statuts de Jellinek, il est possible de localiser l'origine de ce troisième statut normatif, en plus du *status libertatis* et du *status subiectionis*, c'est-à-dire un *status civitatis* qui exige des prestations positives de l'État au profit d'un certain groupe social. Par conséquent, la Constitution de Weimar a établi un régime juridique qui permettait à l'individu d'être compris dans le contexte spécifique de son groupe social, qu'il soit ouvrier, étudiant, retraité, malade, etc.

Le juriste tchèque Karel Vasak, lorsqu'il a prononcé sa célèbre conférence à l'Institut international des droits de l'homme, à Strasbourg, en 1979, il a bien compris que, au-delà des limites des droits fondamentaux au sein des États nationaux, les droits humains auraient trois « générations » : la première, de droits typiquement individuels, la seconde traitant des droits sociaux, économiques et culturels, laissant la troisième à la protection de ces droits qui iraient au-delà des deux premières générations et pourraient être résumés à l'idée de droits de solidarité entre les peuples du monde.<sup>14</sup> Très répandue et assertif est la critique – qu'il convient donc de réitérer ici – sur le caractère purement historique de l'expression « générations », puisque la définition la plus précise est dans l'expression « dimensions » pour désigner le caractère normatif de chacune de ces trois dimensions/génération décrites par Vasak.<sup>15</sup> Toutefois, étant donné que la présente partie de cet ouvrage est de nature historique, l'utilisation de l'expression « générations » est utile dans le sens où elle renforce encore l'importance de la Constitution de Weimar pour le constitutionnalisme occidental et même pour le développement du droit international des droits de l'homme, étant donné qu'elle inaugure une nouvelle étape des droits fondamentaux en Allemagne et repositionne également le statut normatif d'une nouvelle catégorie de droits, c'est-à-dire les droits sociaux.

Enfin, il y a une caractéristique présente dans la Constitution de Weimar qui a influencé la façon dont le principe démocratique en est venu à assumer une fonction prépondérante dans le constitutionnalisme occidental, en particulier dans la période qui a suivi la Seconde Guerre mondiale. L'historien du constitutionnalisme Horst Dippel (2019, 13-26) souligne que, bien que la République de Weimar ait été très marquée par les erreurs politiques du parti social-démocrate allemand et la montée du nazisme, la Constitution de Weimar laisse un héritage très important : l'extension du droit de vote aux femmes a plus que doublé le nombre d'électeurs, ce qui a favorisé, en même temps que l'introduction de nombreux droits sociaux, un renforcement du sentiment d'appartenance politique des individus et, par conséquent, la consolidation du principe démocratique comme guide pour le constitutionnalisme qui se développerait en Occident après la fin de la Seconde Guerre mondiale et la chute

<sup>14</sup> Voir, pour une analyse plus détaillée de l'auteur lui-même, où il adopte la terminologie « dimensions » : Vasak 1982, 1-9, « Human rights : the legal situation ».

<sup>15</sup> Les constitutionnalistes Paulo Bonavides (1999, 525) et Ingo Sarlet (2010, 45) ont souligné cette insuffisance de la dénomination « générations de droits ».

des totalitarismes nazis-fascistes. Cependant, dans la section suivante, nous aborderons la manière dont le principe démocratique se démarquerait dans ce qu'on appelle le nouveau constitutionnalisme latino-américain.

### 3.3 Le nouveau constitutionnalisme latino-américain au début du XXI<sup>ème</sup> siècle

La grande pertinence historique du constitutionnalisme américain présente une hégémonie dans le domaine épistémologique de la théorie constitutionnelle, ce qui place souvent les autres processus constitutionnels dans les Amériques sur un plan secondaire. Cependant, à la fin du XX<sup>e</sup> siècle et au début du XXI<sup>e</sup>, il y a eu l'épanouissement d'un phénomène propre de l'Amérique latine et qui, comme l'ont appelé Roberto Viciano Pastor et Rubén Martínez Dalmau, a signifié l'émergence d'un *constitucionalismo sin padres* (sans parents), c'est-à-dire un nouveau modèle de constitutionnalisme en opposition à ceux qui existaient jusque-là, notamment en Amérique du Sud.<sup>16</sup> Un nouveau constitutionnalisme qui aurait l'intention de remettre en question la présence de la colonialité dans les savoirs et, par conséquent, dans les institutions publiques et les modèles constitutionnels, en proposant le redimensionnement du principe démocratique afin de permettre à la pluriversalité des formes de l'existence humaine de se projeter dans les processus constitutionnels originaux.

Une première approximation, en termes de circulation des idées politico-philosophiques, pourrait être faite avec la pensée du philosophe sud-africain Mogobe Ramose (1999), pour qui la notion d'*Ubuntu* comme « attention à l'autre », bien qu'elle soit originaire des tribus zouloues, permet de concevoir l'humanité comme un ensemble de différentes formations culturelles unies par un sens commun de la solidarité. Ce parallèle qui est esquissé ici, en guise d'introduction, vise à montrer comment le panafricanisme, représenté par la pensée de Ramose, s'inscrit dans le même contexte large – donc, pas seulement latino-américain – du développement d'une vision décoloniale de la société, de l'organisation politique, des institutions, bref, d'une vision du monde non eurocentrique.

La conquête de l'Amérique par les Européens est considérée comme une référence dans l'histoire de l'Occident et même de l'humanité, mais cette conception eurocentrique de l'histoire néglige le passé précolonial des peuples qui habitaient ces territoires. Le sociologue péruvien Anibal Quijano (1988, 54-5) détecte que ce processus de « découverte » de l'Amérique est, avant tout, le

<sup>16</sup> « Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente, a través de referéndum hasta la votación final para su entrada en vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellas reuniones de elites del viejo constitucionalismo para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de Constitución: más amplia y detallada, de mayor originalidad, pensada para servir a los pueblos, cercana de nuevo al objetivo revolucionario » (Pastor et Dalmau 2010, 13).

début de l'affirmation d'une raison historique qui conçoit le rationalisme comme un projet de libération des sociétés conquises et la nécessaire incorporation/assimilation au modèle européen de civilité ; de plus, au fil des siècles, cette raison historique – qui avait une prétention libératrice – a cédé la place à la raison instrumentale, qui deviendra bientôt hégémonique en associant raison et domination. La victoire de la raison instrumentale réduit au silence les figures mythiques, la primauté de l'oralité et les croyances en la transcendance, entre autres caractéristiques qui ont si fortement caractérisé les peuples originaires des territoires conquis dans les Amériques.

La conquête ne se limite pas à l'année 1492. C'est un processus continu de renouvellement de l'hégémonie de la raison instrumentale non seulement sur les territoires, mais surtout sur les savoirs. Le sociologue vénézuélien Edgardo Lander (2000, 10-1) saisit bien ce processus dans la notion de « colonialité des savoirs » : l'exportation du modèle « pur » de la connaissance de l'Europe vers d'autres parties du monde qui doivent se développer même face à cette connaissance qui n'est pas encore connue sur le sol européen. En ce sens, le sémiologue argentin Walter Mignolo (2007) soutient que la destruction violente des peuples autochtones et le mépris de leur savoir pendant la colonisation des Amériques ont laissé une blessure coloniale qui a donné naissance à des conflits internes qui reproduisent des modèles typiques du conflit présent dans le modèle étatique européen moderne.

Pour cette raison, il est nécessaire de comprendre la décolonialité comme une condition de possibilité de l'historiographie latino-américaine contemporaine. Dans la mesure où elle cherche la description analytique des faits, permet de dépasser les récits historiques universels en faveur d'une compréhension de l'histoire qui part de la primauté des faits et, par conséquent, du déroulement et de l'enchaînement entre les éléments qui les structurent. Brièvement, au lieu de se concentrer sur l'histoire du point de vue du narrateur, nous commençons à nous concentrer sur l'histoire à partir des éléments concrets présents dans les faits décrits.

Le constitutionnalisme en Amérique latine, de 1980 à 1990, a une compréhension décoloniale de la connaissance comme présupposé épistémologique. Il s'agit du détachement dont parle Walter Mignolo (2010) lorsqu'il se réfère à la nécessité pour la pensée latino-américaine d'aller au-delà des matrices européennes traditionnelles et de trouver ses propres concepts, catégories et principes liés au temps présent de leurs peuples respectifs. Il y a une refondation épistémique de la tradition critique de la pensée latino-américaine à travers ce que l'on appelle conventionnellement le « tournant décolonial », c'est-à-dire la radicalisation de l'argument postcolonial en tant que mouvement d'opposition et de résistance à la logique de colonialité qui caractérise la modernité en tant que projet politique global (Ballestrin 2013, 90-1). L'anthropologue colombien Arturo Escobar (2004, 207-30) souligne l'importance singulière de la perspective décoloniale pour les pays d'Amérique latine en raison du fait que la mondialisation, avec ses différents processus internes (économiques, politiques, culturels, etc.), renforce la prétention à l'universalité et la radicalisation des références de la modernité.

Un deuxième présupposé du constitutionnalisme latino-américain peut être observée dans la Philosophie de la Libération, largement influencée par le philosophe argentin Enrique Dussel (1977). En bref, ce courant philosophique propose une critique des fondements de la modernité et souligne la nécessité de dépasser la dualité dominateur et dominé. L'histoire serait le produit d'une construction locale et contextuelle de chaque peuple, de sorte que le processus collectif de connaissance de soi serait aussi une forme d'émancipation épistémique et, par conséquent, intellectuelle d'un peuple face à son dominateur/conquérant. Dussel (2001 et 1999) indique que les insuffisances de la modernité peuvent être surmontées par une transmodernité visant à promouvoir la coréalisation entre le centre et la périphérie, entre l'opprimeur et l'opprimé, sur la base d'une idée partagée de solidarité.

Dussel (2001, 452) lui-même résume la Philosophie de la Libération comme un *movimiento post-moderno avant la lettre*, en réalité transmoderno, que aprecia la crítica postmoderna pero la descentra desde la periferia mundial y la reconstruye desde las exigencias políticas concretas de los grupos subalternos (Enzo Bello 2015, 54).

Souligne l'importance de maintenir l'idée originale de « libération » de l'espagnol *liberación* car cette émancipation est, en somme, une désobéissance épistémique des sujets colonisés et de leurs savoirs obscurcis.<sup>17</sup> Ainsi, le nouveau constitutionnalisme latino-américain s'inscrit dans le constitutionnalisme occidental, certainement. L'originalité du mouvement réside dans le dépassement de la dynamique de la colonialité, du pouvoir et du savoir, en faveur d'une libération effective des peuples à travers leurs processus constitutifs originaux.

Fernanda Bragatto dit que la relation de ce mouvement avec la perspective décoloniale des connaissances a permis d'introduire dans les Constitutions la vision de la société que les groupes historiquement marginalisés ont en tant que peuples autochtones, femmes, paysans et d'autres formations sociales précédemment incluses dans l'abstraction de la notion classique de citoyen (Bragatto et Castilho 2014, 12)<sup>18</sup>. Si, d'une part, le nouveau constitutionnalisme latino-américain s'oppose à l'héritage colonial de la modernité, d'autre part, il cherche également à présenter un modèle alternatif de Constitution face à la conception libérale-bourgeoise qui a marqué les constitutionnalismes de ces pays peu après leurs processus d'indépendance. Bien que le constitutionnalisme des droits sociaux se soit développé dans plusieurs pays d'Amérique latine, comme le Brésil et sa Constitution de 1934, l'orientation libérale-individualiste et patrimonialiste était présente même dans les textes constitutionnels promulgués à l'époque des droits sociaux.

Une caractéristique significative de ces mouvements constitutionnels dans les pays d'Amérique latine peu après leurs respectifs processus d'indépendance

<sup>17</sup> Du même auteur, pour une analyse plus large du mouvement en question, voir Bello (2012).

<sup>18</sup> Dans le même sens, voir Bragatto (2014 et 2015, 52-61).

a été la consolidation d'une identité politique définie par un accord politique entre libéraux et conservateurs. Roberto Gargarella (2014, 9) a appelé *constitutionnalisme de fusion* le processus politique qui a donné naissance à ces constitutions libérales-conservatrices qui finiront par structurer des modèles d'États centrés sur la neutralité, sur la laïcité, sur un présidentielisme à tendance au protagonisme excessif du chef de l'État et, par conséquent, sur un fédéralisme centraliste. Bref, à partir du milieu du XIXe siècle, on assiste à une prolifération de textes constitutionnels d'orientation libérale-conservatrice et, afin de répondre aux exigences des élites politiques et économiques locales, très marqués par le patrimonialisme étatique.<sup>19</sup>

La constitutionnaliste péruvienne Raquel Yrigoyen Fajardo (2011, 139-59) décrit le nouveau constitutionnalisme latino-américain en trois cycles :

(1) phase du constitutionnalisme multiculturel : entre 1982 et 1988, dans laquelle s'insère la Constitution brésilienne de 1988, elle est marquée par la protection de l'identité culturelle fondée sur une compréhension multiculturelle de la société ;

(2) phase du constitutionnalisme pluriculturel : entre 1989 et 2005, ayant pour principales Constitutions celles de la Colombie (1991), du Mexique et du Paraguay (1992), du Pérou (1993), de la Bolivie et de l'Argentine (1994), de l'Équateur (1996 et 1998) et du Venezuela (1999), elle se caractérise par l'affirmation du pluralisme et de la diversité culturelle comme principes constitutionnels qui guideraient la production de normes infraconstitutionnelles visant à protéger les droits des formations culturelles et des peuples autochtones sur leurs terres, leurs façons d'être et leurs besoins de participation et de représentation politiques ;

(3) phase du constitutionnalisme plurinationnel : entre 2006 et 2009, avec les Constitutions de l'Équateur (2008) et de la Bolivie (2009) comme meilleurs exemples, ils ont cherché à consolider un projet politico-constitutionnel décolonisateur et égalitaire centré sur l'idée des États plurinationaux, qui permettraient la reconnaissance de diverses cultures comme « nations originelles » au sein d'un même État politiquement institué.

Pour une compréhension analytique du phénomène, il est intéressant de voir comment Roberto Viciano Pastor et Rubén Martínez Dalmau (2010, 13-43) décrivent quatre caractéristiques formelles du nouveau constitutionnalisme latino-américain :

- 1) rupture démocratique : c'est l'opposition avec l'ancien constitutionnalisme et l'institution d'un nouveau modèle qui a pour objectifs principaux la recherche du bien vivre, du bien-être social, de l'intégration sociale et de la légitimation du pouvoir ; il s'agit d'une ouverture formelle originale et novatrice du gouvernement aux éléments de la participation sociale et politique ;

<sup>19</sup> Sur le patrimonialisme étatique dans la formation de l'État brésilien, l'œuvre de Raymundo Faoro Jr. (2012, 830) est déjà classique, d'où nous tirons son idée que : « A elite do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando político, numa ordem de conteúdo aristocrático. »

- 2) extension : il s'agit de constitutions très caractérisées par la large dimension analytique des textes constitutionnels, compte tenu du nombre élevé de droits à reconnaître et du statut constitutionnel attribué non seulement aux pouvoirs institués, mais aussi à leurs mécanismes internes respectifs d'efficacité institutionnelle et de réalisation ;
- 3) complexité : caractéristique étroitement liée à l'extension, elle découle de la nécessité de dépasser la concision de l'époque nominaliste, très présente dans la Constitution américaine, et d'adopter une structure qui permette à l'interprète de trouver dans le texte la dimension de sens de la norme constitutionnelle ;
- 4) rigidité : c'est une marque de l'ensemble des textes constitutionnels du nouveau constitutionnalisme latino-américain, puisque, sans adopter une immuabilité textuelle inflexible, il limite le législateur réformateur à suivre un processus législatif plus rigide, par rapport aux lois ordinaires, ce qui enlève la malléabilité du texte constitutionnel aux humeurs politiques inconstantes et simplement contingentes du Parlement ; ainsi, une réforme plus large et plus structurelle de la Constitution nécessiterait un nouveau débat politique dans le contexte du pouvoir constituant originel.

Les mêmes auteurs énumèrent également cinq caractéristiques matérielles du nouveau constitutionnalisme latino-américain (Pastor et Dalmau 2010, 26-34) :

- 1) démocratie participative : l'introduction de nouveaux mécanismes de participation politique, en plus de ceux qui existent traditionnellement dans la démocratie représentative, renforçant l'engagement constitutionnel de promouvoir la participation par des formules directes d'interaction entre le gouvernement et la volonté populaire ;
- 2) longues chartes des droits fondamentaux : contrairement au constitutionnalisme qualifié de classique par les auteurs, le nouveau constitutionnalisme cherche à reconnaître la liste la plus large de droits fondamentaux, en particulier pour les groupes vulnérables et les peuples autochtones ; en même temps, ils consolident les instruments procéduraux, administratifs et/ou judiciaires pour assurer l'exercice de ces droits ;
- 3) mécanismes d'intégration des secteurs historiquement marginalisés : une fois qu'ils sont fondés sur des conceptions de diversité culturelle et de pluralisme juridique, ce sont des constitutions qui reconnaissent, en particulier pour les peuples autochtones et les groupes minoritaires, la légitimité d'accéder de manière autonome à l'administration publique et au système judiciaire pour la réalisation de leurs droits respectifs ; la Constitution de la Bolivie, de 2009, est peut-être l'exemple le plus frappant de cette transformation de la perspective constitutionnelle, puisque, en définissant la configuration des institutions publiques de l'État plurinational, elle a créé la première Cour constitutionnelle avec élection directe par le peuple au poste de juge constitutionnel, avec des vacances également réservées aux personnes appartenant à des groupes autochtones ;
- 4) normativité constitutionnelle : redimensionnant l'idée classique de la suprématie de la Constitution, établit un large accès à l'exercice d'un contrôle

concentré de constitutionnalité, lorsqu'il n'est pas combiné avec le contrôle diffus de la constitutionnalité aux fins d'un accès plus démocratique à la justice constitutionnelle ;

- 5) constitution économique : cette expression illustre la manière dont le nouveau constitutionnalisme latino-américain resignifie le rôle de l'État dans l'économie, dont la participation se traduit dans des aspects pertinents, tels que la décision publique sur l'utilisation des ressources naturelles et la réglementation des activités financières ; en outre, il s'agit de nouvelles Constitutions qui apprécient une dynamique d'intégration latino-américaine plus large que celle qui est simplement l'intégration économique (Pastor et Dalmau 2010, 34-8).

En conclusion, il est possible de dire que le nouveau constitutionnalisme latino-américain a reçu, en termes théoriques et philosophiques, beaucoup d'influence de la philosophie de la libération et de la pensée décoloniale, tandis que, du point de vue normatif, il a attribué une centralité au principe démocratique en introduisant la représentation des groupes et des formations sociales dans le processus politique, notamment dans la structuration des institutions publiques.

#### Bibliographie

- Alexy, Robert. 2002. *Theorie der Grundrechte* (orig. 1985), trad. esp. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arendt, Hannah. 1961. *Between Past and Future : Six Exercises in Political Thought*. New York, Viking Press.
- Arendt, Hannah. 1998<sup>2</sup>. *Human Condition*. Chicago, University of Chicago Press.
- Ballestrin, Luciana Maria de Aragão. 2013. "América Latina e o giro decolonial." *Revista Brasileira de Ciência Política* 11 : 89-117. <http://dx.doi.org/10.1590/001152582017127>
- Barreto, Vicente de Paulo. 2002. "Ética e Direitos Humanos : Aporias Preliminares." In *Legitimação dos Direitos Humanos*, cuidado de Ricardo Lobo Torres, 499-530. Rio de Janeiro : Renovar.
- Bello, Enzo. 2012. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul : EDUCS.
- Bello, Enzo. 2015. "O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano." *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 7, 1 : 49-61. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.05>
- Bobbio, Norberto. 1997. *L'età dei diritti*. Torino : Einaudi.
- Bonavides, Paulo. 1999<sup>7</sup>. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros.
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2014. "Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade." *Novos Estudos Jurídicos* 19, 1 : 201-30. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n1.p201-230>
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2015. "O que há de novo no constitucionalismo latino-americano : reflexões sobre o giro descolonial." In *Descolonialidade e Constitucionalismo na América Latina*, coord. Ana Cecília de Barros Gomes, Lenio L. Streck, e João Paulo Allain Teixeira, 52-61. Belo Horizonte : Arras Editores.
- Bragato, Fernanda Frizzo, e Natalia Martinuzzi Castilho. 2014. "A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo

- latino-americano.” In *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*, org. Eduardo Manuel Val, e Enzo Bello, 11-25. Caxias do Sul : EDUCS.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. 1993<sup>6</sup>. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina.
- Dippel, Horst. 2019. “What to celebrate? The place of the weimar constitution within the history of modern constitutionalism.” *Giornale di storia costituzionale* 38, 2 : 13-26.
- Dussel, Enrique. 1977. *Filosofía de la liberación*. México : EDICOL.
- Dussel, Enrique. 1999. *Posmodernidad y Transmodernidad. Diálogos con la filosofía de Gianni Vattimo*. Puebla : Universidad Iberoamericana-Golfo Centro.
- Dussel, Enrique. 2001. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao : Editorial Desclée de Brouwer.
- Eduard, David. 1919. *Discours du 31 juillet 1919*. Assemblée nationale constituante de Weimar. <[https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2\\_wv\\_bsb0000013\\_00070.html](https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_wv_bsb0000013_00070.html)> (29-08-2025).
- Escobar, Arturo. 2004. “Beyond the Third World : Imperial Globality, Global Coloniality, and Anti-Globalization Social Movements.” *Third World Quarterly* 25, 1 : 207-30.
- Faoro, Raymundo. 2012. *Os donos do poder : formação do patronato político brasileiro*. São Paulo : Globo.
- Faria, José Eduardo. 1994. “O judiciário e os direitos humanos e sociais : notas para uma avaliação da justiça brasileira.” In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cuidado de José Eduardo Faria, 94-112. São Paulo : Malheiros.
- Garciadiego, Javier. 2003. *La Revolución Mexicana. Crónicas, documentos, planes y testimonios*. México : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garciadiego, Javier. 2017. “¿Por qué, cuándo, cómo y quiénes hicieron la Constitución de 1917 ?” *Historia Mexicana* 66, 3 : 1183-270. <https://doi.org/10.24201/hm.v66i3.3380>
- Gargarella, Roberto. 2014. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires : Katz Editores,
- Hesse, Konrad. 1978. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : C. F. Müller.
- Höffe, Otfried. 2000. *Derecho intercultural*. Barcelona : Gedisa.
- Höffe, Otfried. 2009. “A coexistência de culturas na globalização.” In *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*, org. Anderson V. Teixeira, et al., 318-41. São Paulo : Manole.
- Jellinek, Georg. 1912. *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (orig. 1892), trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano : Società Editrice Libreria.
- Kant, Immanuel. 1904. *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*. Traduction par H. Lachelier. Paris : Librairie Hachette.
- Lander, Edgardo. 2000. “Ciencias sociales : saberes coloniales y eurocéntrico.” In *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales : perspectivas latinoamericanas*, cuidado de Edgardo Lander, 4-23. Buenos Aires : CLACSO.
- Mignolo, Walter. 2007<sup>1</sup>. *La idea de América Latina : la herida colonial y la opción decolonial*. Trad. Silvia Jawerbaum e Julieta Barba. Barcelona : Gedisa.
- Mignolo, Walter. 2010. *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Buenos Aires : Ediciones del Signo.
- Miranda, Jorge. 1988. *Manual de Direito Constitucional*. 3<sup>a</sup> ed. Vol. IV. Coimbra : Almedina.
- Pariotti, Elena. 2012. *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*. Torino : UTET.
- Quijano, Aníbal. 1988. *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*. Lima : Ediciones Sociedad y Política.

- Ramose, Mogobe B. 1999. *African philosophy through ubuntu*. Harare : Mond Books.
- Sarlet, Ingo W. 2010<sup>10</sup>. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Strauss, Leo. 1953. *Natural Right and History*. Chicago : Chicago University Press.
- Vasak, Karel, edited by. 1982. *The International Dimensions of Human Rights*, vol. I. Westport : Greenview Press.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. 2010. “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional.” *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 25 : 7-29.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2011. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización.” In *El derecho en América Latina : un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cuidado de César Rodríguez Garavito, 139-59. Buenos Aires : Siglo Veintiuno Editores.