

L'internationalisation du droit et le début du constitutionnalisme transnational

5.1 Les origines du droit international des droits humains

Le XXe siècle a marqué l'émergence et la consécration de la doctrine des droits humains non seulement dans le domaine juridique, mais aussi dans plusieurs autres domaines de la pensée. Bien que, dans son origine étymologique, elle ait pu sembler une expression redondante ou pléonastique, puisque les droits sont essentiellement humains, découlant de la condition naturelle de l'être humain d'attribuer un sens normatif à son comportement, l'expression « droits humains »¹ est entrée dans le lexique actuel de la société internationale et a produit une série d'effets qui sont la base matérielle qui soutient le constitutionnalisme transnational au XXIe siècle.

Comme nous l'avons mentionné précédemment², les droits humains ont été construits tout au long d'un processus historique qui a commencé avec la Déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776 et s'est développé en trois

¹ « Il n'est pas difficile de comprendre la raison de l'apparente pléonasmie de l'expression droits de l'homme ou droits humains. C'est, après tout, quelque chose qui est inhérent à la condition humaine elle-même, sans lien avec certaines particularités d'individus ou de groupes » (Comparato 2003, 57).

² Nous nous référons au chapitre 3 de la première partie ici pour une analyse du processus historique de formation de ces dimensions des droits de l'homme en tant que droits fondamentaux.

générations/dimensions – successives et non mutuellement exclusives³ – des droits humains : (1) celle liée à la citoyenneté civile et politique, (2) celle liée à la citoyenneté sociale et économique et (3) celle liée à la citoyenneté « post-matérielle », qui se caractérise par les droits transindividuels et collectifs à un environnement sain, à la protection des intérêts diffus et à la reconnaissance de la différence et de la subjectivité (Faria 1999, 457)⁴.

La première génération historique des droits de l’homme a deux déclarations de droits comme référence pour son émergence : le *Bill of Rights* (Royaume-Uni), de 1688, et la Déclaration des droits du bon peuple de Virginie (États-Unis), de 1776. À la suite de ces épisodes sont venues la Constitution des États-Unis d’Amérique, de 1787, la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, de 1789, et la Constitution française, de 1793, qui s’inscrivait dans la même perspective libérale bourgeoise que la Déclaration de 1789 en matière de droits de l’homme. Ce qui était vraiment recherché à ce moment historique, c’était l’affirmation des droits individuels face au modèle absolutiste de l’État en vigueur dans plusieurs pays européens, notamment en France, en rupture avec les structures fonctionnelles des trois ordres (clergé, noblesse et tiers-état) qui soutenaient l’Ancien Régime.⁵

L’article 1 de la Déclaration des droits de Virginie de 1776 contient une disposition qui deviendra une pierre de touche du droit international des droits de l’homme un siècle et demi plus tard :

nés également libres et indépendants, et qu’ils ont certains droits inhérents dont ils ne peuvent, lorsqu’ils entrent dans l’état de société, priver ni dépouiller par aucun contrat leur postérité : à savoir le droit de jouir de la vie et de la liberté, avec les moyens d’acquérir et de posséder des biens et de chercher à obtenir le bonheur et la sûreté.

Bien que les deux soient le produit de processus politiques différents, la Déclaration de Virginie a une influence directe sur la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, qui établit que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune. ».

³ « Le phénomène auquel nous assistons aujourd’hui n’est pas celui de la succession, mais plutôt celui d’une expansion, d’une *accumulation* et d’un renforcement des droits de l’homme consacrés, selon une vision nécessairement intégrée de l’ensemble des droits de l’homme » (Trindade 2003, 488).

⁴ Il convient de noter qu’une quatrième génération de droits de l’homme a été considérée comme existant en fait dans le but de protéger le droit à la participation politique et, par conséquent, au pluralisme politique. Une cinquième génération est également envisagée, comme l’a soutenu le constitutionnaliste brésilien Paulo Bonavides (2008), pour protéger la paix en tant que droit de l’homme.

⁵ En ce sens, Marcel Morabito (2016, 61-2) se fait l’écho d’une critique de Marx lorsqu’il souligne que la révolution visait à changer les structures politiques, mais sans promouvoir une révolution sociale.

Une composante essentielle des différents mouvements des Lumières en Europe et des mouvements libéraux dans les Amériques est la notion de *liberté négative*, qui deviendra un trait caractéristique de la première génération des droits de l'homme. La classe bourgeoise française voulait plus d'espace dans la sphère politique et exigeait la réduction des prérogatives – presque illimitées – que le monarque détenait en la matière, notamment en ce qui concerne les impôts excessifs qui prélevait souvent sur ses biens. On parle alors de libertés négatives parce qu'elles exigent une « non-action » de la part de l'État ; en d'autres termes, il s'agissait d'un ensemble de droits (liberté, égalité, propriété, sécurité, entre autres) qui devaient être exercés sans l'ingérence ou la participation de l'État.

La deuxième génération historique des droits de l'homme a commencé à prendre forme à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, période au cours de laquelle l'insuffisance du modèle libéral-bourgeois de l'après-Révolution française par rapport à la mise en œuvre des droits proclamés dans les déclarations susmentionnées a été constatée. C'est ainsi que l'État a été pensé dans un contexte intermédiaire entre l'interventionnisme de l'absolutisme monarchique et le libéralisme politique qui prêchait l'action minimale et la participation de l'État dans la vie de ses citoyens. Dans les années 1930, une variante du *welfare State* s'est développée aux États-Unis qui serait grandement influencée par le keynésianisme, une théorie économique qui a émergé comme une alternative au marxisme et au libéralisme économique, désignant l'intervention de l'État dans l'économie comme un instrument qui permet la réalisation des droits individuels.⁶

Même si c'était la Constitution mexicaine de 1917 qui a inauguré chronologiquement la deuxième génération des droits de l'homme, nous verrons dans les Constitutions de Weimar, 1919, et de l'Autriche, 1920, les deux principaux points de référence de ce que l'on appellera plus tard la génération des *droits sociaux*. Contrairement à la précédente, l'individu assumait la condition d'un centre de référence pour la prise de décision politique en tant que membre d'un groupe social donné ; il s'agit d'une perspective politico-sociale dans laquelle la participation de l'État était essentielle à la réalisation pratique des droits sociaux, des droits du travail et des droits dont les titulaires n'étaient pas nécessairement définis a priori, comme dans le cas du droit à la santé, à l'éducation, à la culture, au travail, à un marché économique régi par l'État, entre autres. Cela a conduit à la nécessité d'une *liberté positive* : une participation instrumentale de l'État en tant qu'agent capable d'assurer des droits qui, sans une action concrète de l'État, seraient difficilement mis en œuvre, notamment en raison de l'absence d'une structure politico-juridique qui permettrait la réalisation de ces droits. Outre les constitutions susmentionnées, il convient également de noter que, malgré l'orientation politico-idéologique de chacune d'elles, la Constitution russe de 1918, la Constitution brésilienne de 1934 et la Constitution de l'URSS de 1936 étaient également d'autres chartes constitutionnelles qui adoptaient le modèle

⁶ Pour plus de développements sur le sujet, voir Keynes 1964, 372-84.

social-interventionniste de la deuxième génération des droits humains (Cassese 2005, 20-3).

La troisième génération historique de la doctrine des droits humains a pour caractéristique principale la défense des droits transindividuels, également appelés droits de solidarité et de fraternité, ou encore droits des peuples. Les deux principales références législatives que l'on peut trouver liées à cette génération sont : la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée en 1948 par les Nations Unies, et la Déclaration universelle des droits des peuples, de 1976, également proclamée par la même organisation.

La dimension sociale des droits de cette génération se concrétise par la protection des droits collectifs et diffus (Lafer 2001, 131), tels que la protection des enfants et des adolescents, la protection de l'environnement et la protection des droits des consommateurs. Les droits de la troisième dimension ont pour caractéristique générale ne pas être limité à une certaine situation de fait, de sorte que des principes tels que la solidarité, la recherche de la kantienne *Zum ewigen Frieden*⁷ (« paix perpétuelle ») et le principe de l'autodétermination des peuples sont des exemples de droits dont les détenteurs sont diffus dans un univers phénoménologique qui a pour base des institutions publiques, nationales ou internationales, pour la défense de ces droits.

En Europe, en grande partie à cause de l'Holocauste, les constitutions qui ont été rédigées peu de temps après ont donné la priorité aux droits de l'homme sur tout autre droit. En Allemagne, par exemple, la Loi fondamentale de Bonn, dans son article 25, déclare que les normes du droit international doivent prévaloir sur celles du droit interne en ce qui concerne les droits de l'homme. La Constitution portugaise de 1976 a suivi la même orientation en ordonnant l'inclusion dans la liste des droits fondamentaux de tous les autres droits contenus dans les normes applicables du droit international, en déterminant également, dans son article 16, que les préceptes constitutionnels et juridiques relatifs aux droits fondamentaux doivent être interprétés et intégrés en harmonie avec la Déclaration universelle des droits de l'homme (Trindade 2003, 508-9).

Les traités et conventions suivants, qui régissent également le sujet actuel, méritent d'être mentionnés : la Charte des Nations Unies, de 1945 ; la Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1948 ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948 ; les Conventions de Genève, de 1949, sur la protection des victimes des conflits de guerre ; la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, de 1966 ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme, de 1969 ; la Convention relative à la protection du patrimoine culturel et naturel, de 1972 ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de 1981 ; la Convention sur le droit de la mer, de 1982 ; la Convention sur la diversité biologique, de 1992 ; le Statut de la Cour pénale internationale de La Haye, de 1998.

⁷ Pour plus d'informations sur le sujet, voir Kant 2005 ; je me permets de me référer à mon Teixeira 2007, 139-46.

Ce contexte historique de développement a permis au droit international des droits de l'homme d'assumer une condition théorique et normative qui a assimilé ses étapes de formation en tant que doctrine des droits de l'homme, atteignant le XXI^e siècle dans des conditions permettant de fonder un système transnational de protection des individus, des groupes sociaux et des peuples, dépourvu d'une orientation idéologique spécifique et excluant. Cependant, ce processus de consolidation en tant que métathéorie est récent et typique du siècle actuel.⁸ Au cours du demi-siècle de bipolarisation politique entre les États-Unis et l'URSS, il y a eu une rhétorique hégémonique qui a délibérément placé les droits de l'homme comme une doctrine globale en opposition au modèle soviétique. Défenseur de cette perspective pendant la guerre froide, l'internationaliste Richard Falk (1981, 25) soutenait que « to promote human rights necessarily implies mounting an anticommunist ideological attack, with all that this portends for deteriorating Soviet-American relations. »

Son aspect d'idéologie politique apparaît très clairement lorsque Falk admet que la mise en œuvre des droits de l'homme serait, avant tout, un projet politique de coalition internationale.⁹ Ainsi, il a démontré que la doctrine des droits humains était essentiellement une idéologie politique, puisqu'il a reconnu que l'essence de la protection des droits de l'homme est le produit d'une confrontation entre des forces sociales opposées et ne peut être comprise comme une activité créatrice de droits ou comme une forme de persuasion rationnelle.¹⁰ Si la *notion naturaliste* selon laquelle certains droits sont inhérents à la nature humaine et qui, simplement pour cette raison, doivent être respectés par toute société civilisée, était correcte, ce qui est, selon Falk, la principale difficulté de la logique naturaliste ne se produirait pas : « the vagueness of the norms and ambiguity of the mandate. »¹¹

L'imprécision de la prescription normative, à laquelle se réfère Falk, caractérise la rhétorique des droits de l'homme, puisqu'elle est une conséquence directe de la revendication universelle que cette doctrine se proposait d'atteindre. L'indifférence à l'égard du particulier, des réalités des communautés régionales et nationales, ajoutée à la nécessité que le concept doit restreindre dans sa propre existence linguistique toute la dimension phénoménologique présentée par les peuples, les ethnies et les cultures les plus diverses, fait que le contenu des droits

⁸ Ce thème fait l'objet de la thèse de Lorraine Dumont (2022).

⁹ « If Carter emphasis is abandoned or leads to his electoral repudiation, the status and cause of human rights is likely to be set back seriously. If it succeeds, even in part, the whole cycle of waning and waxing may be shifted slightly to the left, making space II (*Governmental Settings*) rather than space IV (*Domestic Implementation of Human Rights in United States*) the main focus for coalition-building activities » (Falk 1981, 30).

¹⁰ « Par essence, la protection des droits de l'homme est le résultat d'une lutte entre des forces sociales opposées et ne peut être comprise principalement comme un exercice de création de droit ou de persuasion rationnelle » (Falk 1981, 34).

¹¹ « The main difficulty with naturalist logic relates to the vagueness of norms and ambiguity of the mandate » (Falk 1981, 43).

de l'homme manque toujours d'effectivité, soit en raison de son abstraction excessive, soit en raison de sa précision normative excessive.

Malgré tous ces problèmes découlant de la structure épistémologique de la logique naturaliste, Falk conclut que, par rapport aux autres logiques qu'il énumère (*statist, imperialist, globalist, transnationalist* et *populist*), la naturaliste serait cela qui s'adapterait le mieux à la période de transition dans laquelle l'auteur a vécu, à la fin du XXe siècle, car elle aide

to orient other ordering logics around emergent values, building a normative foundation and social consensus that will help create the sort of community sentiments needed if a beneficial form of world order is to be brought into being some time early in the twenty-first century (Falk 1981, 62).

Michel Villey (1983) consacre le premier chapitre de son travail sur les origines historiques des droits de l'homme précisément à souligner comment, dans les années 1980, une large utilisation politique de cette catégorie conceptuelle a été faite. Même Karel Vasak (1974, 333-415) a dit que « le droit international des droits de l'homme reconnaît d'emblée son caractère idéologique ». Cependant, il a compris que son origine occidentale et ce caractère idéologique n'empêcheraient pas sa rationalisation et, par conséquent, son universalisation en tant que programme normatif. Ces deux critiques majeures, à savoir l'origine occidentale et la nature idéologique notamment libérale, sont restées légitimes pendant la guerre froide et les processus d'indépendance des dernières décennies du XXe siècle.

Il se trouve que, comme nous le verrons dans la section suivante, au cours des dernières décennies, il y a eu le développement de plusieurs réseaux de normativité transnationale, réaffirmant le caractère normatif du droit international des droits de l'homme, ce qui nous permettra de parler d'une ontologie des droits humains en tant que contenu substantiel du constitutionnalisme transnational.

5.2 Entre « doctrine » des droits humains et « ontologie » des droits humains

Une première question s'impose à ce stade : dans quelle mesure une ontologie des droits de l'homme se rapporte-t-elle ou se situe-t-elle dans une éventuelle théorie du constitutionnalisme transnational ?

La réponse à cette question prend deux sens possibles. D'abord, le dépassement du bipolarisme entre les États-Unis et l'URSS pendant la guerre froide, parallèlement à la multiplication des processus de mondialisation, a permis au discours sur les droits de l'homme de se détacher de ses racines occidentales et, surtout, du caractère politique qu'il a pris après la fin de la Seconde Guerre mondiale, permettant de parler d'une ontologie des droits de l'homme avec une prétention à une universalité minimale. Deuxièmement, comme nous le verrons dans la section suivante (5.3), cette même ontologie des droits de l'homme composera l'une des soi-disant vocations du constitutionnalisme transnational, c'est-à-dire la limitation du pouvoir politique.

Pour en revenir à la première réponse possible, il est important de se rappeler qu'il existe une dimension de signification prénormative dans l'ontologie des

droits de l'homme qui ne peut être comprise dans les grands cadres théoriques traditionnels de la pensée juridique occidentale des deux derniers siècles. Elle ne se limite pas à l'idée de droit de Kant et au cosmopolitisme universaliste qui découle de sa pensée, puisque la dimension ontologique est associée à la dimension axiologique dans ce qui serait, pour la philosophie kantienne, le domaine des fins (*Reich der Ziele*), c'est-à-dire qu'il y aurait un ensemble de lois rationnelles communes, fondées sur la primauté de la dignité humaine, qui lieraient la communauté éthique à la poursuite de ces fins communes. Il ne se limite pas aussi à l'idée de sursomption dialectique (*aufhebung*) chez Hegel ; autant les droits de l'homme sont formés par des catégories historiques qui se sont additionnées au fil du temps, autant la notion hégélienne d'*aufhebung* est une méta-catégorie présente dans tout son système de pensée qui, dans une synthèse très serrée, peut être définie comme quelque chose à « surmonter et à conserver » tout au long du processus dialectique, sans perdre sa condition d'être en soi (*Sein*) et commencer à composer l'être-là (*Dasein*) ; en d'autres termes, c'est le concept opérationnel qui expliquerait comment l'essence peut être capturée et conservée par l'existence dans le monde.

Par conséquent, parler d'une ontologie des droits de l'homme signifie aller au-delà de toutes les instances de normativité et se concentrer sur la recherche de la compréhension de l'être lui-même qui soutient toute normativité morale ou juridique possible. En ce sens, des théories compréhensives qui partent d'une métathéorie morale comme instance de justification rationnelle pourraient faire encourir les droits de l'homme une fois de plus à la condition de doctrine, en se limitant au caractère prescriptif-normatif, qu'il soit moral ou juridique, de leurs postulats.

Une autre question pertinente à laquelle il faut prêter attention est le fait qu'une axiologie possible est directement liée à une ontologie possible. Les théories juridiques peuvent présenter une justification morale au phénomène juridique, mais elles n'arrivent pas directement à la dimension ontologique qui soutient le phénomène. Ainsi, l'axiologie sera la première dimension de la signification prénormative après la délimitation de l'univers ontologique sur lequel sont structurées les sphères de la normativité morale et juridique. Alors, une ontologie des droits humains est-elle centrée sur l'être lui-même derrière cette catégorie juridique ou sur sa réalisation phénoménologique ?

Le phénomène est le résultat efficace d'une projection de la conscience humaine sur l'être lui-même. De là découle le fait que la relation entre l'être humain et l'être lui-même sera toujours médiatisée par la capacité humaine à donner un sens à l'expérience produite par une telle relation subjective entre eux. Quel être en lui-même soit animé ou inanimé, réel ou hypothétique, plus encore humain ou non-humain, la construction d'un sens normatif moral ou juridique dépendra de la manière dont la conscience intersubjective s'est établie autour de l'être lui-même. Ainsi, penser une ontologie des droits de l'homme implique de penser d'abord à un plan abstrait dans lequel sous-tend une moralité nécessaire intrinsèque aux droits de l'homme eux-mêmes, puisque leur revendication de validité universelle découle de l'ubiquité de l'être humain, c'est-à-dire de la

capacité humaine d'être dans le monde entier et d'attribuer un sens humain à ce même monde. Une conséquence immédiate est la prise de conscience que les droits de l'homme ne constituent pas seulement un système normatif avec une prétention sanctionnelle en termes juridiques : ils forment, avant tout, un ensemble de postulats moraux normatifs qui cherchent leur effectivité à partir de la capacité même de reconnaissance intersubjective que ces postulats entendent avoir.

Avant même d'être une ontologie, on peut voir que l'affirmation historique de la doctrine des droits de l'homme a eu pour conséquence, d'une plus grande importance sur le plan axiologique, la rupture de la verticalité de la relation entre l'État et l'individu qui a caractérisé les sociétés prémodernes pendant de longs siècles, en particulier dans l'Antiquité et au Moyen Âge, et a fait que l'État et les autres formes occidentales antérieures d'organisation politique devaient être considérés en termes évaluatifs comme une entité de plus grande valeur que l'individu. Les terminologies sujet et serviteur illustrent bien la condition d'infériorité, non seulement politique, mais surtout axiologique dans ces modèles historiques prémodernes et même dans les modèles modernes antérieurs au rationalisme et aux Lumières. L'État moderne et l'*horizontalité axiologique* du modèle politique naissant présenté dans l'après-Révolution française placent l'État et l'individu sur le même plan évaluatif, empêchant de définir *a priori* du bien de quelle entité il faut rechercher en premier lieu. Les événements historiques qui ont suivi ont encore élargi ce rôle de l'individu, culminant dans la consolidation de la doctrine des droits de l'homme peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Pour renforcer la dimension ontologique des droits de l'homme au détriment de leur simple condition doctrinale prescriptive-normative, il faut revenir à une question classique : quelle est l'origine des droits de l'homme ? Sont-ils apparus dans l'Antiquité grecque ? Ou en Amérique latine ?

La lecture historique que représente l'ouvrage de Michel Villey (1983) sur les origines des droits de l'homme dans l'Antiquité grecque est largement connue et permet de s'inscrire dans une continuité depuis la tradition hellénique jusqu'à la formation de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. En ce sens, l'origine terminologique des droits de l'homme est généralement associée à la période de la Révolution française. Cependant, considérer ce moment historique comme un jalon original dans la défense de ces droits signifie au moins ignorer ces autres peuples qui, bien avant, tenaient déjà un drapeau contre les atrocités commises à l'époque coloniale en Amérique latine.

Ainsi, il est nécessaire de souligner que la première annonce claire de ce qui allait devenir les droits de l'homme, après l'avènement de l'État moderne, est née avec les contributions de Bartolomé de Las Casas sur ce qui, selon Danilo Zolo (2007), était déjà un « multiculturalisme pacifiste ». Traitant de la dignité des indigènes à l'époque du processus de conquête hispanique de l'Amérique, Las Casas a remis en question la légitimité des Espagnols à occuper des territoires et à dominer les peuples américains ; de plus, il dénonce les abus dont ils sont l'objet (Bragato 2011, 105-19).

En effet, Bartolomé de Las Casas (1992) dénonçait déjà qu'

il suffit d'affirmer que sur les trois millions d'âmes de l'île *Hispaniola* que nous avons vues, il n'en reste plus que deux cents. [...] Plus de trente autres îles autour de San Juan sont inhabitées et perdues pour la même raison. Toutes ces îles ont plus de 2 000 miles de côtes et sont actuellement entièrement abandonnées et désertes¹².

Par la suite, la présence de la défense des droits de l'homme au XVIIe siècle est également vérifiée à travers les chroniques de l'amérindien Felipe Guaman Poma de Ayala, une contribution importante à l'égard du peuple Inca, présentant une conception politique imprégnée de l'idée de limiter le pouvoir et de respecter les droits d'autrui (Bragato 2011a, 105-19).

Paolo G. Carroza (2003 et 2011) soutient également la thèse de l'émergence des droits de l'homme dans cette période de colonisation de l'Amérique latine, démontrant qu'il y a eu une implication latino-américaine significative dans le processus de rédaction de la Déclaration universelle, de sorte que cette implication s'est produite précisément en raison de l'expérience du continent de la conquête européenne, au cours de laquelle, pendant la colonisation, la population indigène existante a subi de graves attaques contre les droits de l'homme. Carroza soutient donc que l'idée moderne des droits de l'homme a connu une période de gestation qui a duré des millénaires ; cependant, il serait juste de dire que sa naissance a eu lieu à la rencontre de la nouvelle scolastique espagnole du XVIe siècle et du Nouveau Monde.¹³

Selon Carroza (2003, 293), Bartolomé de Las Casas était précisément celui qui avait le plus critiqué la brutalité de la domination espagnole, ayant été profondément engagé dans l'affirmation de l'égalité entre tous les êtres humains, plaçant sa notion des droits sur un plan notamment *universel*, revendiquant l'égalité des droits non seulement pour les européens, mais aussi pour les peuples autochtones.

Ainsi, l'idée des droits de l'homme aurait émergé bien avant l'époque de la Déclaration universelle, dans des expériences historiques qui se sont déroulées dans des scénarios géographiques loin du sol européen, puisque la lutte pour la défense de ces droits avait déjà commencé en Amérique latine, pendant la période de sa colonisation.¹⁴ À tel point qu'à l'occasion de la diffusion en Amérique

¹² Dans l'introduction du livre, le traducteur dit que Las Casas « was the first and the most bitter protest against the excesses of European colonization in the Americas, an its author, Bartolomé de Las Casas, 'Defender and Apostle to the Indians', the most controversial figure in the long and trobled history of Spain's Americam empire. »

¹³ « The modern idea of human rights had a period of gestation lasting millennia ». Carozza 2003, 289.

¹⁴ Carozza (2003, 296-97) déclare également que : « Most conventional histories of the idea of human rights in Latin America, including by Latin Americans themselves, tend to identify the intellectual and political roots of the continent's commitment to rights language with the importation of European Enlightenment ideologies and the inspirations of the re-

latine de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, les idéaux révolutionnaires exprimés dans la Déclaration de 1789 suscitèrent une grande réceptivité, car ces peuples latino-américains partageaient déjà les idéaux de liberté et d'égalité.¹⁵

L'historien Daniel Castro (2007), bien qu'il critique Bartolomé de Las Casas pour le fait qu'il a collaboré à l'imposition d'une religion et d'une culture à un peuple qui les avait déjà, reconnaît que sa lutte pour le respect des droits des colonisés avait un sens spécifique de non-violence. En fait, Las Casas (1992) lui-même a souligné qu'il n'y a pas d'hommes sur terre, aussi barbares que puissent paraître leurs conditions, à qui l'on devrait refuser un traitement gentil.

Fernanda Bragato (2011b, 19) soutient également que, contrairement à ce que le discours hégémonique des défenseurs des droits de l'homme, qui finit par situer ses origines et son développement dans les épisodes libéraux bourgeois de la modernité européenne,

il est possible d'affirmer qu'avant cela, ses bases théoriques avaient déjà été constituées à la suite des revendications indigènes de leurs biens et de leurs vies, au moment même de la conquête de l'Amérique¹⁶.

Dans ce contexte, il est clair que l'idée des droits de l'homme naît d'une oppression violente, presque toujours de nature physique, que l'homme commence à subir à un moment donné, dans une région géographique donnée, lorsqu'il est victimisé par l'homme lui-même. Dans les Amériques, face à la conquête colonisatrice européenne qui a sapé les droits des peuples autochtones qui habitaient déjà le Nouveau Monde, ainsi qu'en Europe, pendant la période des deux guerres mondiales du XXe siècle, il est devenu évident que les droits de l'homme ont une essence prénormative liée au sentiment humain le plus vital et le plus élémentaire de l'auto-préservation et de l'affirmation de sa dignité. Ils constituent la représentation linguistique d'un sentiment non linguistique de protection de la vie et de la dignité qui en découle.

En conséquence de cette longue affirmation historique, l'universalité des droits de l'homme ne réside pas dans une quelconque prétention à la normativité morale ou juridique, mais découle de l'ubiquité de l'existence humaine, c'est-à-dire de sa condition d'être dans le monde, dans le monde entier. Les droits de l'homme constituent en eux-mêmes une dimension ontologique qui, en

volutionary movements of France and North America. This is not unreasonable. The intellectual and political elites of the Spanish colonies did provide a ready audience for the ideas of Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Smith, Paine, and others. »

¹⁵ Voir l'ouvrage de référence du célèbre historien mexicain Silvio Zavala (1964).

¹⁶ Dans le même sens, elle ajoute que : « Conscient des effets désastreux de l'arrivée des Européens en Amérique dès 1492, Bartolomé de Las Casas, qui était arrivé ici avec la mission colonisatrice et qui, des années plus tard, avait abandonné ses possessions en faveur de la cause indigène, a élaboré les premières lignes qui ont fondé, philosophiquement et juridiquement, les revendications que l'on connaît aujourd'hui sous le nom de droits de l'homme » (Bragato 2011b, 19).

s'éloignant des simples idées et abstractions, reflète directement l'essence prénormative et même pré-linguistique de l'expérience humaine dans le monde.

5.3 La double vocation du constitutionnalisme transnational

La constitution et le constitutionnalisme ont pris des formes différentes et ont rempli diverses fonctions depuis l'époque des révolutions européennes des XVII^e et XVIII^e siècles. La contingence historique et le contexte local définissent la manière dont une constitution sera ou ne sera pas le produit d'un constitutionnalisme ; ils reflètent les relations de pouvoir entre les groupes dominants et les autres membres de la collectivité ; ils déterminent comment les idéaux de justice et les valeurs sociales prépondérantes dans cette société locale donneront naissance aux structures de base du système juridique construit sur une constitution avec ou sans constitutionnalisme.

Comme nous le verrons dans la troisième partie de cet ouvrage, il a été convenu de soutenir qu'il existe des fonctions du constitutionnalisme qui déterminent le rôle de la constitution et, d'une manière plus large et historique, du phénomène constitutionnel lui-même dans les limites territoriales de l'État moderne. Le constitutionnaliste italien Maurizio Fioravanti a utilisé l'expression « double vocation » du constitutionnalisme moderne pour désigner ce qu'il a appelé les deux faces du phénomène : la première représenterait l'opposition au modèle médiéval d'organisation politique, étant donné qu'il rompait avec la logique de l'État et commençait à concentrer le pouvoir coercitif de l'*imperium* dans l'État à l'intérieur de ses frontières, tandis que la seconde visait à limiter l'exercice du pouvoir de l'État par rapport à l'individu, en définissant les droits et les garanties individuels, y compris le droit de participer au processus politique avec la construction progressive d'assemblées représentatives (Fioravanti 2009, 149).

Dans un sens semblable à ce que, du point de vue juridico-normatif, Fioravanti a défini comme la double vocation du constitutionnalisme moderne, il est possible de soutenir, dans un point de vue ontologique, une double vocation du constitutionnalisme transnational.

Premièrement, le droit international des droits de l'homme rompt avec la notion moderne de territorialité de l'organisation politique de l'État. Il y a des implications épistémologiques qui seront examinées ci-dessous (section 8.1), mais qui, à ce stade, exigent une réflexion éminemment philosophique. L'État moderne a consolidé le paradigme territorial comme référence pour l'idée d'unité du système juridique. Jusqu'au début de l'ère moderne, le droit était considéré comme une situation de fait, comme quelque chose qui existe en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui s'inscrit dans l'ordre naturel du monde lui-même et qui, par-dessus tout, doit être une projection terrestre de l'ordre divin de la création (Brunner 1983, 187-88). Penser le droit comme quelque chose de « posé », comme le produit d'un commandement qui peut être aussi simplement volontariste, ne sera possible qu'après la fin du Moyen Âge. La concentration des pouvoirs administratifs, législatifs et juridictionnels dans la figure de l'État sera l'antithèse de cette réalité qui, surtout au bas Moyen Âge

(à partir du XI^e siècle), a fragmenté ces pouvoirs en diverses communautés qui n'étaient pas directement liées à la satisfaction des intérêts généraux du Royaume auquel ils étaient soumis, mais plutôt aux intérêts privés et aux fins des individus qui composaient intérieurement ces communautés, tels que négociant, posséder des biens, imposer des impôts à ses propres membres et, dans certaines limites, exercer l'administration de la justice.

L'essor des seigneurs féodaux, situés sur un plan hiérarchiquement supérieur à celui de la noblesse provinciale, en a fait l'origine de la dissolution du pouvoir dans le Royaume en une multitude de petites unités territoriales autocéphales et, en même temps, les a transformés en véritable point de cohésion de toute la structure féodale. Les premiers moments du processus d'émergence de l'État moderne commencent, en effet, lorsque, aux XIII^e et XIV^e siècles, il y a une agrégation lente et progressive de ces unités territoriales autocéphales qui, pendant des siècles, avaient leur propre identité juridique. C'était un ensemble de situations empiriques qui ont conduit à la formation d'un corps politique unitaire, comme celui qui, dans la modernité, a donné naissance à l'État.

Si l'on remonte encore plus loin dans le temps, dans l'Antiquité grecque, le concept d'*autárkeian* reliait la *polis* dans un sens similaire, bien que nettement différent, à la connexion du concept de souveraineté avec la notion d'État moderne. L'*autárkeian* était caractérisée, selon Aristote, comme une catégorie éthique, c'est-à-dire destinée à la réalisation du bien commun et à la réalisation du bonheur (*eudaimonia*) du citoyen.¹⁷ C'était une conception ontologique qui décrivait l'essence de la *polis* elle-même, qui était sa réalisation personnelle, son autosuffisance, sa condition naturelle de ne pas dépendre d'autres organisations politiques pour exister.

Ainsi, on peut voir que, depuis la fin du nomadisme, les civilisations humaines, en particulier occidentales, ont utilisé le territoire sur lequel elles se sont constituées comme une référence identitaire élémentaire. Le XX^e siècle et la formation du droit international des droits de l'homme ont rompu avec cette logique territorialiste et ont adopté une perspective mondiale de reconnaissance de l'ubiquité de l'existence humaine. Cependant, il ne s'agit pas encore d'un ordre juridique universel. Comme le soulignent les sceptiques des thèses sur le constitutionnalisme transnational, bien illustrés par la critique du politologue Pablo Holmes (2014, 562-63), il reste un double paradoxe par rapport aux deux concepts les plus traditionnels de la théorie constitutionnelle : la territorialité et l'unité du système juridique. Cependant, ce paradoxe se situe au niveau des fondements théoriques du cadre normatif interne aux États nationaux, dont les références axiologiques gravitent entre l'individu et l'État lui-même, selon

¹⁷ « Every state is as we see a sort of partnership, and every partnership is formed with a view to some good (since all the actions of all mankind are done with a view to what they think to be good). It is therefore evident that, while all partnerships aim at some good, the partnerships that is the most supreme of all and includes all others does so most of all, and aims at most the most supreme of all goods; and this is the partnership entitled the state, the political association » (Aristotle 1950, 03).

le modèle politique adopté. Le droit international des droits de l'homme, en revanche, fait place à un nouveau cadre normatif, c'est-à-dire au constitutionnalisme transnational. En ne réussissant pas encore à mettre en œuvre les niveaux institutionnels d'une démocratie transnationale, comme le souligne la critique de Pablo Holmes (2014, 582-83), le constitutionnalisme transnational démontre qu'une structure normative non hiérarchique et décentralisée est en plein développement au cours du siècle actuel.

Par conséquent, la vocation première du constitutionnalisme transnational serait de promouvoir la limitation du pouvoir sous ses formes les plus diverses. Mais qu'est-ce que le pouvoir ? Sur ce thème, nous nous référons au chapitre suivant et à la dimension ontologique du phénomène en question.

La seconde vocation est une synthèse des deux premiers points de ce chapitre et, par conséquent, n'a pas besoin d'être examinée plus avant en tant que colophon de ce chapitre. Le constitutionnalisme transnational, en tant que phénomène produit par une action humaine plurielle et historiquement concrète, a dans les droits humains le premier fondement ontologique pour permettre une discussion sur la genèse de ses caractéristiques les plus élémentaires. Simone Goyard-Fabre saisit bien « l'oubli total de l'être » que la rationalisation technicienne, associée à une philosophie de la conscience convertie en subjectivismes irréconciliables, promeut en relation avec la pensée essentielle sur l'être, en relation avec l'être lui-même comme source de réflexion et de description de l'existence historique humaine.¹⁸ Si chez Descartes, comme le souligne Goyard-Fabre, le *cogito* a assumé la primauté sur le réel et que toute ontologie possible a péri au nom de la Raison, chez Heidegger il y aura l'inversion de l'inversion philosophique promue par Descartes : dans une tentative de restaurer l'ontologie, il soutient que l'être est fondé sur lui-même et trouve dans son devenir une opposition à la contingence historique qui caractérise si nettement l'être.

Ce serait alors le phénomène dans la pensée de Heidegger ce-qui-se-montre-en-soi-même et qui établit en soi les limites de l'interaction avec les autres.¹⁹ Conscients que la pensée de Heidegger a déjà fait l'objet d'innombrables adaptations qui ont ouvert des questions en faveur d'ontologies dépourvues de plus grande

¹⁸ Voir le chapitre intitulé « Les chemins de l'ontologie juridique » en Goyard-Fabre 1992, 219-63.

¹⁹ « L'essentiel, pour une compréhension plus poussée du concept de phénomène, est d'apercevoir comment ce qui est nommé dans les deux significations de *φαινόμενον* ('phénomène' au sens de ce qui se montre, 'phénomène' au sens de l'apparence) forme une unité structurelle. C'est seulement dans la mesure où quelque chose en général prétend par son sens propre à se montrer, c'est-à-dire à être phénomène, qu'il peut se montrer comme quelque chose qu'il n'est pas, qu'il peut 'seulement avoir l'air de... Dans la signification du *φαινόμενον* comme apparence est déjà co-incluse, comme son fondement même, la signification originelle (phénomène : le manifeste). Nous assignons terminologiquement le titre de 'phénomène' à la signification positive et originelle de *φαινόμενον*, et nous distinguons le phénomène de l'apparence comme modification primitive du phénomène. Cependant, ce que l'un et l'autre termes expriment n'a d'abord absolument rien à voir avec ce que l'on appelle [ordinairement] 'phénomène'* ou même 'simple phénomène' » (Heidegger 1986, 29-30).

profondeur philosophique, nous osons réitérer notre définition plus restreinte : le phénomène comme le résultat efficient d'une projection de la conscience humaine sur l'être lui-même. S'agirait-il d'une réponse intermédiaire aux objectivismes et aux subjectivismes ? Dans une certaine mesure, oui, parce que l'essence de l'être lui-même n'est pas pleinement accessible par la conscience humaine, il est nécessaire de reconnaître la centralité de la relation entre la conscience projetée sur l'être et l'extériorité objective de l'être qui est cohérente avec ladite projection consciente, promouvant une synthèse contingente, intersubjective et dialectique, qui peut être prise comme la vérité de l'être. Cependant, en partie, la réponse à cette question sera également non, car une ontologie des droits de l'homme telle que celle observée dans le développement de ce siècle permet de vérifier la construction naturelle d'une conscience humaine universelle.

Sur ce point, il est important de rappeler que les grandes époques de l'évolution occidentale ont été marquées par des théories philosophiques qui ont échangé les approches objectivistes et subjectivistes. Comme le souligne Paulo Ferreira da Cunha, le droit naturel a été lentement abandonné par les professeurs et les tribunaux au cours de la modernité, mais son essence est restée vivante dans la défense active des droits de l'homme dans les sphères les plus diverses des sociétés et dans les domaines de la connaissance.²⁰ Cette défense des droits de l'homme, après toutes les crises successives que présente le XXI^e siècle, depuis son événement initial extrême, c'est à dire le 11 septembre 2001, a vidé la prétention doctrinale et théorico-politique, axiologiquement orientée par les intérêts des grandes puissances et des entreprises multinationales les plus importantes basées dans les principales économies occidentales, à fin de permettre aux droits de l'homme de s'affirmer effectivement dans un Printemps arabe, dans les utopies sociales qui se renouvellent quotidiennement, dans les mouvements identitaires latino-américaines, dans les révolutions sociales – silencieuses ou non – en Asie.

Plus que jamais, la compréhension juridico-normative, voire morale, des droits de l'homme est précédée d'une dimension ontologique, prénormative, non abstraite et fondante ; une ontologie qui se réalise sans cesse à travers l'existence plurielle phénoménique de l'être humain.

Bibliographie

- Aristotle. 1950. *Politics*. Cambridge : Harvard University Press.
- Bonavides, Paulo. 2008. "A quinta geração de direitos fundamentais." *Direitos Fundamentais & Justiça* 2, 3 : 82-93. <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534>
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2011a. "O papel dos estudos pós-coloniais para a ressignificação do discurso de fundamentação dos direitos humanos." In *Constituição, Sistemas*

²⁰ Selon Paulo Ferreira da Cunha 2001, 30 : « Un exemple très concret du lien direct entre la nature humaine et le droit naturel peut être vu dans la construction des droits de l'homme chez Francisco Puy (qui considère les droits de l'homme comme des explications modernes ou même le langage moderne du droit naturel). »

- Sociais e Hermenêutica*, org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, e Leonel Severo Rocha, 105-19. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- Bragato, Fernanda Frizzo. 2011b. "Contribuições Teóricas Latino-Americanas para a Universalização dos Direitos Humanos." *Revista Jurídica da Presidência* 13, 99 : 11-31. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2011v13e99-143>
- Brunner, Otto. 1983. *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter* (orig. 1965), trad. it. *Terra e potere*. Milano : Giuffrè.
- Carozza, Paolo. 2003. "From conquest to Constitutions : retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights." *Human Rights Quarterly* 25, 2 : 281-313.
- Carozza, Paolo. 2011. "Esboços históricos de uma tradição latino-americana da ideia de direitos humanos." In *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*, org. Narciso Leandro Baez, Douglass Cassel, 521-45. Trad. port. Fernanda Frizzo Bragato. Joaçaba : UNOESC.
- Cassese, Antonio. 2005. *I Diritti Umani Oggi*. Roma-Bari : Laterza,
- Castro, Daniel. 2007. *Another Face of Empire : Bartolomé de Las Casas, Indigenous Rights, and Ecclesiastical Imperialism*. Durham & London : Duke University Press Books.
- Comparato, Fábio Konder. 2003. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo : Ed. Saraiva.
- Cunha, Paulo Ferreira da. 2001. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra : Almedina.
- Dumont, Lorraine. 2022. "Le droit international des droits humains comme métathéorie de la justice." Thèse de doctorat. Aix-en-Provence : École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques.
- Falk, Richard. 1981. *Human rights and State Sovereignty*, New York : Holmes&Meier.
- Faria, José Eduardo. 1999. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros.
- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma : Laterza.
- Goyard-Fabre, Simone. 1992. *Les fondements de l'ordre juridique*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Heidegger, Martin. 1986. *Sein und Zeit* (orig. 1927), trad. fr. *Être et Temps*. Paris : Gallimard.
- Holmes, Pablo. 2014. "The politics of law and the laws of politics: The political paradoxes of transnational constitutionalism." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21, 2 : 553-83. <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.21.2.553>
- Kant, Immanuel. 2005. *Zum ewigen Frieden* (orig. 1795), trad. it. *Per la pace perpetua*. Milano : Feltrinelli.
- Keynes, John Maynard. 1964. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. New York : Harcourt.
- Las Casas, Bartolomé de. 1992. *A Short Account of the Destruction of the Indies*. Trad. Nigel Griffin. London : Penguin Books.
- Morabito, Marcel. 2016¹⁴. *Histoire constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*. Paris : L.G.D.J.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2007. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais séc. XXI*. Porto Alegre : SAFE.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. 2003. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre : SAFE.
- Vasak, Karel. 1974. "Le droit international des droits de l'Homme." *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* 140, 4 : 333-415.

- Villey, Michel. 1983. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris : P.U.F.
- Zavala, Silvio. 1964. *The defence of human rights in Latin America : sixteenth to eighteenth centuries*. Paris : UNESCO.
- Zolo, Danilo. 2007. "Il multiculturalismo pacifista de Las Casas (Préface)." In Bartolomé de Las Casas, *De Regia Potestate*, a cura di G. Tosi. Roma-Bari : Laterza.