



HAL
open science

Le processus de construction des droits sociaux en France et au Pérou : sources et influences européennes en Amérique andine

Carlos González-Palacios

► **To cite this version:**

Carlos González-Palacios. Le processus de construction des droits sociaux en France et au Pérou : sources et influences européennes en Amérique andine. Droit. Université Paris Nanterre, 2018. Français. NNT : 2018PA100050 . tel-04514791

HAL Id: tel-04514791

<https://theses.hal.science/tel-04514791>

Submitted on 21 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Membre de l'université Paris Lumières

Carlos Alberto GONZALEZ-PALACIOS

Le processus de construction des droits sociaux en France et au Pérou

Sources et influences européennes en Amérique andine

Thèse présentée et soutenue publiquement le 02/07/2018
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme Diane Roman Professeure à l'Université de Tours

Jury :

Rapporteuse :	Mme. Geneviève KOUBI	Professeure à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis
Rapporteur :	M. Carlos Miguel HERRERA	Professeur à l'Université de Cergy- Pontoise
Membre du jury :	Mme. Véronique CHAMPEIL- DESPLATS	Professeure à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	M. Luis JIMENA QUESADA	Professeur à l'Université de Valence, Espagne

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni aucune improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

Les droits sociaux se construisent en plusieurs temps à partir d'évolutions du système juridico-politique qui sont la conséquence de phénomènes sociaux encouragés par des courants philosophiques, religieux, idéologiques ou de mouvements sociaux. En ce sens, bien que les droits sociaux soient récents, les idées qui constituent leur socle fondamental sont assez anciennes. Dans le cas de l'Europe occidentale elles datent de l'Ancien régime ; dans le cas de l'Amérique andine, elles ont une origine précoloniale. D'ailleurs certains de ces principes précoloniaux semblent se manifester encore de nos jours, comme c'est le cas au Pérou ; et ont été mis en avant avec le nouveau constitutionnalisme latino-américain du début du XXIème siècle. Cela signifierait donc que la source idéologique des droits sociaux n'est pas forcément républicaine ni occidentale, même si l'époque de son développement le plus important surgit durant des périodes républicaines. Il est donc intéressant d'observer comment depuis l'indépendance des États andins, les idées européennes ont eu une influence prépondérante dans la construction (organique et axiologique) des systèmes juridiques de ces nouveaux États ; mais qu'il subsiste, sinon un modèle social originel, du moins quelques piliers d'un système juridique inhérent à la culture andine.

MOTS-CLÉS

Droits sociaux – droits économiques et sociaux – *justiciabilité* – garantie juridictionnelle – protection sociale – droits des travailleurs – *sumak kawsay* – social-libéralisme – solidarité – fraternité.

TITLE AND SUMMARY IN ENGLISH: The construction of the social rights system in France and Peru: European sources and influences in Andean America

Social rights are constructed in several stages from changes in the legal-political system that are the consequence of social phenomena encouraged by philosophical, religious, ideological or social movements. In this sense, although social rights are recent, the ideas that constitute their basic foundation are quite old. In the case of Western Europe, they date from the Old Regime; in the case of Andean America, they have a pre-colonial origin. Moreover, some of these precolonial principles seem to be still present today, as is the case in Peru; and have been put forward with the new Latin American constitutionalism of the early twenty-first century. This would mean that the ideological source of social rights is not necessarily republican or western, even if the time of its most important development arises during republican periods. It is therefore interesting to observe how, since the independence of the Andean States, European ideas have had a preponderant influence in the construction (organic and axiological) of the legal systems of these new States; but that there remains, if not an original social model, at least some pillars of a legal system inherent to the Andean culture.

KEYWORDS

Social rights – economic and social rights – *justiciability* – judicial guarantee – social protection – workers' rights – *sumak kawsay* – social-liberalism – solidarity – fraternity.

INTITULÉ ET ADRESSE DU LABORATOIRE

Centre de Théorie et Analyse du Droit (CTAD), UMR 7064, (équipe CREDOF).
Bureau F-425, 200 Avenue de la République, 92000 NANTERRE

Remerciements

Mes remerciements principaux et les plus sincères s'adressent à ma directrice de thèse Pr. Diane Roman qui a su me guider par les chemins compliqués de cette épreuve que représente le doctorat.

Intégrer le Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) a été une expérience très enrichissante, cela a été possible grâce à la recommandation du Pr. Serge Slama et à l'accueil de la Pr. Véronique Champeil-Desplats, enseignants auxquels je souhaite leur manifester ma gratitude, au même titre qu'à mes camarades doctorants de mon laboratoire. Je tire un enseignement fondamental du parcours doctoral : il s'agit d'un exercice constructiviste, où l'on apprend des livres que l'on consulte, mais aussi des échanges que l'on a avec les autres, des expériences dans lesquelles on s'investit, etc.

Cela me fait revenir au rôle que mon université Paris-Nanterre, et notamment les personnes qui l'intègrent dans les différents postes et responsabilités, a joué en faveur de mon projet doctoral, mais aussi d'autres projets universitaires. J'ai compris qu'un centre d'études supérieures n'est pas seulement ce que les normes indiquent, mais c'est plutôt ce que les gens qui s'y retrouvent souhaitent en faire. En ce sens, Nanterre fut et sera toujours je l'espère, une université d'esprit critique.

Je souhaite remercier tout particulièrement à mes camarades Aline Rivera et Noyelle Neumann pour leur amitié et leur soutien. Merci aussi à Nicolas Collet-Thiry, Célia Goulay et Manuel Tirard, amis tous les trois, pour leurs conseils et relectures attentives à différents stades de ce travail.

Dédicace

À la fin de cette épreuve, je souhaite dédier chaque page de ce travail à Aurore. Une femme merveilleuse qui, après avoir croisé mon chemin un joli jour de décembre 2009, a su m'accompagner, me soutenir, et aussi me supporter presque tout au long de cette aventure.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

La prépondérance de l'influence européenne dans la construction idéologique des droits sociaux

Titre 1. Les courants fondateurs de la construction du social

Chapitre 1. Les courants de pensée antérieurs à la conceptualisation des droits sociaux
Section 1 : Une prépondérance européenne atténuée par l'existence de la pensée sociale andine

Section 2 : La prépondérance européenne marquée par l'ascendant des idées chrétiennes sur la pensée sociale occidentale

Chapitre 2. Les courants de pensée influant au développement contemporain des droits sociaux

Section 1 : La fraternité et la solidarité : des courants français de construction de la cohésion sociale

Section 2 : Le nationalisme péruvien, socle conceptuel de la construction des droits sociaux

Section 3 : La social-démocratie : véritable doctrine contemporaine du social ?

Titre 2. Une pensée du social dominée par le débat européen

Chapitre 1. Une évolution par les droits sociaux à défaut d'une « révolution sociale »
Section 1 : Le caractère diffus de la notion de révolution sociale

Section 2 : Les droits sociaux : une évolution du libéralisme ?

Chapitre 2. Les (in)compatibilités entre la question sociale et le statu quo du droit
Section 1 : Le paradigme individualiste-juridique comme limite à l'évolution des droits sociaux

Section 2 : Les fausses incompatibilités juridiques entre « État de droit » et « État social »

SECONDE PARTIE

Vers un dépassement de l'influence européenne dans la mise en œuvre des droits sociaux

Titre 1. L'amorce d'une reconnaissance juridique des droits sociaux

Chapitre 1. Un lent dépassement de l'ancien modèle constitutionnel libéral

Section 1 : La Constitution : une définition qui tente de s'adapter à tout modèle positif

Section 2 : Le modèle constitutionnel libéral. De son essor en Europe à son adoption en Amérique andine

Chapitre 2. L'évolution vers un nouveau constitutionnalisme à l'extérieur du Pérou et de la France

Section 1 : Le constitutionnalisme social du début du XXème siècle

Section 2 : L'avènement du nouveau constitutionnalisme latino-américain

Chapitre 3. Une constitutionnalisation du social semée d'hésitations

Section 1 : La portée du constitutionnalisme social français contemporain

Section 2 : Les avancées et les régressions sociales dans l'histoire constitutionnelle péruvienne

Section 3 : L'évolution du paradigme constitutionnel andin

Titre 2. Le parachèvement et la protection des droits sociaux : une construction en devenir

Chapitre 1. Protéger les droits sociaux par le juge : les difficultés de la protection « par le haut »

Section 1 : La protection des droits sociaux par le Tribunal constitutionnel péruvien

Section 2 : La protection des droits sociaux par d'autres juges dans la région latino-américaine

Section 3 : La protection des droits sociaux par le Conseil constitutionnel français

Section 4 : La protection des droits sociaux par des instances supranationales en Europe

Chapitre 2. Satisfaire les besoins sociaux par-delà l'État : l'actualité de la protection « par le bas »

Section 1 : L'auto-garantie des besoins sociaux : aménager le droit et créer le droit

Section 2 : La responsabilité sociale des personnes morales : un palliatif aux besoins sociaux insatisfaits

INTRODUCTION

1. Étudier les droits sociaux revient à s'intéresser à une des branches les plus importantes pour le développement de la personne humaine. Pourtant étudier les droits sociaux est un véritable défi académique car ces droits se situent dans une catégorie qui n'est pas unanimement définie. Ça implique nécessairement que celui qui les étudie initialement ne puisse pas comprendre ni leur étendue ni leurs limites. De plus, le thème des droits sociaux interroge une pluralité de matières: l'histoire des idées politiques et la philosophie juridique qui sont indispensables pour comprendre les fondements idéologiques du droit ; aussi, l'économie, la théologie et l'anthropologie juridique délivrent d'importants indicateurs pour comprendre l'évolution des droits sociaux notamment dans d'autres horizons.

2. Mais l'évolution des droits sociaux n'est pas exempte d'influences externes (i). C'est pour cette raison qu'il est artificiel d'explorer les droits sociaux dans un pays sans s'y intéresser au contexte historique d'autres États et à l'évolution juridique qui en résulte (ii). Par conséquent, pour parler académiquement de l'évolution des droits sociaux il sera important de prendre en considération l'impératif de pluridisciplinarité et d'analyse comparatiste (iii) ; et observer aussi si le développement des droits sociaux répond à un phénomène du passé ou en devenir (iv). Mais avant de procéder à tout approfondissement, la première question qui se pose est de définir le principal objet d'études : les droits sociaux.

i) Les droits sociaux : pourquoi faire un objet d'études ?

3. Le plus neutre c'est peut-être de concevoir les droits sociaux comme une branche du droit destinée à garantir la justice sociale et à protéger les droits des plus faibles¹. Cependant, selon N. Aliprantis, la conception anglo-saxonne et nordique nous indique que l'exercice de définition est plus complexe car elle évoque que ces droits concernent le bien-être des membres de la société, c'est-à-dire qu'ils visent à assurer des conditions de vie conformes à la dignité humaine². Mais, le fondement du social sur le socle de la dignité est assez peu

¹ J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd., 1993, pp. 33-34.

² N. ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social*, n° 2/2006, p. 158.

efficace pour comprendre l'étendue de la notion, la dignité étant un principe certainement important pour les droits fondamentaux mais ayant le défaut d'être assez abstrait³. Dans ces conditions, il semblerait plus objectif soit de les concevoir comme la mise en œuvre du principe de solidarité⁴ ; soit de les définir par opposition aux droits civils et politiques. A cet effet G. Burdeau soutient que si les droits individuels, traditionnellement entendus, signifient le pouvoir d'interdire, les droits sociaux signifient le pouvoir de demander⁵. Or la question de l'exigibilité juridique des droits sociaux est remise en cause, car au sein des Constitutions la plupart des droits sociaux prennent la forme de principes ou d'objectifs, alors que les droits civils et politiques sont qualifiés de droits à part entière⁶.

4. Si l'on structure les différents paramètres qui expliquent ce que sont les droits sociaux, on parvient à un schéma de définition assez ordonné. À cet égard les droits sociaux se définiraient, comme l'explique D. Roman, par la réunion de trois critères (un critère matériel, un critère formel et un critère téléologique). Le premier indique que les droits sociaux interviennent dans le champ du social, par exemple en matière de droit des travailleurs, ou encore en matière du droit à des prestations sociales ; le critère formel porte sur le caractère positif de ces droits, au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, aussi bien par les Constitutions et par les traités internationaux ; enfin le critère téléologique observe que l'objet des droits sociaux est la justice sociale ou du moins la réduction des inégalités sociales⁷.

5. Cette définition permet de comprendre l'importance d'une étude sur les droits sociaux. Car d'une part, il s'agit de droits fondamentaux, dans le sens où ils sont essentiels pour mener à bien un projet de vie chez la personne ; et d'autre part, il s'agit d'un pan du droit qui a une finalité profondément nécessaire pour concrétiser les principes républicains d'égalité et de solidarité. En ce sens, lorsque les droits sociaux ne sont pas appliqués, cela a une répercussion négative sur la société qui peut se poser la question de la pertinence des politiques publiques et de la fonction de l'État. Étudier les droits sociaux aurait donc une double utilité, d'une part cela servirait à comprendre la manière par laquelle le droit protège

³ M. ATIENZA RODRIGUEZ, « A propósito de la dignidad humana », *Ius La Revista*, n° 36/2008, pp. 466-467.

⁴ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 2009, p. 740.

⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, X éd., vol. VI/2, p. 239

⁶ C. GREWE, « Les droits sociaux constitutionnels », C. GREWE et F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 67-74.

⁷ D. ROMAN et P. WARIN, *[Débat] L'effectivité des droits sociaux | Revue des droits et libertés fondamentaux* (Consulté le 30 septembre 2013, <http://www.revuedlf.com/videos/leffectivite-des-droits-sociaux-2/>).

socialement l'individu ; d'autre part cela servirait aussi à comprendre comment se légitime le rôle de l'État dans le contexte du contrat social.

6. Il n'en demeure pas moins que le champ thématique de cette catégorie de droits résulte assez vaste. Ce qui pose la question de se concentrer sur un angle d'études pertinent afin que l'apport de ce travail soit à la fois innovant, juridique et utile scientifiquement. En ce sens, il faut considérer que même s'il ne s'agit pas de la branche du droit la plus étudiée, la production académique en matière de droits sociaux s'est étendue considérablement depuis un peu plus d'une décennie⁸. Il faut noter que certains auteurs ont consacré une partie de leurs travaux à étudier l'histoire des droits sociaux⁹, d'autres se sont focalisés sur ses fondements conceptuels¹⁰, ou sur leur application¹¹, ou encore sur l'effectivité de la norme¹². La question de l'évolution des idées politiques qui sont à la source des droits sociaux a été explorée en France. Pourtant alors que la France est à la source de multiples mouvements sociaux, parfois révolutionnaires, qui ont fait évoluer les idéologies sociales et le système juridique, il est assez curieux que l'on ne s'attarde pas à connaître l'influence française en matière de construction des droits sociaux dans d'autres États occidentalisés (l'Amérique latine étant sûrement le meilleur exemple ici). De manière plus globale, on peut même constater qu'il n'existe pas une production scientifique importante qui étudie les rapports entre l'Europe et l'Amérique latine au niveau des droits sociaux, à la différence de ce qui se passe avec les libertés publiques où les influences européennes ont été étudiées assez souvent¹³. C'est pour cette raison, que sur le terrain des droits sociaux il existerait la

⁸ V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 247 ; D. ROMAN (dir.) CREDOF, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, CREDOF, Mission de recherche Droit et justice France, 2010, p. 459 ; C. COURTIS (dir.) et COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales*, Genève, Comisión Internacional de Juristas, 2009, p. 138.

⁹ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 689.

¹⁰ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 164.

¹¹ R. LAFORE, « Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français », *Revue de droit sanitaire et social*, n°1/2008, pp. 111-126.

¹² D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, (Consulté le 13 septembre 2017, <http://revdh.revues.org/635>).

¹³ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela libre de derecho, 1992, p. 229; T. ESQUIVEL OBREGON, *Influencia de España y los Estados Unidos sobre México*, Madrid, Casa editorial callejera, 1918, p. 391 ; A. ROUQUIÉ, « Bolivar législateur : construction nationale et souveraineté populaire », J. ORTIZ (coord.) *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui: l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, pp. 39-50.

possibilité d'une étude innovante portant sur les influences idéologiques et les transferts systémiques entre l'Europe et l'Amérique latine malgré des contextes et des valeurs qui sembleraient être assez différents.

ii) L'intérêt du choix spatial de ce travail

7. On s'intéressera d'une part à l'Europe occidentale et notamment à la France, et d'autre part, à l'Amérique andine et notamment au Pérou. Premièrement il est utile de s'intéresser à l'Europe occidentale continentale car les États qui s'y retrouvent sont à la source d'importantes découvertes et progrès idéologiques et juridiques en matière de droits sociaux : la France et l'Allemagne en première ligne, mais aussi de manière collatérale l'Italie par certaines de ses doctrines politiques, ou encore l'Espagne qui a su servir de pont culturel pour que les idées juridiques s'exportent de l'Europe vers l'Amérique andine. Deuxièmement, l'idée de focaliser cette étude sur les États andins est triple : tout d'abord il s'agit d'une région qui semble porter le germe d'un modèle social calqué sur des idées encore peu appréhendées comme le principe andin du *sumak kawsay* repris par la Constitution équatorienne ; mais aussi il s'agit d'une région qui est à la source de phénomènes juridiques novateurs (il faut observer par exemple que les lois sociales péruviennes de 1911 sont les premières qui proposent des droits pour les travailleurs dans la région, ou encore que l'interprétation du juge constitutionnel colombien est avant-gardiste en matière sociale) ; enfin l'intérêt majeur consiste à observer les possibilités et les obstacles qui se présentent au moment où se forme le modèle contemporain de droits sociaux dans les États andins, c'est-à-dire comment s'imbriquent les idées politiques et le modèle organique européen dans un terrain qui présente un contexte et des nécessités différentes.

8. Plutôt que d'étudier les États andins et notamment le Pérou on aurait pu choisir d'étudier le Mexique ou encore le Brésil. États certainement plus grands et que l'on pense plus représentatifs de l'Amérique latine. Au surplus, le Mexique a posé les jalons du constitutionnalisme social puisqu'il est le premier à constitutionnaliser des droits sociaux dès 1917. De même, le Brésil a proposé récemment un modèle de droits sociaux et d'assistance qui est précurseur dans la région latino-américaine. Cependant ces deux États constituent un système à eux-mêmes alors que le Pérou présente deux caractéristiques qui

fondent un intérêt académique pour ce terrain : il conglomère une histoire d'avancées et de reculs juridiques en matière de droits sociaux ; et il est au cœur de la région andine et ancien vice-royaume de l'Espagne, ce qui signifie que le Pérou est un carrefour entre les influences originaires et occidentales. En ce sens, bien que la région andine du Pérou puisse être considérée comme culturellement amérindienne (c'est-à-dire *quechua* ou *aymara*), il est indiscutable que du point de vue juridique (notamment au niveau des droits fondamentaux et de l'organisation politique du pouvoir), le Pérou est un État occidentalisé.

9. Pourtant étudier le seul cas du Pérou serait quelque peu réducteur pour comprendre le phénomène juridique andin. Bien que ce travail se focalise sur le cas péruvien, il faudra revenir sur les expériences de l'Équateur et de la Bolivie pour consolider le panorama en matière constitutionnelle, ou encore sur l'expérience colombienne concernant le test de pondération qu'effectue de juge constitutionnel. À cela s'ajouteront (au-delà ce qui est compris comme la région andine dans le sens du traité du *Pacto Andino*), des références ponctuelles sur le cas du Venezuela et du Mexique pour prendre en compte les évolutions constitutionnelles, et plus rarement des références historiques sur des évolutions sociales au Chili et en Argentine.

iii) Les défis d'un travail comparatiste dans un contexte historique de non-circulation d'idées

10. Avec la colonisation de l'Amérique, l'Europe a exercé une influence sans précédents sur la construction des institutions politiques en Amérique latine. En effet, l'organisation du pouvoir politique est calquée sur le modèle occidental, le droit civil et le droit administratif s'inspirent intégralement du modèle juridique européen, les notions européennes de contrat social, d'ordre public, d'État de droit, d'*habeas corpus*, fondent les socles du système normatif des États andins ; et même l'axiologie qui est à la source du caractère fondamental des droits de l'Homme est issue d'une construction historique qui émane des Lumières et des révolutions européennes.

11. Pourtant, ni l'histoire, ni le droit, ni la philosophie ne naissent avec la colonisation car la profondeur historique des Amériques remonte à plus de quatorze mille ans¹⁴ et les

¹⁴ E. LEÓN, *14 000 años de alimentación en el Perú*, Lima, Editorial de la USMP, 2013, p. 664.

premières sociétés organisées datent d'il y a cinq mille ans comme le montre l'exemple de la citadelle de Caral, située au nord du Pérou. Selon H. Wismann, cette profondeur historique octroie à la société du présent une manière de penser qui aide à l'innovation et des créations complexes¹⁵. En somme, les sociétés reposant sur un long passé historique seraient plus vouées à trouver des solutions à leurs problèmes depuis leur système et non pas en important des solutions venues d'ailleurs. Cela voudrait dire que les États andins n'auraient pas la nécessité d'emprunter des systèmes d'organisation politique ni de droits fondamentaux venues d'autres réalités. Or la doctrine du positivisme juridique exclue les faits sociaux du champ du scientifique¹⁶ ; mais encore, depuis la théorie pure du droit, le positivisme considère que le droit s'inscrit uniquement sous la figure étatique¹⁷. Ceci a une conséquence considérable pour l'Amérique andine, car l'importation du système juridique européen au moment des indépendances et sa transposition sur les jeunes Républiques andines, ferme la possibilité à ce que tout le système juridique qui existait avant la colonisation (organisation politique, lois fondamentales, principe de réciprocité, etc.) soit admis comme étant du droit. La raison de cela tient uniquement au fait qu'au moment de la formation des Républiques andines, la bataille idéologique et militaire a été gagnée par des élites intellectuelles convaincues par le modèle occidental¹⁸.

12. Il semblerait alors que le positivisme juridique contribue à nier l'existence d'un droit américain originel. Ceci voudrait dire que toute manifestation juridique qui ne viendrait pas d'Occident se retrouverait en dehors de la science juridique, pour être reclassée dans une autre discipline comme l'anthropologie par exemple¹⁹. En ce sens, il est vrai que les populations précolombiennes n'ont pas eu d'écriture et ce que l'on sait d'eux est le fruit des chroniques qui ne sont pas des sources de première main. Or comme l'évoque J. Basadre, le droit inca fut documenté par des actes municipaux au niveau de la possession des terres et des conflits entre communautés, ce qui a influencé le *derecho indiano* (droit que les espagnols appliquaient dans la colonie) et le droit coutumier²⁰. Les juristes disposent donc

¹⁵ H. WISMANN, *Penser entre les langues*, Paris, Albin Michel, 2012.

¹⁶ S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 169.

¹⁷ H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société*, n°22/1992, p. 561.

¹⁸ O.-C. STOETZER, *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825)*, Tome II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 257-266.

¹⁹ Voir en ce sens les réflexions de L. ZEA, *L'Amérique Latine face à l'Histoire*, Paris, Lierre & Coudrier Éditeur, 1991, p. 27.

²⁰ J. BASADRE, *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima, Librería Internacional del Perú, 1956, pp. 201-203.

d'écrits en provenance de l'histoire du *derecho indiano*, mais encore ils peuvent observer les phénomènes juridiques et para-juridiques qui constituent le droit coutumier (par exemple dans le sens de réciprocités communautaires)²¹. Tous ces éléments constituent des sources scientifiques qui permettent d'affirmer qu'il existerait un droit précolombien, voire même un droit social précolombien²².

13. Ces remarques ne sont pas sans conséquence puisque ceci voudrait dire que lorsqu'on se réfère aux influences entre l'Europe occidentale et l'Amérique andine, on fait allusion en réalité aux transferts unilatéraux de l'Europe vers l'Amérique andine, sans qu'il y ait des courants historiques qui aient démontré les transferts bilatéraux dans le sens d'une circulation d'idées juridiques. Le défi de ce travail, qui porte sur l'évolution des droits sociaux sur les deux terrains d'études précités, consiste alors à ne pas se conformer à la description de l'histoire du droit européen, mais d'aller chercher, par-delà les traditions de la doctrine du conservatisme juridique, les pratiques sociales et les idées andines qui supposeraient l'existence d'un système andin de « droits sociaux » précolombien qui serait sur le point d'influencer le droit des États andins²³.

iv) Étudier un phénomène du passé ou une catégorie de droits en devenir ?

14. Lorsque cette étude se réfère à l'évolution des droits sociaux il est fait référence certainement à une analyse depuis l'histoire du droit, ce qui implique de l'intéresser à l'histoire des idées politiques qui ont alimenté la doctrine des droits sociaux au cours des périodes républicaines (comme le solidarisme, le nationalisme de gauche ou la social-démocratie). Pourtant il est utile de reconnaître que les idées à contenu social n'apparaissent pas au même temps que la République combien même elles seraient certainement concomitantes avec l'organisation des sociétés. Le social-christianisme pour le cas européen, ou le *sumak kawsay* pour le cas andin sont bien des exemples qui valent la peine d'être explorés afin de découvrir les soubassements des idées sociales contemporaines qui ne sont pas le monopole des doctrines républicaines ni occidentales.

²¹ C. GONZALEZ-PALACIOS, *El derecho consuetudinario frente al derecho nacional*, Sevilla, Círculo Rojo, 2013, pp. 79-192.

²² J. MONTENEGRO BACA, *Jornada de trabajo y trabajos remunerados*, Lima, Librería y editorial bolivariana, 1958, pp. 118-119.

²³ Voir les cas du nouveau constitutionnalisme équatorien et bolivien.

15. Mais une fois que le champ idéologique est consolidé, il faut observer que c'est par l'influence des demandes sociales que les droits sociaux commencent à être reconnus. Fondés tantôt sur des critères techniques (par exemple sous l'impératif de renforcer la cohésion sociale), tantôt sur les critères idéologiques (chercher à anéantir les inégalités matérielles), les droits sociaux répondent toujours à un même schéma de garantie qui interroge toujours l'acteur public sur son niveau d'action en faveur de la justice sociale. Ce n'est que lorsque l'État est interpellé fortement sur son rôle et qu'il risque d'être délégitimé politiquement, que les droits sociaux agissent comme un mécanisme qui montre que l'État peut être utile pour satisfaire les nécessités sociales des personnes. Ce fut le cas lors de la révolution française de 1848 où le droit au travail fut proclamé à la demande des ouvriers ; ce fut le cas lors de la réforme agraire au Pérou en 1969 où l'État avait perdu le soutien paysans et des travailleurs. Bien souvent, c'est dans ces contextes historiques que se créent des lois sociales ou qu'adviennent des nouveaux courants du constitutionnalisme social.

16. Pourtant, les droits sociaux, comme catégorie de droits fondamentaux, sont apparus et se sont développés de manière plus récente que les droits civils et politiques. Par conséquent, à cause du retard qu'on pris les droits sociaux, l'évolution de leur reconnaissance nationale et internationale demeure un défi²⁴. Bien que dans le monde des idées il existe des courants de pensée multiples²⁵ qui puissent donner un champ logique et une légitimité aux évolutions de type sociale ; les agents créateurs de la norme (constituants et législateurs), n'ont pas réussi à combler les lacunes que montre le système. On peut constater que ces agents ont eu au cours de l'histoire des opportunités pour faire évoluer les droits sociaux, or ces derniers demeurent encore incomplets ou ambiguëment reconnus ; ce qui fini par interroger le rôle des juges afin qu'ils assurent la protection des droits sociaux à partir des méthodes d'interprétation et des techniques juridictionnelles précises en vertu de l'indivisibilité des droits de l'Homme²⁶.

²⁴ Par exemple, un droit aussi important pour la subsistance comme le droit à l'alimentation n'est pas reconnu explicitement par aucun texte à valeur constitutionnelle ni en France ni au Pérou. De plus, alors que les droits civils et politiques disposent d'une garantie normative parfois opposable au niveau régional et international (Pacte international des droits civils et politiques ; Pacte de San José ; Convention européenne de protection des droits de l'homme), les droits sociaux sont uniquement énoncés par des textes à valeur déclarative (Pacte international des droit économiques, sociaux et culturelles ; Protocole de San Salvador ; Charte sociale européenne), ce qui montre l'existence d'une échelle de garantie asymétrique entre ces deux générations de droits.

²⁵ Socialisme, communisme, solidarisme, social-libéralisme, nationalisme de gauche, « buen vivir », social-christianisme, etc.

²⁶ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n°55/2003, p. 757 ; F. LEÓN

17. Néanmoins, bien que le juge soit le dernier acteur institutionnel capable d'exploiter toutes les potentialités de la norme, au point où parfois il améliore le schéma de garanties sociales ; le citoyen est un acteur, parfois oublié par le juriste, capable d'encourager la création ou le perfectionnement des normes²⁷. En effet, c'est l'action citoyenne qui encourage parfois la naissance des droits pour lutter contre les injustices sociales. Or cette lutte pour obtenir des droits consiste souvent à se soustraire du droit, car résister à l'injustice est un devoir moral de l'individu, ce qui justifie cette soustraction du droit qui vise paradoxalement à le consolider²⁸.

18. Par conséquent, on étudiera le passé à travers les normes, la jurisprudence, la doctrine et les discours constitutifs, mais aussi on analysera les pratiques juridiques et para-juridiques²⁹ du présent pour rendre compte des potentielles évolutions d'un droit qui est encore en pleine construction. Finalement, cela signifie qu'une étude sur l'évolution des droits sociaux ne peut pas s'attarder uniquement à la description des faits historiques : ce qui semble plus porteur est de déceler trois éléments fondamentaux : comprendre les compromis philosophiques et idéologiques qui justifient la reconnaissance juridique des droits sociaux ; identifier les défaillances du système juridique de garantie des droits sociaux ; et s'interroger sur l'avenir des droits sociaux notamment sous le prisme du travail du juge et des mouvements sociaux.

19. En fonction des éléments précités, après une étude sur la prépondérance de l'influence européenne dans la construction idéologique des droits sociaux (Première Partie), il conviendra de dresser un constat sur les perspectives de dépassement de cette influence au niveau de la mise en œuvre des droits sociaux (Seconde Partie).

FLORIAN, « ¿Son justiciables los derechos sociales ?, la posición del Tribunal constitucional peruano », J.-M. SOSA SACIO (coord.), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra, 2017, p. 38.

²⁷ A. OLLERO, « Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica », S. MOSQUERA MONELOS (coord.), *El derecho fundamental de igualdad*, Lima, Palestra, 2006, p. 200.

²⁸ R. VON IHERING, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 1992, pp. 59-64.

²⁹ « Para-juridiques » car certains comportements sociaux ou pratiques citoyennes ne sont pas toujours reconnus comme étant juridiques, mais plutôt comme faisant partie de la sociologie ou de l'anthropologie.

PREMIÈRE PARTIE

LA PRÉPONDÉRANCE DE L'INFLUENCE EUROPÉENNE DANS LA CONSTRUCTION IDÉOLOGIQUE DES DROITS SOCIAUX

20. Avant que puissent se constituer les droits sociaux, il existe un processus de construction idéologique du social qui surgit à partir de la préoccupation pour autrui. Il est indéniable que la République est un mode d'organisation politique qui tient compte du pan social. D'ailleurs, de manière contemporaine ce n'est qu'à travers la République que l'on conçoit l'existence du social, notamment si l'on prend en compte les principes d'égalité et de solidarité. Cependant la préoccupation pour la question sociale n'apparaît pas au moment des révolutions républicaines en Europe (à la fin de XVIIIème siècle) ou au moment des indépendances en Amérique andine (au début du XIXème siècle). En réalité cette question se développe en Europe par exemple à des périodes monarchiques où les religieux avaient le monopole des actions de charité, ce qui signifie que le discours social est initialement imprégné de religiosité. Mais encore, en Amérique andine les premières conceptions du social semblent se développer bien avant la colonisation et avant même l'empire inca. En ce sens, de la même façon que les États andins furent influencés par les idées libérales issues des révolutions européennes, ils furent aussi influencés par des idées sociales conçues en Europe. Aussi bien sur le versant de leur construction idéologique (Titre 1) que sur le versant des critiques contre ces idées sociales (Titre 2).

Titre 1. Les courants fondateurs de la construction du social

21. Penser aux courants idéologiques qui fondent le social signifie certainement penser d'abord au socialisme. Pourtant bien avant celui-ci se développent d'autres idées tel que le partage chez les représentants de la doctrine chrétienne, ou encore la fraternité avec l'avènement de la République en France. Plus tard le solidarisme en France et la sociale-démocratie en Allemagne tenteront d'actualiser le socle idéologique permettant la construction du social, même si l'influence du solidarisme dans le monde sera plus limitée que celle de la sociale-démocratie.

22. De son côté, le système juridique contemporain des États andins est né sous l'influence des idées libérales européennes, mais aussi, sous l'influence des idées sociales construites à partir de la doctrine européenne (Gobetti, Duguit, Marx, Rosselli, Gurvitch, etc.) ; sans oublier bien entendu, les influences endémiques issues de la doctrine andine (c'est le cas au Pérou de J.-C. Mariátegui ou de J.-M. Manzanilla) et les processus politiques voués au social (comme le gouvernement d'Allende au Chili ou le gouvernement militaire de Velasco au Pérou).

23. Il n'en demeure pas moins que l'Amérique andine conserve des particularités. Si l'on se focalise sur le cas du Pérou par exemple, deux phénomènes sont intéressants : tout d'abord l'existence de pratiques locales organisées de solidarité, englobées autour d'un sentiment collectif d'obligation dont la source historique précède la colonisation et donc l'influence européenne. Ensuite, parce que, depuis son indépendance le Pérou a compris que la construction du social nécessite d'une société rassemblée sous les schémas de cohésion sociale. Pour ce faire, cet État a essayé de transposer maladroitement le modèle d'État-nation (via un nationalisme de gauche) à une société à fort composant pluriculturel. À cet égard, l'absence de cohésion sociale et les échecs pour la construire, ont eu pour conséquence que le social a peiné à se développer au Pérou et que le peu d'initiatives sociales engagées par les acteurs publics soient critiquées par une société segmentée et sans véritable cohésion.

24. De manière chronologique on verra tout d'abord le cas des courants de pensée antérieurs à la conceptualisation des droits sociaux (Chapitre 1), et ensuite on développera le cas des

courants de pensée emblématiques influant au développement contemporain des droits sociaux (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

Les courants de pensée antérieurs à la conceptualisation des droits sociaux

25. La question sociale s'avère vitale car elle se réfère à une meilleure qualité de vie pour la personne, voire, dans des cas extrêmes, à la survie de la personne si l'on se réfère par exemple au droit à la santé. Il faut considérer en ce sens qu'il existe deux façons d'interagir entre individus : en se combattant ou en se soutenant réciproquement³⁰. Pour parvenir à construire une société c'est bien la seconde des options qui est mise en exergue. Lorsqu'on imagine la société, la question sociale renvoie nécessairement au problème de la vie parmi les Hommes, c'est-à-dire au système dans lequel les uns et les autres se soutiennent mutuellement. Tel est donc le fondement primitif de la question sociale qui n'est pas l'apanage des idéologies contemporaines, ni des courants de la pensée occidentale. En ce sens, il s'avère important, en tenant compte des particularités historiques des terrains ici étudiés, d'observer deux précédents significatifs sur les deux terrains étudiés : premièrement la pensée sociale andine, à travers laquelle on tentera de démystifier le point de vue selon lequel le traitement de la question sociale est le monopole de l'Occident (section 1), même si par la suite la prépondérance des idées sociales sera occidentale ; deuxièmement, la pensée sociale catholique, comme sous-bassement de la charité, qui en s'intéressant à son prochain, relativise l'idée selon laquelle en Occident la question sociale s'est construite uniquement sur la base de la pensée républicaine (Section 2).

Section 1 : Une prépondérance européenne atténuée par l'existence de la pensée sociale andine

26. L'étude de la question sociale observe rarement le cas des systèmes non-occidentaux, pourtant l'Amérique andine apporte l'exemple d'une tradition sociale préhispanique assez bien structurée (I) ; qui se fonde sur des principes originels comme la réciprocité, la complémentarité, la rationalité, la correspondance ou sur l'idée andine de *sumak kawsay* (II). Actuellement, ces principes se manifestent notamment au sein des communautés indigènes cependant, de manière contemporaine, certains Etats andins ont décidé de les insérer dans leur droit positif (III).

³⁰ A. BELLINOT, *Manuel de sociologie catholique*, Paris, Lethielleux, 1910, p. 1.

I. La tradition sociale préhispanique

27. Les sociétés originaires du Pérou et d'Amérique andine, c'est-à-dire celles qui ont précédé la colonisation espagnole et donc l'occidentalisation de la culture locale, ont appliqué un système économique et social de type solidaire. Ce système, qui est encore valable de nos jours, trouve sa source dans des principes juridico-philosophiques andins qui précèdent les doctrines sociales européennes (1). En ce sens il s'avère utile d'observer que ce système se caractérise par une société qui applique la réciprocité (2), et par une économie qui redistribue les ressources (3).

1. Une organisation sociale éloignée des idéologies occidentales

28. Les Incas n'occupent qu'une partie récente de l'histoire précolombienne de l'Amérique andine. Avant eux, a existé une longue et complexe succession d'organisations sur une durée de presque dix-mille ans³¹. Durant cette période, entre la Colombie et la Bolivie, s'est construite la société andine. Elle comportait très certainement des variantes selon les latitudes, pourtant il s'avère difficile de nier l'existence de structures politiques, d'une économie, de réseaux de communications et d'une organisation sociale axée sur des valeurs propres.

29. L'empire inca surgit vers l'an 1200, pourtant cette civilisation n'a connu son apogée qu'aux environs de l'année 1420 sous le règne de l'Inca Pachacutec, alors qu'elle englobait presque toute la région géologique qu'occupe la cordillère des Andes³². L'organisation inca était méticuleuse, l'autorité n'était pas contestée et les cadres étaient rigides. La propriété du sol n'existait pas et en ce sens toutes les terres appartenaient à l'Inca, ce qui en pratique revenait à dire que les terres étaient la propriété de l'Etat³³. Le commerce n'existait pas ; l'Etat assurait un rôle semblable à la sécurité sociale, apportant une aide aux communautés et aux personnes face aux calamités et organisait une prise en charge des vieillards, des malades ou personnes incapables de travailler³⁴.

³¹ F. PEASE, *Los Incas*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2015, p. 23.

³² J. DESCOLA, *La vie quotidienne au Pérou au temps des espagnols 1710-1820*, Genève, Famot, 1977, p. 22.

³³ *Ibid.*

³⁴ J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, Genève, Editions Famot, 1976, p. 236.

30. Pourtant, les Incas ont limité leur système au profit de la force de travail et assortie par une compensation réciproque, c'est-à-dire que les uns travaillent pour soutenir les autres. Selon H. Castro Pozo, le bien-être a été réduit au minimum, à des domaines tels que l'alimentation, l'habillement et le logement, en empêchant toute initiative privée à travers une stricte surveillance et des normes régissant tous les aspects de la vie³⁵.

31. L'élite intellectuelle occidentale ou occidentalisée a souvent tenté de désigner l'organisation politique et économique inca sous des étiquettes idéologiques classiques. En 1896, l'Allemand H. Cunow qualifia l'organisation inca de communisme agricole né tout naturellement de l'organisation en tribus, à un stade préalable à l'évolution sociale³⁶. En 1923, V.-A. Belaúnde publia à Houston un article dans lequel le système inca était associé à celui bolchevique³⁷. De son côté, en 1928, le Français L. Baudin a étudié la civilisation inca en l'assimilant au socialisme politique³⁸. Contrairement à ce que certains critiques ont pu lui opposer, L. Baudin n'a jamais fait sienne la thèse du communisme agricole pour qualifier l'empire inca³⁹. Bien au contraire, il estimait que le terme communisme portait une charge historique différente de la complexité sociale péruvienne, qui se caractérisait (c'est le cas encore aujourd'hui) par l'existence de communautés unies par le sang et les liens familiaux et de proximité⁴⁰. En ce sens, l'élément idéologique qui consolidait la cohésion sociale dans les sociétés communistes n'opérait pas dans l'empire inca. De plus, le substrat philosophique qui mobilisait les communistes ou socialistes occidentaux différait des logiques philosophiques andines. En effet, l'inexorable et constante opposition et lutte des classes sociales prônée par le déterminisme historique marxiste, aurait été inconcevable pour les Incas qui croyaient au principe de la complémentarité⁴¹ et de la réciprocité⁴².

32. Pourtant, à première vue les confusions sont possibles : dans la société inca la propriété individuelle et le marché privé n'existaient pas, il n'y avait donc pas de prix ni de revenus d'ordre privé ; pas davantage d'impôts (sous leur forme classique) ; l'offre était réglementée

³⁵ H. CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, vol. II, Lima, Ediciones Peisa, 1936, p. 69.

³⁶ J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, op. cit., p. 222.

³⁷ V.-A. BELAUNDE, « Incan Communism and Bolvechism », *The Rice Institut Pamphlet*, vol. X, 10/1923, pp. 181–201.

³⁸ L. BAUDIN, *El imperio socialista de los Incas*, Paris, Zig-Zag, 1962, 439 p.

³⁹ J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, op. cit., p. 223.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2015, p. 140.

⁴² A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, Quito, Sumak editores, 2016, pp. 41-51.

et la demande simplifiée ; les stocks servaient à réguler les flux et à prévoir des réserves pour affronter les temps difficiles⁴³. Il existe donc des analogies entre le système inca et le socialisme, cependant, J.-C. Valla fait bien de mettre en garde tous ceux qui, par facilité, étiquettent des processus issus de civilisations bien différentes des sociétés industrielles⁴⁴.

33. Il n'en demeure pas moins qu'à leur arrivée en Amérique andine, les chroniqueurs (*cronistas*) européens ont souligné l'efficacité sociale de l'administration inca ; en effet celle-ci semblait avoir éliminé la pauvreté, évité la famine et donné à chaque personne une correcte rétribution pour son travail⁴⁵. Il n'est donc pas invraisemblable de penser qu'il s'agissait d'une société de justice et de redistribution des richesses. Or, il est impossible d'étudier l'économie andine sans prendre en compte la parenté, car c'est sur la base de cette dernière que s'exerce la réciprocité⁴⁶.

2. La réciprocité familiale et interfamiliale andine

34. La réciprocité concernait tous les aspects de la vie andine. C'était donc le leitmotiv qui cimentait l'*ayllu*. Ce mot (*ayllu*) définit un groupe familial amplement étendu, vraisemblablement de lignée patriarcale⁴⁷ dont les membres étaient fondamentalement liés autour du principe de réciprocité et de complémentarité.

35. L'*ayllu*, en tant que mode d'organisation sociale andine, s'avère fondamental car il s'agit du socle social des civilisations quechua, aymara et mochica⁴⁸. Cela signifie que c'est une forme d'organisation sociale antérieure aux Incas, mais surtout qu'il s'agit d'un élément indissociable des cultures andines et donc du panorama organique et social péruvien. L'*ayllu* comporte deux caractéristiques sociales essentielles : ses membres partagent les mêmes biens et se rendent des services réciproques.

36. Premièrement, concernant la question de la propriété commune, H. Castro Pozo souligne que dans « la société communale des *ayllus* [...] chaque famille possédait les

⁴³ INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Commentaires Royaux sur le Pérou des Incas*, Lima, Maspero, 1982, p. 87.

⁴⁴ J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, op. cit., p. 224.

⁴⁵ F. PEASE, *Los Incas*, op. cit., p. 53.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁷ M. ROSTWOROWSKI, *Ensayos de historia andina II*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2006, p. 61.

⁴⁸ H. CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, op. cit., p. 112.

mêmes biens et ressources que les autres [...] il n'y avait rien à échanger que les autres n'avaient pas »⁴⁹. Ce qui signifie, il faut le dire, que vraisemblablement le minimum essentiel à la vie était garanti par le système.

37. La propriété de la terre est cependant une idée plus complexe. Selon J.-C. Valla, avant l'avènement de l'empire inca, les terres appartenaient à chaque communauté ou *ayllu*⁵⁰. Pendant l'empire inca, le système de propriété communautaire a maintenu son essence mais changé d'acteurs⁵¹. En effet, les terres sont passées fictivement des mains de la communauté « vaincue » à celles du souverain inca. Ce dernier (qui incarnait l'État) donnait uniquement un droit d'usage des terres aux communautés⁵². Si l'on se calque sous les termes contemporains de droit civil, l'*ayllu* disposait de l'usufruit⁵³ et l'Etat (ou l'Inca) détenait l'*abusus*, par conséquent le paysan, en tant qu'individu, était très loin d'être lié à n'importe quelle composante de la propriété.

38. Deuxièmement, concernant la réciprocité, qui peut être définie comme l'intention ou l'obligation de rendre l'équivalent de ce qu'on a reçu⁵⁴. Chez les Incas elle consistait en un échange mutuel de biens et surtout de services. Cet échange était accompagné d'une conscience d'interdépendance inhérente à la philosophie andine. De manière surprenante, en Occident on retrouvera des similitudes avec l'approche polanyienne de la réciprocité, voire avec l'économie solidaire⁵⁵.

39. La réciprocité occupait une place importante dans les chroniques d'Inca Garcilaso de la Vega qui signalait que dans l'empire les gens s'aidaient mutuellement : « les terres des pauvres une fois labourées, chacun labourait les siennes »⁵⁶. De même, selon l'ordonnance de l'Inca, les terres du peuple devaient être labourées avant les siennes, car on pensait,

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, *op. cit.*, p. 231.

⁵¹ V.-A. BELAUNDE, « Incan Communism and Bolvechism », *op. cit.*, pp. 197–198.

⁵² J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, *op. cit.*, p. 231.

⁵³ *Ibid.*, pp. 231–232.

⁵⁴ J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, *op. cit.*, pp. 142 et s.

⁵⁵ « La réciprocité ne se réduit ni à une pratique primitive (comme dans une approche évolutionniste), ni à une relation de dons/contre-dons. Elle est comprise par son inscription dans une totalité sociale pensée comme telle et par une interdépendance revendiquée par les acteurs. Elle peut ainsi servir de base à la définition de l'économie solidaire » J.-M. SERVET, « Le principe de réciprocité chez Karl Polanyi, contribution à une définition de l'économie solidaire », *Revue Tiers Monde*, n°190/2007, pp. 255–173.

⁵⁶ INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Commentaires Royaux sur le Pérou des Incas*, *op. cit.*, p. 67.

déclare Garcilaso de la Vega, que le roi était bien servi si ses sujets étaient prospères et qu'*a contrario* s'ils étaient pauvres ils seraient peu utiles⁵⁷.

40. Dans l'*ayllu* et au sein de la communauté, la réciprocité s'appliquait pour mutualiser la charge de travail afin que cette mutualisation serve de rempart de protection face aux difficultés de type social (prévenir la famine, faire face aux calamités, assister les handicapés, les veuves, etc.). En ce sens, le travail communautaire était l'un des piliers de l'organisation sociale de l'*ayllu*, de l'empire inca et de l'ensemble de la société andine. C'est le mot *minka* qui désignait dans les Andes le travail communautaire ou familial autour d'activités planifiées et dans le but de bénéficier à la communauté⁵⁸. Selon H. Castro Pozo, il s'agissait d'un travail socialisé, joyeux, libre et fraternel⁵⁹. D'après P. Yezpez, la *minka* désignait un espace de partage des forces physiques et conscientes, « un droit à travailler ensemble dans un climat réciproque »⁶⁰. Pour la communauté elle offre l'avantage de disposer d'une force de travail colossale pour construire des infrastructures utiles à tous, et parfois pour auto-garantir les besoins sociaux de la communauté. Par exemple, la *minka* servait à garantir l'alimentation de la collectivité (semences, labourage, récolte, stockage), à construire des logements ou des écoles⁶¹. Bien entendu, comme l'évoque H. Castro Pozo, le travail collectif consolidait la propriété collective de la terre des *ayllus*, mais elle n'a pas été, et elle n'est pas (encore aujourd'hui) une obligation car la *minka* a toujours été perçue comme une contribution à l'économie des communautés et des familles andines⁶².

3. Une économie reposant sur la redistribution des ressources

41. La redistribution des ressources mobilise une variable préalable : le tribut payé par chaque communauté. Contrairement à ce qui se fait dans les sociétés contemporaines, on ne payait pas d'impôt sur les ressources que chacun produisait, mais le tribut était payé par le travail pour l'Inca (l'Etat) et pour les religieux⁶³.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁸ P. YEPEZ MOROCHO, *La cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2015, pp. 54-55.

⁵⁹ H. CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, *op. cit.*, p. 185.

⁶⁰ P. YEPEZ MOROCHO, *La cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁶¹ *Ibid.*, p. 56.

⁶² H. CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, *op. cit.*, p. 119 ; P. YEPEZ MOROCHO, *La cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas*, *op. cit.*, p. 56.

⁶³ « Sur la part que chacun recevait, aucun impôt n'était levé, car tout son tribut consistait à labourer et à mettre en valeur les terres de l'Inca et des *guacas* [religieux], à déposer les fruits dans leurs entrepôts » : INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Commentaires Royaux sur le Pérou des Incas*, *op. cit.*, p. 76.

42. Étant donné que le système économique se basait principalement sur l'agriculture, la question la plus importante était celle de la répartition des terres. Un tiers d'entre elles était consacré à la communauté, un tiers était attribué à l'Inca et l'autre tiers était assigné au Soleil (aux religieux). Ces ressources entreposées étaient bien entendu utilisées par les nobles et les religieux de haut rang, mais l'excédent était redistribué à ceux qui n'avaient pas assez ou pour faire face aux calamités⁶⁴.

43. Outre le principal tribut qui était dû sous la forme de travail agricole, les communautés payaient un tribut à travers un travail de manufacture (selon la spécificité et la spécialité de chaque localité)⁶⁵. Les objets produits étaient ensuite redistribués, notamment aux personnes en situation de vulnérabilité : « les habits, les armes et les chaussures des soldats et des pauvres gens que la vieillesse ou la maladie rendait inhabiles au travail »⁶⁶.

44. La justice était un principe essentiel du système. Selon Inca Garcilaso de la Vega, lorsqu'une province contribuait davantage sur un produit, elle était déchargée de contribuer sur d'autres produits, de sorte que personne ne soit lésé. De même, « c'était une loi universelle dans tout l'empire du Pérou qu'aucun Indien ne sortît hors de sa province pour s'en aller chercher ailleurs le tribut qu'il était obligé de payer ; les Incas disaient en effet qu'il n'était pas juste de demander à leurs vassaux ce que leur pays ne donnait point »⁶⁷. Pourtant, un point était contraire au principe de justice : les exceptions d'impôts en raison du sang royal et des religieux⁶⁸.

II. Le *sumak kawsay* comme principe andin de cohésion sociale

45. Il semble important de connaître les grands axes « logiques » qui constituent la philosophie andine ancestrale (1), afin de comprendre la définition du *sumak kawsay* (2).

1. La philosophie andine et sa différence avec certaines logiques occidentales

⁶⁴ F. PEASE, *Los Incas, op. cit.*, p. 58.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁶ INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Commentaires Royaux sur le Pérou des Incas, op. cit.*, p. 77.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 79.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 80.

46. Les principes fondateurs d'une société reposent sur une conception du monde qui dépend de deux éléments primaires : le temps (*Chronos*) et l'espace (*Gaïa*). En Occident, la vie semble s'organiser autour de l'idée que l'individu devient quelqu'un en fonction de ce qu'il possède ou de ce qu'il réussit⁶⁹. Dans ce cas, le futur a une incidence permanente sur le temps présent de la personne et la personne vit surtout le présent en fonction du futur (l'espoir ou l'angoisse du risque). Dans d'autres cultures, comme celle de l'aborigène australien⁷⁰, l'« après » n'existe pas. Il existe uniquement le « maintenant », parce que tout est dans la vie en elle-même, il ne faudrait donc pas avoir quelque chose ou atteindre un certain stade pour être quelqu'un, mais il suffirait de vivre pour être quelqu'un. Il s'agit là d'une idée très simple, or la modernité occidentale a tellement complexifié la logique temporelle de l'humain, que désormais il semble absurde de vivre le temps présent sans vivre le futur.

47. La vision du monde indigène andin considère que la *pacha* (qui se traduit par « terre », mais qui signifie aussi « tout ce qui est »), en tant qu'élément contenant le temps et l'espace, est la base commune à différentes strates interconnectées de la réalité (*hanaq pacha, kay pacha, ukhu pacha*)⁷¹. Sur cette base, A. Oviedo Freire traduit la philosophie andine de la façon suivante : la vie contient le tout ; ce tout évoque surtout les multiples relations entre ses différentes parties ; chaque partie est la représentation en miniature du tout ; la vraie substance est le tout, c'est-à-dire les liens qui unissent les parties⁷². En conclusion, pour la philosophie indigène andine si une entité particulière (un être) n'a pas de relations et est isolée, elle est considérée comme morte⁷³.

48. Sur ce point, A. Oviedo Freire rejoint J. Estermann, qui est l'un des chercheurs qui a étudié le plus (et de façon interculturelle) la philosophie des Andes. Estermann conclut que la logique andine est fondée sur quatre principes fondamentaux : la relation ; la correspondance ; la complémentarité et la réciprocité.

⁶⁹ A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, op. cit., p. 33.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », R. AVILA SANTAMARIA et J.-C. TRUJILLO VÁSQUEZ (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 117.

⁷² A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, op. cit., p. 35.

⁷³ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », op. cit., p. 118.

49. Selon Estermann, le principe de relation constitue l'un des axes fondamentaux de la rationalité andine, car l'entité basique n'est pas considérée comme étant substantielle, alors que les relations sont substantielles. Dans la philosophie indigène andine il est admis que la structure relationnelle existe avant les entités particulières, et que ces dernières ne font qu'adhérer à la structure relationnelle⁷⁴, alors qu'en Occident les entités particulières préexistantes tissent des liens pour former dans un second moment un tout intégral. En ce sens, dans la conception andine, l'identité ne consiste pas dans l'être individuel (personne isolée, autonome ou indépendante), mais plutôt dans la collectivité⁷⁵. C'est pourquoi l'*ayllu*, en tant qu'unité englobant différentes familles, constitue le noyau de la vie sociale. Si une personne n'appartient plus à l'*ayllu*, on considère qu'elle n'existe plus⁷⁶.

50. Le principe de la correspondance évoque le fait que les différents aspects, régions ou champs de la réalité, coïncident entre eux de façon harmonieuse. Comme l'évoque Estermann : contrairement à la rationalité occidentale qui essaye de concevoir les relations de la réalité à travers des catégories gnoséologiques de similitude, d'adéquation, d'identité ou de différence, la philosophie andine croit en l'isomorphisme cosmique⁷⁷. En d'autres termes, cela signifie que ce qui est valable à grande échelle l'est également à petite échelle. Ainsi, la réalité du cosmos (*hanaq pacha*), correspond à la réalité de la Terre (*kay pacha*), y compris aux espaces infra-terriens (*ukhu pacha*).

51. Selon Estermann, le principe de complémentarité synthétise les principes de correspondance et de relation car aucun être ni aucune action n'existent isolément mais chacun d'eux coexiste toujours avec un complément spécifique⁷⁸. L'individu, envisagé selon sa seule individualité, serait alors conçu comme incomplet. Il n'existe que parce qu'il est complémentaire des autres, voire même des opposés. L'Homme de la philosophie indigène andine n'exclut pas les forces opposées, mais il trouve une corrélation entre celles-ci pour affirmer une entité intégrale et donc supérieure.

52. Finalement, le principe de réciprocité est décrit par Estermann comme concomitant aux principes précédents : la vie s'explique nécessairement par des relations complémentaires

⁷⁴ J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, op. cit., pp. 122-123.

⁷⁵ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », op. cit., p. 118.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, op. cit., p. 133.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 135.

qui trouvent une correspondance à tous les niveaux. Or à chaque action dans cette structure de relations correspond une action en retour⁷⁹. Mais jusque-là l'idée andine de réciprocité semble être peu novatrice dans la mesure où elle présente des similitudes avec l'éthique occidentale qui développe par exemple le principe de solidarité ou dans une moindre mesure, l'idée de charité. La particularité de la vision andine repose sur le fait que la réciprocité n'est pas nécessairement une interaction libre et volontaire. En effet, contrairement à l'Occident où l'éthique et la liberté sont liées, chez les indigènes andins l'éthique a une dimension cosmique (ou plutôt « universelle », au sens le plus global du terme et pas uniquement dans son sens humaniste). Ainsi, elle s'impose à toute personne comme un devoir. Le troc pratiqué par des civilisations andines en est un bon exemple : Il ne s'agit pas d'un échange propre à la logique d'économie de marché, au cours duquel les parties essaient de profiter des circonstances pour obtenir davantage. La logique andine de troc est imprégnée de réciprocité dans la mesure où l'échange apparaît comme juste. Ainsi, dans le troc on tient compte de facteurs qui ne sont pas quantitatifs, mais plutôt qualitatifs : le lien de parenté entre les parties ; la nécessité vitale de l'échange ; la valeur symbolique du produit⁸⁰.

53. Parmi tous les principes andins, c'est celui de réciprocité qui intéresse le plus notre étude car c'est notamment à travers lui qu'on comprend le fondement de l'entraide familiale et interfamiliale (*ayni* et *ayllu*), le troc (*tuyki*), le travail communautaire réciproque (*minka*), etc. Mais, de façon plus transversale, parmi tous les principes andins, ce qui présente le plus d'intérêt pour cette étude est la différence de ces logiques avec certains paramètres de la logique occidentale. En effet cette dernière se fonde, entre autres aspects, sur une abstraction ontologique en termes de substantialité, et sur une vision linéaire du temps. Elle est d'abord substantielle parce qu'elle accorde une place importante à l'individualisme ; puis elle est linéaire dans le temps car elle prône une conception progressive de l'être. La philosophie indigène andine ne conçoit pas cette idée de progressivité de l'être qui vit davantage pour le futur et nie son présent. Le principe andin de relation est opposé à l'individualisme⁸¹, au sens où l'individu est réputé nul sans un groupe social qui l'accueille. En ce sens, l'individu existe par la société, ce n'est pas la société qui existe par les individus. Aussi, le principe andin de complémentarité se différencie de la dialectique occidentale au sens où l'homme

⁷⁹ *Ibid.*, p. 142.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 144.

⁸¹ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », *op. cit.*, p. 117.

andin ne tente pas de lutter sans cesse contre les forces opposées, mais cherche à les intégrer en vue de leur relation complémentaire⁸². Ici, il semble important de signaler la différence qui existe entre le paradigme andin et le paradigme occidental marxiste. Chez ce dernier, le matérialisme dialectique prône une interminable opposition des classes sociales, ce qui conduit inexorablement au déterminisme historique marxiste de lutte des classes. En revanche, la philosophie andine ne considère pas, premièrement, que l'opposition ou la contradiction paralysent les processus transformateurs et, deuxièmement que forcément l'une ou l'autre force l'emportera⁸³.

2. Le *sumak kawsay* et le *buen vivir*

54. Le *buen vivir* se présente comme la traduction latine et actuelle du *sumak kawsay*, cependant chez ce dernier il existe des éléments inhérents à la logique andine (a), que l'on ne retrouve pas dans le *buen vivir* (b).

a- L'ancestral *sumak kawsay*

55. Etymologiquement *sumak* est un adjectif superlatif qui désigne le beau ou le merveilleux⁸⁴, alors que *kawsay* fait allusion au fait de vivre ou d'exister⁸⁵. Le *sumak kawsay* décrit donc une vie qui est à un stade optimal. Pour atteindre ce niveau, le principe de complémentarité andin rend nécessaire l'existence d'un équilibre entre les différents aspects de la réalité qui sont en relation permanente. En ce sens, le *sumak kawsay* serait donc l'union entre le cosmos, la Terre et les particules ; mais aussi celle entre les sentiments, le corps et la pensée ; ou encore l'union entre le futur, le présent et le passé. Pourtant que se passe-t-il s'il surgit une situation de déséquilibre qui ne peut être ignorée, comme la maladie, la guerre ou le chômage ? Selon. C. Silva Portero il ne s'agit pas de trouver un idéal impossible à atteindre, mais plutôt un point intermédiaire qui tienne compte des forces opposées selon chaque circonstance⁸⁶.

⁸² J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, op. cit., pp. 136-137.

⁸³ *Ibid.*, p. 140.

⁸⁴ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », op. cit., p. 116.

⁸⁵ J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, op. cit., p. 214.

⁸⁶ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », op. cit., p. 119.

56. Si l'on interprète cet équilibre des choses tout en tenant compte des quatre principes andins (relation, correspondance, complémentarité et réciprocité), et qu'on l'applique à la société on pourrait supposer qu'il engendrerait des résultats intéressants : un groupe de personnes vivant dans un état de cohésion ; un groupe de personnes privilégiant l'intérêt commun et des relations fondées sur la justice ; un rapport communautaire semblable au rapport familial ; une conception unitaire entre la Nature et l'humain ; un groupe de personnes mobilisé par le devoir de soutien réciproque.

57. En vertu de son contenu, le *sumak kawsay* propose une réflexion profonde sur le pacte social conçu par la modernité occidentale⁸⁷, qui est un pacte délié de l'harmonie avec la Nature et où la production-consommation a pris le dessus sur des rapports éthiques réciproques. Selon A. Acosta, le *sumak kawsay* apparaît comme un paradigme d'orientation qui propose une critique des concepts de développement⁸⁸ et de croissance économique⁸⁹ et un nouvel ordre social et solidaire⁹⁰.

b- Le postmoderne *buen vivir*

58. De manière contemporaine, à partir du XXIème siècle, le relativisme culturel a réussi à se catalyser pour questionner la philosophie du droit. Il n'est pas question de refuser les acquis de l'Occident ni de se poser la question de leur utilité (qui est certainement prouvée), mais il s'agit plutôt d'octroyer une légitimité académique (de valeur équivalente) aux composantes fondamentales des cultures originaires de l'Amérique andine. La conséquence ne serait pas des moindres puisque cela impliquerait l'insertion des logiques ancestrales dans le droit, en brisant le monopole que le droit positif occidental a en Amérique depuis plusieurs siècles. Cette opération audacieuse, peut être qualifiée de romantique, mais de fait elle ne l'est pas si l'on tient compte qu'une grande partie de la population andine applique

⁸⁷ D. QUIROGA, « Sumak kawsai. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la Naturaleza », A. ACOSTA, E. MARTINEZ (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 104-105.

⁸⁸ Les soutiens du *sumak kawsay* sont souvent des critiques des théories du développement. Ces critiques se fondent sur le fait que les logiques du développement ont consolidé les inégalités sociales (entre personnes mais aussi entre Etats) ; les problèmes concernant l'environnement ; l'uniformisation de l'humanité ; la précarisation de la qualité de vie ; la concentration du pouvoir, ce qui peut provoquer de l'instabilité et renforcer les extrémismes : Voir en ce sens les réflexions d'A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, op. cit., pp. 134-152.

⁸⁹ R. BURNEO, *Derecho constitucional del Ecuador*, Quito, CEP, 2012, p. 34.

⁹⁰ A. ACOSTA, « Presentación », A. ACOSTA, E. MARTINEZ (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 14 et s.

ces principes dans la vie quotidienne⁹¹. Selon P. Yépez, ces concepts, tel que le *sumak kawsay*, se manifestent dans des circonstances telles que la naissance, le mariage, les funérailles, la construction des logements et les activités agricoles de semailles et de récolte, etc.⁹², c'est pourquoi ils influent sur la cohésion familiale, communautaire et sociale⁹³.

59. Pourtant, comme l'évoque A. Oviedo Freire, durant cinq cents ans les intellectuels latino-américains de gauche et de droite ont superposé tout simplement la philosophie occidentale au terrain américain. En ce sens, ils ont fait preuve d'une pensée profondément aliénée et anthropocentrique, sans l'insérer un minimum dans la conscience collective du peuple pour adapter ou recréer les théories fondatrices de l'Etat⁹⁴.

60. En ce sens, la notion de *buen vivir* est issue d'un phénomène doctrinal qui, d'une part, applique le relativisme culturel à la philosophie du droit ; mais qui d'autre part, du fait de sa récente réapparition⁹⁵, se voit contraint de l'adapter au contexte postmoderne. Par conséquent, le *buen vivir* officiel (celui des normes et doctrines postmodernes) n'est pas le *sumak kawsay* ancestral. En effet, le *buen vivir* se concilie et s'adapte d'emblée aux logiques occidentales, alors que le *sumak kawsay* englobe le contenu originel de la philosophie andine.

61. Une autre différence majeure entre ces deux notions consiste dans la langue, car la traduction de l'idée qui se cache derrière le mot « *sumak* » ne correspond pas exactement au mot « *buen* » en espagnol qui veut dire « bon » ou « bien » en français. En effet, la conscience andine ne conçoit pas la dichotomie manichéenne entre le bien et le mal. Par conséquent, l'utilisation de la formule espagnole « *buen vivir* » pour traduire l'idée andine de « *sumak kawsay* » découle d'une simplification comportant des inexactitudes⁹⁶.

⁹¹ Sous la forme de normes communautaires renforcées par une tradition orale ancienne, tel est le cas de la réciprocité (*ranti ranti*), du partage (*karanakuy*) et de la réunion (*tantanakuy*) : P. YÉPEZ MOROCHO, *La cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas*, Quito, Abya-Yala, 2015, p. 29.

⁹² *Ibid.*, p. 30.

⁹³ *Ibid.*, pp. 30-31.

⁹⁴ A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, op. cit., p. 155.

⁹⁵ Notamment depuis les débats politiques préparant les assemblées constituintes de 2008 en Equateur et de 2009 en Bolivie.

⁹⁶ A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, op. cit., p. 161.

62. Pourtant, il est indéniable que le *buen vivir* tire sa source du *sumak kawsay*, au sens où tous deux mobilisent l'idée d'harmonie entre pairs. Comme l'évoque A. Oviedo Freire, cette harmonie a sa source dans la réciprocité et la relation proportionnelle, ce qui mobilise donc inexorablement les principes andins de complémentarité et de réciprocité⁹⁷. Selon le constitutionnaliste R. Ávila Santamaría, le *buen vivir* est très lié aux droits sociaux vus depuis une perspective interculturelle. Le *buen vivir* serait donc la relation directe entre les droits et un modèle de développement alternatif, qui défendrait la dignité de la vie, loin du cumul des richesses et de la concurrence⁹⁸. Pour le constitutionnaliste R. Burneo le *buen vivir* se rapproche du bien commun, qui est le lien de soutien et de respect réciproque. Lorsque le bien commun caractérise les relations interpersonnelles on assiste à la formation de l'unité familiale, interfamiliale ou sociale, comme une sorte de conglomerat indissoluble qui poursuit un but commun⁹⁹.

III. Le phénomène de transposition de la réciprocité sociale andine dans le domaine du droit

63. Il est très important de signaler ici l'actualité en Amérique andine de l'*ayllu* et donc de la réciprocité ainsi que de la *minka*. En effet, bien que les colons espagnols aient bouleversé l'organisation économique et sociale inca, les pratiques de l'*ayllu* ont persisté et subsisté¹⁰⁰. Les communautés qui sont le plus éloignées des centres de pouvoir sont à la fois les plus pauvres et les plus imprégnées par les principes andins originels. Il n'est donc pas anodin de constater que dans les endroits où l'*ayllu* subsiste, il constitue le socle économique et social grâce au travail commun et solidaire de ses membres¹⁰¹.

64. Pourtant, on ne peut pas ignorer le fait que les nouveaux échanges engendrent de plus en plus un changement en ce qui concerne le statut social, le métier, les relations, ce qui a un impact sur les perceptions et l'interaction sociale et est à l'origine d'un renouvellement des valeurs¹⁰². A ce sujet, les recherches, menées en 1971 par J. Cotler et G. Alberti ont

⁹⁷ *Ibid.*, p. 159.

⁹⁸ R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición-CEDEC, 2012, p. 99.

⁹⁹ R. BURNEO, *Derecho constitucional del Ecuador*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁰ M. ROSTWOROWSKI, *Ensayos de historia andina I*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2006, p. 180.

¹⁰¹ H. CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, op. cit., p. 184.

¹⁰² G. ALBERTI et J. COTLER, *Aspectos sociales de la educación rural en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1972, p. 92.

abouti au constat que l'éducation avait un impact sur le changement des valeurs andines qui étaient remplacées par les idées individualistes et de consommation ; or, la solidarité sociale indigène n'était pas atteinte, à ce moment là, par ce phénomène de « modernisation »¹⁰³.

65. En 1967, l'Institut National de Planification (sous l'autorité de la Présidence de la République du Pérou) a élaboré une étude sur la réalité nationale péruvienne qui a déterminé l'existence d'une stratification sociale calquée sur les différences culturelles. Ce phénomène répond à des questions de différence matérielle, or, l'étude prévient que, dans le cas péruvien, cette stratification sociale dépend aussi de la multipolarité de la culture nationale : *« l'hétérogénéité culturelle détermine des secteurs sociaux qui vivent dans des contextes coutumiers, d'infrastructure et d'idées totalement différentes les uns des autres [...] avec peu ou aucune communication et interaction [entre] la culture côtière occidentalisée, les cultures traditionnelles andines répondant à une base quechua et aymara, et la culture des tribus amazoniennes qui se segmentent en une série de sous-cultures régionales ou locales. »*¹⁰⁴.

66. En ce sens, le Plan de développement économique et social de 1967-1970, décrit le fonctionnement de la solidarité sociale des cultures indigènes andines, comme un système fondé sur l'homogénéité sociale et culturelle, et basé sur des expériences qui déterminent des objectifs communs à chaque société locale ; ce qui se traduit par l'institution du travail commun (*minka, minga, faena*, coopération populaire, etc.), par l'aide mutuelle qui fonctionne principalement au sein de la famille étendue (*ayllu, ayni, uajate, uyai*)¹⁰⁵. Par ailleurs, au Pérou la culture nationale occidentalisée, fruit du métissage, répond à des caractéristiques totalement différentes de celles de la culture andine. Selon l'Institut National de Planification du Pérou, elle ne se fonde pas sur les similitudes sociales et culturelles ; au contraire, elle repose sur une différenciation et une division sociale du travail qui génère une dépendance des uns aux autres¹⁰⁶.

67. Un tel constat montre bien que même s'il est absent des territoires ruraux-indigènes, l'État contemporain andin est conscient qu'il existe une organisation de la solidarité sociale inhérente aux institutions coutumières. C'est pour cette raison que l'Institut National de

¹⁰³ *Ibid.*, p. 95.

¹⁰⁴ INSTITUTO NACIONAL DE PLANIFICACION, *Plan de desarrollo económico y social 1967-1970. Documento orientador*, Vol. 1, Lima, INP, 1967, pp. 99-100.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 117.

Planification péruvien soulignait que tout plan de développement en faveur des indigènes ne partirait pas du néant car il peut trouver appui sur des institutions, idées et valeurs locales¹⁰⁷.

68. De manière plus actuelle, depuis l'avènement du nouveau constitutionnalisme latino-américain et notamment depuis le processus constituant d'Equateur (2008), la question se pose de savoir si les principes philosophiques andins peuvent être à la source de droits. De façon plus concrète, il s'agit de savoir si le *buen vivir* peut être synonyme de droits sociaux. Suivant l'analyse de C. Silva Portero, si on tient compte de la classification des droits dans la Constitution équatorienne, les droits du *buen vivir* semblent remplacer les droits sociaux (notion désormais absente des catégories qui composent ladite Constitution). Par exemple, les droits à l'alimentation, à l'éducation, au logement s'insèrent dans la catégorie des droits du *buen vivir*¹⁰⁸. Cependant, bien qu'il soit semblable, le *buen vivir* prend en compte un paradigme philosophique alternatif¹⁰⁹ ce qui se traduit par un élargissement de la reconnaissance des droits à caractère social¹¹⁰. R. Avila Santamaría évoque par exemple le cas du droit à la santé qui, dans la tradition constitutionnelle, a été considéré comme garanti par le biais de la sécurité alimentaire et en eau, par l'encouragement à un environnement sain et par l'accès aux services de santé ; alors que le *buen vivir* implique des droits « autonomes » : ainsi le droit à l'eau dépasse le droit à la santé et est considéré comme un droit « autonome », il en va de même pour le droit à un environnement sain, etc.¹¹¹.

69. Il n'en demeure pas moins que la question de l'exigibilité de ces droits est difficile à résoudre dans la mesure où ils « impliquent une plus grande détermination judiciaire et un plus grand tact politique de la part de juges »¹¹². En effet, comment résoudre des affaires pour atteinte au droit au logement, à l'eau ou à la sécurité sociale universelle? « La façon la plus simple c'est de ne pas les résoudre, mais c'est aussi la plus perverse car elle dénature les droits, l'Etat de droit constitutionnel et la justice »¹¹³.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰⁸ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁹ A. Acosta, qui fut président de l'Assemblée constituante équatorienne en 2008, déclare que le *buen vivir* est une proposition issue de la périphérie, notamment du monde indigène : A. ACOSTA, *Le Buen Vivir. Pour imaginer d'autres mondes*, Paris, Les Editions Utopia, 2014, pp. 50 et s.

¹¹⁰ C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », *op. cit.*, pp. 151-152.

¹¹¹ R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, *op. cit.*, pp. 99-100.

¹¹² *Ibid.*, p. 216

¹¹³ *Ibid.*

70. Des conclusions préalables ressortent des réflexions précédentes. Tout d'abord que la solidarité, la réciprocité et donc le sous-bassement philosophique permettant l'avènement d'un système social existe au-delà de l'Occident. A partir de cette constatation on conçoit que le *sumak kawsay*, plus qu'une curiosité de l'anthropologie, se définisse comme un modèle social-solidaire alternatif à celui qui a été développé en Europe. Sans nier l'apport des idées sociales européennes en Amérique andine, il est indispensable de reconnaître que la pensée sociale andine contemporaine ne provient pas uniquement des théories de la République, ou du marxisme ou de la pensée chrétienne. En effet, la République, Marx et même la doctrine chrétienne apparaissent à un moment très récent de l'histoire andine (XIV^{ème} siècle), alors que des sociétés s'organisent dans cette région depuis plus de cinq mille ans, comme le montre l'existence de la civilisation Caral au Pérou.

71. Mais à l'image de ce qui se passe en l'Amérique andine où la pensée sociale contemporaine et républicaine est précédée d'idées issues de valeurs peu connus en droit positif, en Occident la pensée sociale républicaine est précédée par des idées issues des valeurs judéo-chrétiennes, à l'occurrence par la doctrine chrétienne.

Section 2 : La prépondérance européenne marquée par l'ascendant des idées chrétiennes sur la pensée sociale occidentale

72. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, les grands principes fondateurs de la politique sociale et les modalités de son organisation ne datent pas de la Révolution française. Selon D. Roman, ils trouveraient leur origine dans les principes posés sous l'ancien régime, entre l'ordre divin et l'ordre public, la Révolution ne les modifiant pas totalement¹¹⁴. Cela signifie que les idées chrétiennes ont eu une influence sur les origines de la pensée sociale occidentale, ce qui justifie l'intérêt de relever ici quelques éléments relatifs à l'histoire des idées « socio-chrétiennes ». Tout d'abord il sera important de rappeler succinctement que l'essor de la charité chrétienne advient à la suite d'un développement primitif de l'idée de solidarité chez les Romains (I). Une fois que ces jalons ont été posés en Occident, l'Église (qui jouera un rôle important dans le travail d'assistance aux pauvres) a eu légitimité pour développer ses théories socio-chrétiennes (II). On observera enfin, que ces théories auront un impact décroissant en Europe, du fait de la laïcisation de l'État ; pourtant, en Amérique

¹¹⁴ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, 2002, p. 29.

andine ces idées joueront un rôle parfois important sur le terrain juridico-politique contemporain (III).

I. Les conceptions romaines de la solidarité et leur influence sur la construction de la charité

73. Si les secours charitables se sont si bien répandus durant le Moyen Âge c'est parce que vers la fin de Antiquité s'est amorcé un tournant important qui a fortement légitimé les prémices de la cohésion sociale et du pouvoir de l'Église. En ce sens, S. Kerneis élabore une étude¹¹⁵ qui remonte aux débuts de la République, vers les années 450 av. J.C. pour expliquer qu'à cette période :

« Rome est en proie à une grave révolte. La plèbe, la masse inorganisée du peuple, lassée de l'arrogance des patriciens, fait sécession [...] Menenius Agrippa [élabore un discours dans le but de les raisonner, il] entend justifier la cohésion sociale en partant de l'image du corps. Rome est comme un corps avec ses différentes parties, sa tête, ses membres, son estomac. Naturellement les membres - les mains, les pieds - obéissent à la tête : la "plèbe" [...], doit obéir aux patriciens, tel Menenius. La cohésion sociale est "organique", elle n'a pas à être justifiée ni discutée, elle est "naturelle", supposée être l'expression d'une "loi" de la Nature»¹¹⁶.

74. En outre, S. Kerneis rappelle que la République et la citoyenneté constituent pour les Romains, des organisations politiques définies par le droit, or « ces règles [qui] déterminent la place de chacun au sein du corps politique [...] n'impliquent pas une redistribution des richesses. [Par conséquent,] la solidarité citoyenne ne relève pas de la Cité ». Pourtant, l'auteure évoque la pensée de Cicéron qui porte sur les formes de la solidarité à Rome.

« [L]a société humaine se présente sous la forme de trois cercles liés par des obligations qui les tiennent, on parlerait aujourd'hui de cercles de solidarité. Le premier était celui qui liait un individu à sa famille ; le deuxième celui qui associait

¹¹⁵ S. KERNEIS, « Solidarité contractuelle, solidarité organique. Éléments d'une histoire de la solidarité », O. SEUL et T. DAVULIS (éds./Hrsg), *La solidarité dans l'Union européenne. Solidarität in der Europäischen Union*, Bern, Peter Lang, 2012, pp. 41-57.

¹¹⁶ *Ibid.*

un "bonus vir" aux autres "boni viri"; le troisième celui qui définissait les obligations du citoyen à l'égard de sa Cité. Si l'appartenance à la Cité est [...] importante [c'est] parce que c'est là que le lien social est le plus fort et le plus noble, c'est à propos du deuxième cercle, celui qui rassemble les hommes de bien, que Cicéron emploie le terme "solidité". C'est entre les hommes de bien, à cause de l'amitié qui les relie, qu'existe la solidarité telle que nous la concevons aujourd'hui, celle qui, selon Cicéron, les incitera par exemple à se consentir mutuellement des prêts d'argent gratuitement ou à faible taux d'intérêt. [Par contre] la suffisance des nobles empêche toute solidarité effective avec le peuple ».

75. Chez les Romains, la solidarité civique était vécue à l'intérieur de la Cité, mais elle présentait deux caractéristiques, d'une part elle était transcendante¹¹⁷ et de l'autre, elle reposait davantage sur l'initiative privée (la famille par exemple¹¹⁸) que sur l'initiative publique. En effet, la Cité ne favorisait pas l'entraide ni la distribution des denrées alimentaires à la plèbe : « Comme beaucoup de cités antiques, Rome pratiquait l'évergétisme. C'est par la générosité d'un particulier au profit de sa cité et non par la fiscalité, que la fortune des riches était en partie redistribuée aux pauvres »¹¹⁹. Par ailleurs :

« la plèbe avait développé des structures horizontales de solidarité qui passaient par le regroupement en collèges. "Collegium" signifie ceux qui ont en commun une "lex". Le collègue est une association régie par une règle particulière. [...] Le regroupement en collèges permet, nous le voyons, de pallier le défaut d'entraide civique. Organisées autour du culte d'une divinité protectrice ou d'une profession, ces associations, comme plus tard les guildes médiévales ou les sociétés mutuelles ouvrières, organisaient des funérailles décentes pour les défunts ainsi que des banquets à date fixe, veillaient aux intérêts matériels de leurs membres, les secourant en cas d'extrême misère ou de maladie.

¹¹⁷ Dans son œuvre *De Legibus*, Cicéron explique que par analogie, si la loi est identique à la raison, et que la raison est commune aux hommes et aux dieux, alors la loi associe les hommes et les dieux dans une communauté de droit : J. ROUSSEL, *Aux racines de l'Europe Occidentale*, Lausanne, Editions l'Âge d'Homme, 1998, p. 172.

¹¹⁸ Le père de famille disposait de droits sur les membres de sa famille mais aussi d'obligations qui étaient tellement répandues et acceptées qu'elles furent codifiées. *Ibid.*, p. 174.

¹¹⁹ S. KERNEIS, « Solidarité contractuelle, solidarité organique. Éléments d'une histoire de la solidarité », *op. cit.*, pp. 41-57.

[...] Aux IVe et Ve siècle [...] se déploie un discours de la bienfaisance impériale. L'empereur veut être le grand évergète, le Pater de tous ses sujets, le grand justicier, prodigue en indulgence, protecteur des faibles, de la veuve, de l'orphelin. Ce discours est renforcé aux IVe et Ve siècles par le discours chrétien du pouvoir. Alors l'empereur se préoccupe de bienfaisance sociale, sinon de solidarité. Les évêques, qui reçoivent ses donations et celles de quelques pieux notables, sont censés relayer son action par des distributions de vivres aux pauvres.

Certains courants piétistes et monastiques vont plus loin en fondant des établissements pour les malades et les pauvres d'abord en Orient, puis en Occident¹²⁰. On n'invoque pas ici d'obligation solidaire, mais la « charité », à la fois grâce et amour qui pousse à la « bienfaisance » non plus seulement envers les gens « les plus honorables » (honestiores), mais, même et surtout, envers les faibles. S'il y a solidarité, elle est inégale.

Le discours impérial exalte une "cohésion organique" organisée par l'Etat. Il y a une sorte de correspondance entre la loi sociale "naturelle" qui organise – ou devrait organiser ... – la société humaine et les lois physiques qui organisent le monde. Mais cette affirmation naturaliste se fait aux dépens de la "solidarité" originelle, contractuelle et volontaire ; à quoi bon vouloir être uni puisque l'union est naturelle, organique ? Les volontés qui se manifesteraient ailleurs qu'à la tête du corps social ne peuvent qu'être "maladies", éléments cancérigènes que le pouvoir devra, chirurgicalement, opérer. La solidarité, si on doit encore lui donner ce nom, ne fonctionne plus que dans une structure centralisée, procédant à une redistribution très inégale au profit de sujets individualisés.

Plus la "cohésion organique" s'affirmait, plus la solidarité concrète s'affaiblissait. Et on sait comment l'Empire sera finalement débordé par les communautés tribales qui gravitaient à ses frontières, des sociétés qui, pour leur part, étaient organisées autour de véritables solidarités. Ce sont ces "nations" qui l'emporteront, remettant au

¹²⁰ En 369, est fondé près de Sébasté/Sivas le premier établissement pour les malades et les pauvres, « une autre cité aux portes de la cité » comme le dit un contemporain ; peu après, une création semblable à Césarée/Kayseri est l'œuvre de Basile, l'un des Pères de l'Eglise orientale, et l'exemple est suivi à Constantinople avant d'être repris un peu partout en Orient, puis en Occident à mesure que s'y développent les premiers groupements monastiques.

*premier plan la solidarité familiale, tandis que la défense des faibles, gens sans parenté, désormais animée par les évêques – au moins par les plus consciencieux d'entre eux –, deviendra l'affaire de l'Église. Sur la base de ces compromis entre la solidarité familiale, la charité chrétienne et un pouvoir limité, allaient naître les États-nations d'Europe. »*¹²¹.

II. L'essor des idées sociales de l'Église : la charité chrétienne

76. Selon la Bible, la charité est la plus grande de toutes les vertus¹²². Elle consiste à secourir les nécessiteux qu'ils soient proches ou non. En ce sens l'apôtre Lucas reprend l'histoire du bon samaritain racontée par Jésus qui évoque un voyageur qui se fait attaquer par des bandits qui le laissent nu et presque mort. Alors que des croyants passaient près de cet homme, ils ne s'attardèrent pas pour le secourir, jusqu'à l'arrivée d'un Samaritain qui a éprouvé de la compassion pour le blessé. Il s'est agenouillé auprès de lui, l'a soigné, l'a placé sur son âne pour le conduire à un endroit où il s'assura que l'homme se rétablirait¹²³.

77. La réciprocité avec Dieu est la motivation utilisée par le dogme catholique pour convaincre les croyants d'assister celui qui en a besoin. L'apôtre Matthieu dit en ce sens que lorsque l'on visite les malades et ceux qui se trouvent en prison c'est comme si on faisait des choses pour Dieu, car ce dernier a promis qu'en faisant ces choses les hommes hériteraient du paradis¹²⁴.

78. Faire siens les problèmes des autres, telle est l'idée principale de l'éthique sociale de l'Église. Dès lors, la charité est comprise par le catholicisme comme une obligation sociale et une responsabilité personnelle¹²⁵. C'est pour cette raisons que selon la doctrine thomiste, la justice sociale représente « une dette stricte envers le prochain »¹²⁶, de sorte que tout homme doit faire le nécessaire pour le bien commun étant donné que « chaque Homme n'est pas un être isolé mais un membre de la communauté humaine »¹²⁷. Sous le prisme du

¹²¹ S. KERNEIS, « Solidarité contractuelle, solidarité organique. Éléments d'une histoire de la solidarité », *op. cit.*, pp. 41-57.

¹²² *La Bible*, Moroni chapitre 7, versets 44-48; voir aussi Corinthiens chapitre 13; Nefi chapitre 26, verset 30.

¹²³ *Ibid.*, Lucas chapitre 10, versets 30-37.

¹²⁴ *Ibid.*, Matthieu chapitre 25, versets 34-46.

¹²⁵ G. LOBO MENDEZ, *El hombre y la política, teología de la comunidad política*, Madrid, Editorial del magisterio español, 1975, p. 109.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 110.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 111.

mysticisme religieux on retrouve quelques éléments communs aux notions d'humanisme et de solidarisme (qui apparaîtront respectivement au XIV^{ème} et vers la fin du XIX^{ème} siècle).

79. Contrairement à la pensée de l'Antiquité dans laquelle les pauvres ont une connotation négative, le christianisme a reconnu la dignité des pauvres ; bien au-delà de leur conférer un statut religieux et moral, l'Église a fait de la pauvreté un souci présent¹²⁸. Comme l'explique L. Larrère, « parler des pauvres et de l'Église au Moyen Âge, c'est [donc] étudier la façon dont l'Église prend en charge la pauvreté »¹²⁹. Dans la pratique, c'est l'Église qui a prêté assistance aux pauvres durant pratiquement tout le Moyen Âge. Il est possible de trouver un témoignage du rôle social de l'Église en France, où les normes mérovingiennes et carolingiennes en faveur des pauvres recommandaient aux évêques et aux monastères de prodiguer des secours¹³⁰. D. Roman rappelle en ce sens que « ce sont les seules paroisses qui font fonctionner de nombreux établissements de bienfaisance relevant des autorités ecclésiastiques [...] l'aumône est toujours présentée comme un devoir et le patrimoine du clergé est considéré comme devant être affecté aux pauvres »¹³¹.

80. A partir du XII^{ème} siècle, la perception de la misère change en Europe, il ne s'agit plus d'une situation glorieuse de communion avec Dieu (comme le rapportait l'histoire du bon Samaritain), elle se transforme en un état qui provoque des péchés : l'envie, le vol, la débauche, etc.¹³². En réalité la crainte de la misère est plus que morale, elle est d'ordre matérialiste au sens où l'on pense qu'elle menace la propriété privée¹³³. En partant de cette perception, le pouvoir royal français va s'emparer partiellement de l'assistance aux pauvres afin de préserver d'abord la sécurité publique, mais aussi la salubrité (empêcher la généralisation des maladies). Aidé par le contexte séculaire du grand Schisme de la fin du XIV^{ème} siècle et par les débuts du Gallicanisme, le pouvoir royal (qui désormais avait autorité sur l'Église) a pu intervenir dans la gestion des hôpitaux¹³⁴. Comme l'explique D. Roman, « dans le contexte général de la Renaissance, et sous l'influence des grands mouvements de pensée qui l'agitent, humanisme et Réforme, les fondements du secours

¹²⁸ C. LARRÈRE, « Montesquieu et les pauvres », *Cahiers d'économie politique*, 2010/2, n°59, p. 24.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 30.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ B. GEREMEK, *La potence ou la pitié, l'Europe et les pauvres du Moyen Age à nos jours*, Paris, Gallimard, 1990, p. 45.

¹³⁴ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 33.

aux indigents subissent une mutation. S'inscrivant moins exclusivement dans cette économie du salut théorisée par l'Église catholique, les mesures prises tendent autant au maintien d'un ordre public »¹³⁵.

81. A cet effet, C. Larrère se pose donc la question suivante : « la réflexion économique donne-t-elle un nouveau statut à la question de la pauvreté, en la sécularisant, ou tend-elle à la rendre secondaire, en la subordonnant à la question des richesses, qui ne sont plus tant ce qui s'oppose à la pauvreté que ce qui permet de la faire disparaître ? »¹³⁶. En effet, si la charité ne disparaît pas, elle commence à rencontrer des refus, notamment de la part des philosophes. Par exemple, Voltaire voit dans la charité une forme de légitimation du grand pouvoir de l'Église¹³⁷ ; Montesquieu croit que l'assistance, notamment aux malades, est une obligation de l'État¹³⁸, or sa critique semble paradoxalement libérale au regard des arguments en faveur de l'action étatique¹³⁹. Ces critiques portaient en germe le mouvement séculier qui se consoliderait avec la Révolution française. Cependant, toute l'Europe ne cède pas de la même façon au courant séculier, il est certain que la France, qui est au premier rang de la révolution libérale, refusera plus emphatiquement tout pouvoir et toute doctrine (même sociale) de l'Église, or l'histoire sera très différente en Italie, en Espagne ou dans les colonies espagnoles d'Amérique latine.

82. Vers la fin du XIX^{ème} siècle, les réflexions à propos du christianisme vont tenter de renverser la tendance négative à l'égard de ses doctrines. Il convient de rappeler que cette période sera marquée par les échecs de la révolution industrielle et par la dichotomie idéologique entre libéralisme et socialisme. Dans ce contexte, les deux courants les plus puissants du christianisme (le protestantisme et le catholicisme) développeront leurs doctrines. D'une part, le christianisme social s'est nourri du protestantisme, notamment sous la plume de Charles Gide, qui a créé, vers 1880, le « mouvement coopératif » sous l'impulsion de l'École de Nîmes. La conception de la coopération comme une forme de

¹³⁵ *Ibid.*, p. 34

¹³⁶ C. LARRÈRE, « Montesquieu et les pauvres », *op. cit.*, p. 28.

¹³⁷ VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV, Œuvres historiques*, NRF, la Pléiade, 1957, p. 996, D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁸ « C'est pour lors que l'État a besoin d'apporter un prompt secours, soit pour empêcher le peuple de souffrir, soit pour éviter qu'il ne se révolte : c'est dans ce cas qu'il faut des hôpitaux, ou quelque règlement équivalent, qui puisse prévenir cette misère » : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1993, livre XXIII, chapitre 29.

¹³⁹ C. LARRÈRE, « Montesquieu et les pauvres », *op. cit.*, p. 28.

solidarité, amène Gide à la considérer comme une troisième voie (d'économie sociale) entre le capitalisme et le socialisme. Ces réflexions porteront en germe la création, huit ans plus tard, de l'Association protestante pour l'étude pratique des questions sociales.

83. D'autre part, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, le catholicisme manifestera la volonté de former une doctrine (philosophique et juridique) portant davantage sur le social. Il faudra attendre l'encyclique *rerum novarum* de 1891, fruit d'un long processus de réflexion et d'un renouvellement générationnel de l'Église, pour voir se cristalliser, en tout cas de façon officielle, l'opposition aux privilèges et aux pouvoirs fondés sur la propriété ; l'encyclique rappelle ainsi que les biens économiques doivent servir à ceux qui en ont vraiment besoin, et que la propriété consiste uniquement en un pouvoir d'administration des choses¹⁴⁰.

84. Par le biais d'une critique des idéologies dominantes, le catholicisme social se présentera aussi comme une troisième voie face aux contradictions conceptuelles des courants de pensée individualiste et socialiste¹⁴¹. Ainsi, la sociologie catholique du franciscain Albéric Belliot affirme que l'individualisme et le socialisme sont incomplets pour résoudre la question sociale¹⁴².

85. Selon A. Belliot, d'une part, l'individualisme provoque des situations d'inégalité sociale fondées sur le rationalisme mercantiliste, le libéralisme et le capitalisme¹⁴³, qui dégénèrent en égoïsme matérialiste et une insistance sur la sécurité impérative de la propriété privée. D'autre part, le socialisme se différencie du libéralisme car les socialistes renoncent à la primauté de l'individuel et le remplacent par l'idée d'« association ». C'est à travers cette idée que le socialisme tente de faire face aux défis que pose la question sociale. Jusqu'ici on peut observer une forte ressemblance avec le christianisme. Néanmoins, selon les penseurs chrétiens, le socialisme commet l'erreur de tomber dans le matérialisme ; puisqu'il finit par traduire son idée d'association par l'absolutisme de la propriété collective¹⁴⁴. Cela engendre certainement un climat de sécurité matérielle, mais pas forcément de bonheur ; en ce sens A. Belliot se demande si « les hommes réussissent à vivre, [...] vivent-ils heureux ? »¹⁴⁵. Il

¹⁴⁰ P. BIGO, *La Iglesia y el Tercer Mundo*, Salamanca, Sígueme, 1975, p. 204.

¹⁴¹ Durant tout le XX^{ème} siècle, « la démocratie chrétienne reposera sur le postulat qu'elle représente une troisième voie intermédiaire entre les mouvements conservateurs et réformistes ou révolutionnaires »: J. COMBLIN, *Teología de la Revolución*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1973, p. 98 (traduction libre de l'espagnol).

¹⁴² A. BELLIOU, *Manuel de sociologie catholique*, op. cit., p. 4.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 49-65.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 66.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 4.

considère en ce sens que le problème est que le socialisme « prend la force au lieu de l'amour pour fondement de l'association humaine. »¹⁴⁶.

86. Contrairement à la propriété ou à l'association (qui sont tangibles car ils constituent des faits sociaux et des manifestations juridiques), l'amour est exclusivement composé d'émotions. Il est clair que l'amour est donc difficilement saisissable pour fonder le droit (et le droit social). Pourtant, la composante émotionnelle de l'amour devient le socle de l'action morale de sacrifice et de dévouement. Néanmoins, la doctrine spiritualiste et chrétienne va contribuer à l'existence d'un droit chrétien en avançant l'idée selon laquelle le véritable fondement du droit est le devoir ; et que le droit social est fondé sur le suprême devoir de la charité surnaturelle¹⁴⁷.

87. Comme le rappelle J. Comblin, la doctrine sociale de l'Église constitue un phénomène bien déterminé dans l'histoire du catholicisme. Il ne faut pas la confondre avec l'éthique sociale ou avec le message social de l'Église qui ont toujours existé¹⁴⁸, il s'agit plutôt d'une pensée nouvelle qui débute avec le *rerum novarum* (1891) et atteint son apogée avec le *populorum progressio* (1967)¹⁴⁹. Cette nouvelle pensée dispose d'un projet qui se diffuse sur les plans économique, philosophique, juridique et politique. C'est la raison pour laquelle les thèses catholiques vont finir par se transformer tout d'abord en groupes politisés, sous la forme de ligues électorales pour la défense des intérêts de l'Église (objectif spirituel).

88. Cependant, étant donné que la domination exercée par l'Église durant le Moyen Âge n'était plus possible, il fut nécessaire d'avoir une politique sociale (objectif temporel)¹⁵⁰. Celle-ci se caractérisait par la défense des institutions sociales catholiques, notamment dans les domaines de l'enseignement et la santé, qui furent dès lors les principaux centres de préoccupations de ces nouveaux mouvements politiques¹⁵¹. C'est le travail de J. Maritain qui va mettre en exergue cette stratégie, d'abord en France puis en Europe occidentale et enfin en Amérique latine. En effet, au moment historique où le socialisme gagnait les cercles intellectuels latino-américains, J. Maritain insiste sur la légitimité du message catholique

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 99.

¹⁴⁸ La doctrine sociale de l'Église emprunte des principes fondamentaux à l'éthique sociale chrétienne, or, elle adopte des positions plus contestataires en matière de propriété. Voir en ce sens: A. MANARANCHE, *Y a-t-il une éthique sociale chrétienne*, Paris, Seuil, 1969, 256 p.

¹⁴⁹ J. COMBLIN, *Teología de la Revolución*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 96.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 91-92.

pour influencer les doctrines sociales latino-américaines et faire apparaître les idées politiques catholiques comme une alternative viable afin de faire face à la question sociale¹⁵².

89. La pensée chrétienne fut influencée par deux idées ayant vu le jour à l'époque de l'après-guerre¹⁵³ : premièrement selon laquelle la pauvreté est la conséquence des structures injustes de la société, et deuxièmement, que les pauvres peuvent être les agents de transformation de leurs vies et de la société. Le fondateur de ce Centre, le prêtre dominicain L.-J. Lebret, parvint à la conclusion que le problème de la pauvreté étant structurel, l'assistance et la charité ne suffisaient pas. Il est important de signaler la visite que fit Lebret au Pérou en 1958 afin d'analyser le problème des *barriadas* (quartiers de fortune dans les périphéries des villes), et qui eut une grande influence sur les intellectuels progressistes péruviens¹⁵⁴. Fort des idées de Lebret, un secteur de l'Église péruvienne proposa de jouer un rôle dans la transformation des structures de pouvoir au profit des pauvres et nécessiteux, s'inscrivant aussi dans la ligne idéologique de la théologie de la libération¹⁵⁵.

90. Pourtant, durant les années qui ont suivi, la doctrine sociale de l'Église s'est limitée à rendre sensibles les chrétiens, sans réussir le pari de transformer les structures d'oppression¹⁵⁶. En effet, la bourgeoisie chrétienne manifesta une importante sensibilité pour la sphère privée (familiale), or cela ne se traduit pas par le même degré de sensibilité et de compromis avec la sphère sociale (nationale)¹⁵⁷. C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles dans les sociétés chrétiennes, la solidarité opère davantage dans le cercle familial, alors qu'à l'échelon national on admet tout au plus la philanthropie et la charité.

¹⁵² O. COMPAGNON, *Jacques Maritain et l'Amérique du Sud, le modèle malgré lui*, Lille, Presses universitaires du septentrion, 2003, pp. 34-35 et 76-77.

¹⁵³ Ces idées sont issues du « Centre économie humaine » de Marseille.

¹⁵⁴ J. KLAIBER, « La Iglesia y la marginalidad en el Perú y América Latina del siglo XVI al XXI », C. ROSAS LAURO (éd.), *La marginación en el Perú Siglos XVI a XXI*, Lima, PUCP, 2011, p. 177.

¹⁵⁵ R. PALACIOS RODRÍGUEZ, « Estado y política », J. VALDIZAN, F. ARMAS et al., *El Perú Republicano 1821-2011*, Lima, Universidad de Lima, 2012, pp. 341-342 ; la théologie de la libération est un mouvement intellectuel catholique qui a connu un grand essor en Amérique latine. Cette théologie cherche dans la foi chrétienne et dans l'Évangile, l'inspiration pour lutter contre la pauvreté, dans le but de libérer l'Homme. On dépasse donc l'épistémologie rationaliste qui se contente de comprendre la théologie à travers les méditations théoriques, au lieu d'entrer dans une communion intégrale avec la cause, c'est-à-dire dans une implication du corps et de l'âme : M. CONCHA MALO, « Teología de la liberación », N. BOBBIO, N. MATTEUCCI et G. PASQUINO, *Diccionario de Política*, México, Siglo veintiuno editores, 2008, p. 1558.

¹⁵⁶ V. ARAYA, *Fe cristiana y Marxismo*, op. cit., pp. 122-123.

¹⁵⁷ J. COMBLIN, *Teología de la Revolución*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1973, p. 305.

91. En outre, en ce qui concerne le cas spécifique de l'Amérique latine, la doctrine sociale chrétienne a commis l'erreur de l'ethnocentrisme intellectuel, ce qui eut trois conséquences. Premièrement, elle ne concentrera pas son attention sur les nécessités du Tiers Monde, alors qu'il devrait être le principal destinataire de ces théories¹⁵⁸ ; deuxièmement, elle valorisera le colonialisme¹⁵⁹ ; troisièmement, elle ira à contre-courant des idées assimilées au progressisme latino-américain, comme par exemple le nationalisme¹⁶⁰.

III. La (non) transposition des idées socio-chrétiennes dans le spectre politique contemporain

92. De manière inégale, en Europe occidentale les idées socio-chrétiennes ont joué un rôle plus actif dans les Etats de tradition catholique. Le cas d'étude le plus utile est celui de l'Espagne, qui était gouvernée par une monarchie très imprégnée par le catholicisme¹⁶¹, ce qui avait une incidence sur l'Amérique hispanique et notamment sur les vice-royautés du Pérou et du Mexique. Dans le cas péruvien, à l'image de l'Europe, il n'était donc pas rare d'observer que l'assistance aux pauvres et les hospices étaient organisés par l'Église catholique, cela même après l'indépendance et l'instauration de la République¹⁶².

93. Le cas de la France s'avérait cependant paradoxal car selon une perspective, il existait une forte opposition à l'Église mais depuis une autre perspective, le travail social de l'Église demeurait important pour la société et pour l'État de l'Ancien Régime qui trouvait un avantage à ce que l'Église assiste les pauvres.

¹⁵⁸ V. ARAYA, *Fe cristiana y Marxismo*, op. cit., p. 122-123.

¹⁵⁹ « Mais, tout en reconnaissant les méfaits d'un certain colonialisme et de ses séquences, il faut en même temps rendre hommage aux qualités et aux réalisations des colonisateurs qui, en tant que régions déshéritées, ont apporté leur science et leur technique et laissé des fruits heureux de leur présence. Si incomplètes qu'elles soient, les structures établies demeurent, qui ont fait reculer l'ignorance et la maladie, établi des communications bénéfiques et amélioré les conditions d'existence. » PAPE PAUL VI. « *Populorum Progressio*. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Paul VI sur le développement des peuples », 1967, paragraphe n° 7.

¹⁶⁰ *Ibid.*, paragraphe n° 62.

¹⁶¹ Durant tout le XIX^{ème} siècle, la monarchie espagnole était très influencée par la chrétienté à tel point que les juristes considéraient que durant la période de la Constitution de Cadix (1812), la religion constituait l'un des freins au pouvoir royal, au même titre que les lois fondamentales du royaume : J.-C. ALLI ARANGUREN, « Navarra en el debate constitucional de Cadiz », *Revista Jurídica de Navarra*, n° 57/2014, p. 177.

¹⁶² Dans le cas de la Lima coloniale, l'assistance était soutenue par la foi chrétienne, par exemple dans le cas de la santé, les religieux ont d'abord construit des entités pour leurs congrégations, puis cette assistance fut étendue aux pauvres. Se reporter à de nombreux exemples compilés par : J.-M. CORDOVA URRUTIA, *Estadística histórica, geográfica, industrial y comercial de las provincias del Departamento de Lima*, Lima, Imprenta de Instrucción Primaria, 1839, pp. 52, 57, 67 et ss.

94. Après 1789 on se rend compte que d'une part, la Révolution française ne modifie pas totalement la gestion de l'assistance publique, ni les principes qui la conçoivent¹⁶³. En effet, D. Roman signale que « la question de l'assistance sous la période révolutionnaire qui s'étend de 1789 à l'an III marque un très net contraste entre la richesse de la construction doctrinale et la faiblesse des réalisations juridiques »¹⁶⁴. D'autre part, le phénomène de séparation de l'Église et de l'Etat influence en grande partie l'imperméabilité de l'Etat aux idées politiques imprégnées de religion. Il ne faut pas oublier que c'est bien ce processus politique français qui contribuera dans une grande mesure au phénomène d'affaiblissement social des institutions religieuses, c'est-à-dire à la sécularisation de la société moderne¹⁶⁵.

95. En ce sens, la France sera vraisemblablement la première à accepter la nécessité d'une réponse séculière à la question sociale. En effet, la philosophie et le droit républicain tenteront de construire un chemin de réponse laïque à la question sociale. On s'appuiera sur la théorie *contractualiste* ou sur celle *assurantielle* ; en reprenant par exemple l'idée de Leibnitz selon laquelle l'assurance est un instrument de justice, ou celle de Hobbes d'après lequel l'État joue un rôle de réducteur d'incertitudes¹⁶⁶.

96. Durant les différentes périodes républicaines françaises, l'influence des mouvements politiques socio-chrétiens sera limitée. Une telle situation diffère de celle de l'Amérique andine où les idées chrétiennes constitueront un courant idéologique influent, uniquement devancé par le libéralisme, le marxisme et l'indigénisme (voire par l'aprisme¹⁶⁷ au Pérou) ; la démocratie chrétienne et la social-démocratie occuperont en ce sens une place dans le spectre politique et participeront, avec leurs idées, à l'organisation du social¹⁶⁸.

97. Néanmoins, toutes les factions idéologiques du catholicisme n'ont pas œuvré en faveur des droits sociaux. Il convient donc de distinguer le social-christianisme de la démocratie chrétienne. En ce sens, l'étude de J. Comblin révèle par exemple que la démocratie chrétienne apparaît au sein des partis conservateurs européens, comme une minorité

¹⁶³ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté, op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶⁵ H. LÜBBE, C. BERNER, «La sécularisation ou l'affaiblissement social des institutions religieuses», *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 2/1995, p. 165.

¹⁶⁶ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale: Repenser l'Etat providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 18.

¹⁶⁷ L'aprisme désigne le parti Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), qui est un parti politique péruvien fondé en 1924 et qui est membre de l'international socialiste.

¹⁶⁸ H. BÉJAR, «Los movimientos sociales y los partidos políticos desde 1930 hasta 1968: su significación en terminos de participación popular», C. FRANCO, *El Perú de Velasco, Vol. III*, Lima, CEDEP, 1983, p. 190.

d'opposition face à l'aile ultra-conservatrice de la majorité. Il n'en demeure pas moins que les chrétiens-démocrates ont promu des réformes, sans manifester trop de différences par rapport aux partis socialistes ou aux partis des travailleurs européens. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre Mondiale que les mouvements chrétiens d'Allemagne, de Belgique et des Pays-Bas devinrent clairement une « droite illustrée » après avoir vaincu le fascisme. Le cas français est cependant assez particulier car la démocratie chrétienne disparaît après la Seconde Guerre Mondiale, tout comme au Chili quelques années plus tard, faute d'avoir un programme politique qui la différencie dans le spectre politique¹⁶⁹.

98. Dans d'autres États latino-américains les idées chrétiennes des partis de la démocratie chrétienne réussissent à introduire des variables dynamiques dans l'exsangue spectre formé par les partis traditionnels de la classe moyenne¹⁷⁰. Ainsi, la démocratie chrétienne s'installe (inégalement) en Amérique latine : en 1938 au Chili est fondée la *Falange Nacional* avant de se transformer en *Partido Democracia Cristiana*, qui remporte les élections de 1964 ; au Venezuela, est fondé, en 1946, le *Partido Social Cristiano* qui arrive au pouvoir, en 1968 ; au Brésil, au Mexique ou en Argentine, les espaces politiques ne laissent pas d'espace aux idées chrétiennes ; au Pérou est créé en 1955, le *Partido Democrata Cristiano*¹⁷¹ qui n'a jamais pu gouverner mais qui soutint des mouvements progressistes et prêta un appui critique au gouvernement socialiste de J. Velasco Alvarado, dès 1968. De ces observations, on peut conclure à l'hétérogénéité de la démocratie chrétienne qui répond, selon le pays et le contexte, aux courants tantôt conservateurs, tantôt libéraux, tantôt progressistes.

99. A l'époque contemporaine, on ne peut pas affirmer que l'État français ait repris les idées du christianisme social pour construire son système de droits sociaux ; il a plutôt laissé les efforts idéologiques d'Albéric Belliot et de Charles Gide entre les mains d'initiatives associatives ou privées qui œuvrent en faveur de la charité ou de certains types de coopérativismes. On ne peut pas nier que depuis les années quatre-vingt-dix l'Église développe une critique de la financiarisation et de la marchandisation dans une perspective de justice sociale¹⁷², or cela ne se traduit pas forcément en France dans le discours d'un groupe politique chrétien. Par conséquent, dans le spectre politique français du XXIème

¹⁶⁹ J. COMBLIN, *Teología de la Revolución, op. cit.*, pp. 96-100

¹⁷⁰ V. ARAYA, *Fe cristiana y Marxismo*, San José, Editorial Territorio, 1974, p. 172.

¹⁷¹ P. RICHARD, *La fuerza espiritual de la iglesia de los pobres*, San José, Departamento Ecueménico de investigaciones, 1987, p. 179.

¹⁷² L. OBADIA, *La marchandisation de Dieu. L'économie religieuse*, Paris, CNRS Éditions, 2013, pp. 13, 56, 99, 133 et ss.

siècle, le seul vestige visible des idées chrétiennes est loin du social-christianisme ; on le retrouve plutôt du côté de la démocratie chrétienne conservatrice (attachée aux valeurs familiales traditionnelles et s'opposant au libéralisme économique¹⁷³, mais sans programme important en matière de droits sociaux).

100. Concernant cette question de l'influence des idées chrétiennes en Europe, le cas français diffère de celui espagnol, car durant le XXème et le début du XXIème siècle, l'Église et l'État espagnol ont connu une alternance de périodes d'étroite relation et de moments de refus, voire de persécutions (notamment sous la dictature de Franco). Du point de vue juridique, l'influence chrétienne a été de plus en plus restreinte. En effet, les facteurs qui rendent impossible la *juridicité* des idées religieuses deviennent de plus en plus évidents, comme l'explique en 1920 le juriste espagnol Fernando de los Ríos, à travers la plume du constitutionnaliste G. Peces-Barba : « L'Église se *juridicise* [or] il est impossible que l'Église catholique donne satisfaction aux âmes désireuses et aux esprits qui [...] vivent le religieux dans la sphère [...] du sentimental. Le catholicisme est de moins en moins religieux et de plus en plus théologique, il est dogme, concept, [...] et tout ça, c'est quelque chose de mort, sans puissance. »¹⁷⁴. Par le biais de ce raisonnement les juristes espagnols renoncent définitivement à croire que les bonnes intentions religieuses doivent se transposer en droit ; car le dogme s'avère dangereux étant donné qu'il n'évolue pas et n'admet pas de critique, ce qui va à l'encontre de l'idée de science juridique ou de *droit vivant*.

101. Il n'en demeure pas moins que la gauche politique espagnole admet, après une longue tradition de méfiance, la validité des idées sociales de l'Église. En 1967, alors que le Parti Socialiste Ouvrier Espagnol (PSOE) était en exil, son XXIIème Congrès élaborait une déclaration sur l'Église qui demeure toujours d'actualité dans la mesure où les socialistes espagnols hébergent encore aujourd'hui des cellules politiques socio-chrétiennes. Cette déclaration marque une distance par rapport au ton et aux propos tenus par l'encyclique *Nobis et Nobiscum* du Pape Pie IX qui, publiée un an après le Manifeste Communiste, condamne les ouvriers et les autres personnes inférieures à cause de leur souhait d'une nouvelle société qui viole tous les droits humains et divins. Cependant, elle présente des

¹⁷³ Voir l'interview croisée entre J.-F. POISSON et H. MARITON, *Famille Chrétienne*, n°2000/2016, pp. 16-20.

¹⁷⁴ G. PECES-BARBA, « Religión y Estado en Fernando de los Ríos » *PSOE. Grupo Federal Cristianos Socialistas*. (Consulté le 14 juin 2016, <http://web.psoe.es/cristianos/docs/51319/page/religion-estado-fernando-los-rios.html>.) Traduction libre de l'espagnol.

similitudes avec les idées sociales de l'Église à partir de l'encyclique *Populorum Progressio*, du Pape Paul VI, selon laquelle l'Église se met au service des Hommes¹⁷⁵.

102. Ladite déclaration du PSOE reconnaît que l'Église a pris conscience des questions sociales avec un certain retard et en manifestant des préjugés vis-à-vis de la classe travailleuse, dont les membres sont présentés comme paresseux, rebelles, jaloux des biens d'autrui ; mais admet aussi qu'elle critique les capitalistes catholiques, qui ne montrent guère de charité chrétienne. Selon le PSOE, Pie XI, en plein essor de l'URSS distingue, réussit à comprendre, dans l'encyclique *Quadragesimo Anno*, la différence entre « le parti de la violence ou communisme » et « le parti modéré qui a conservé le nom de socialisme ». Or, c'est depuis le Concile Vatican II que l'inimitié entre l'Église et le socialisme disparaît, car le catholicisme renonce à demeurer complice d'injustices et s'engage à aider les nécessiteux¹⁷⁶.

103. Au Pérou, on retrouve des positions similaires à celles de l'Espagne dans la mesure où le cadre républicain, non-séculaire, ne refuse pas la pénétration d'idées et de conceptions religieuses pour fonder le droit. C'est ainsi que le spectre politique péruvien retrouve une présence active des chrétiens, notamment durant la seconde moitié du XXème siècle avec le Parti Démocrate-Chrétien, qui apparaît comme une alternative face aux communistes et aux capitalistes, mais qui, faute de soutien électoral, ne réussit jamais à influencer le cadre normatif. En 1966, est fondé le Parti Populaire Chrétien (PPC), qui se réclame de la doctrine socio-chrétienne ; c'est-à-dire de l'humanisme chrétien exercé dans un Etat de droit social qui considère aussi bien les libertés publiques que la justice sociale afin de gommer les déséquilibres sociaux qui empêchent le bien-être et le développement de la société dans son intégralité¹⁷⁷. Ses adeptes admettent aussi bien le principe de solidarité (compris comme « l'identification avec les personnes en état de nécessité [ce qui entraîne] la prestation d'aide nécessaire pour couvrir totalement ou partiellement ses nécessités »¹⁷⁸) ; et le principe de subsidiarité (qui détermine que « l'entité majeure ne fasse pas ce que peut faire l'entité mineure. Que l'État ne fasse pas ce que peut faire la famille [...] que l'État ne fasse pas ce

¹⁷⁵ PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, « Declaración sobre la Iglesia del XXIII Congreso del PSOE (1967) », 15 août 1967, point n°2.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ PARTIDO POPULAR CRISTIANO, « Doctrina. El ABC del Social Cristianismo », PPC. (Consulté le 6 juin 2016, <http://ppc.pe/el-partido/doctrina/>.)

¹⁷⁸ *Ibid.*

que peut faire le secteur privé. »¹⁷⁹). D'un côté, la solidarité semble les rapprocher des idées républicaines de fraternité ; d'un autre, le concept de subsidiarité, semble les rapprocher des idées économiquement libérales qui cherchent à réduire le plus possible l'action de l'État, en faveur du *laissez faire* le privé. Il ne faut donc pas s'étonner que la doctrine socio-chrétienne péruvienne ne soit pas davantage liée à la gauche politique, puisqu'en effet, elle préfère attribuer une responsabilité sociale à l'entreprise et à la famille (chose étonnante) plutôt que de croire au rôle social de l'État, ou plus largement de la collectivité.

104. Vers la fin du XXème siècle, le PPC réussira à faire ce que les Démocrates Chrétiens n'ont pas pu réaliser : former un groupe solide au Parlement et donc peaufiner la constitution de certaines normes avec des conceptions chrétiennes. Néanmoins, le principe de subsidiarité de leur doctrine prit le dessus sur leur principe de solidarité. Par conséquent, leur impact sera moindre au niveau des droits et des politiques sociales, notamment depuis que ce parti a réussi alliance avec le Parti Renovation Nationale -PRN (conservateur catholique et partisan de la charité, mais très opposé à toute idée de redistribution économique ou d'État régulateur).

105. Cependant, lors du débat constituant péruvien de 1993, la doctrine socio-chrétienne a joué un rôle important. En effet, comme conséquence de l'échec d'un gouvernement (1985-1990) auto-proclamé socialiste, et après la chute du Mur de Berlin, les théories du marxisme étaient amoindries au Pérou, ce qui n'a pas tardé à se traduire par des défaites électorales pour la gauche. L'Assemblée Constituante péruvienne de 1993 à forte composante libérale, délégitima donc tout type de droit social proposé par les constituants de la gauche politique. C'est à ce moment-là que le social-christianisme est apparu comme un recours idéologique pour tenter de freiner une volonté d'ultra-libéralisation de l'économie sans précédents dans l'histoire péruvienne :

« Il existe trois positions économiques globales [...] le socialisme qui est la position que vous confondez souvent avec d'autres, en est l'extrême du côté gauche. Le conservatisme, que vous représentez bien, est l'extrême à droite. Mais il existe une

¹⁷⁹ *Ibid.*

position au milieu qui s'appelle socio-christianisme, qui postule une réforme et un changement social dans un système d'économie sociale de marché »¹⁸⁰.

106. Par conséquent, les élus du PPC et surtout ses semblables du PRN, ont œuvré pour que les encycliques papales *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Divine Redentori* et *Populorum Progressio* influencent le débat constituant de 1993, notamment sur les questions sociales, telles que le droit à la propriété¹⁸¹.

¹⁸⁰ Intervention du Constituant C. Ferrero Costa répondant au Président de séance : CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (CCD), *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*. T. IV, Lima, Diario de los debates, 1993, p. 2110.

¹⁸¹ CCD, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, Lima, Diario de los debates, 1993, p. 1953.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

107. Bien avant l'apparition des droits sociaux, les courants de pensée pré-républicains ont posé les jalons permettant la conceptualisation du social. En ce sens, le solidarisme ou le socialisme n'ont certainement pas le monopôle idéologique du social, mais ils conservent le monopôle juridique de ce qui a été transposé comme principe de type social. Force est de constater qu'en Europe occidentale, les doctrines chrétiennes ont longtemps développé la question du soutien de son prochain. Mais ce soutien se veut ponctuel, volontaire et fondé une abstraction : l'amour de Dieu. Simples palliatifs métaphysiques face à la gravité des problèmes sociaux, les doctrines chrétiennes vont pourtant trouver écho au sein du spectre politique notamment en Espagne et en Amérique latine. Ce qui a signifié que dans une certaine mesure les normes consacrées au social ont bénéficié d'arguments issus des idées chrétiennes pour renforcer leur légitimité.

108. En Amérique andine deux éléments interpellent en matière d'idées sociales pré-républicaines : d'abord l'influence occidentale issue des idées chrétiennes (de nos jours bien plus ancrée qu'en Europe) ; puis le fait que les idées et pratiques sociales issues d'un passé précolonial (le *sumak kawsay*) n'aient pas réussi à se traduire en droits sociaux ou du moins en philosophie du droit (alors même que les idées chrétiennes ont suivi ce chemin). Seul les cas très récents de l'Équateur et de la Bolivie font figure d'exception ; car les principes de *sumak kawsay* et de *Pachamama* ont été constitutionnalisés. Cependant, cette reconnaissance demeure encore déclarative car dans le cas équatorien la doctrine semble encore mal comprendre et mal se saisir des idées sociales issues du passé indigène. La doctrine semble plus vouée à confondre les droits sociaux avec le *sumak kawsay*, alors que cette dernière prône une intégralité entre différentes générations de droits de l'Homme, parmi lesquels figurent le droits sociaux.

CHAPITRE 2

Les courants de pensée influant au développement contemporain des droits sociaux

109. L'évolution des droits sociaux se fonde sur des doctrines qui sont toutes assez contemporaines car développées essentiellement à la fin du XIX^{ème} siècle et au cours du XX^{ème} siècle. Cependant, même si une prédominance doctrinale européenne est à remarquer (à savoir que les doctrinales sociales européennes trouvent leur source en Europe et que cette même source est l'inspiration des doctrines sociales en Amérique andine), il faut signaler que les notions et doctrines européennes sont comprises de façon différente en Europe et en Amérique andine. L'exemple de la France et du Pérou sera ici emblématique car il nous permettra de révéler que le duo fraternité et solidarité, qui évoque l'union et l'interdépendance entre semblables¹⁸², ne fut pas source de droits sociaux en Amérique andine et notamment au Pérou (pôle du pouvoir de la région andine), alors qu'en Europe ces deux notions font partie des piliers du modèle d'Etat social, notamment en France (Section 1).

110. Un phénomène inverse est constitué par la notion de nationalisme, qui en Europe est justement rejetée car elle renvoie à une idée de domination d'une nation excluant ou anéantissant les autres, alors qu'en Amérique andine et notamment au Pérou ou en Bolivie, la notion de nationalisme cherche, au contraire, à créer une unité sociale par-delà les divisions ethniques, linguistiques et religieuses¹⁸³, constituant ainsi le moteur d'une société de réciprocités de droits et devoirs, et donc de droits sociaux (Section 2). De façon plus récente cependant les idées politiques du social se sont mondialisées, trouvant leur source pour la plupart en Europe. Tel est le cas de la social-démocratie, qui constitue un des socles doctrinaux de la question sociale. Pourtant sa perte de vitesse, empêche, de façon contemporaine, une franche évolution des droits sociaux (Section 3).

¹⁸² Voir en ce sens la démonstration fondatrice de L. Bourgeois sur les rapports de dépendance réciproque entre les membres de la société : L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1902, pp. 45 et s. ; Se reporter aussi aux réflexions de R. Castel, qui énonce qu'« une société de semblables est une société [...] dont tous les membres peuvent entretenir des relations d'interdépendance parce qu'ils disposent d'un fond de ressources communes et de droits communs » : R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Editions du Seuil, 2003, p. 34.

¹⁸³ J.-L. CHABOT, *Le nationalisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 99.

Section 1) La fraternité et la solidarité : des courants français de construction de la cohésion sociale

111. C'est une évidence que le mot « social » fait partie intégrante de la notion de « droits sociaux », il rappelle, en ce sens, certainement une énumération de droits à prestation¹⁸⁴ ayant une fonction d'insertion et de prévention de l'exclusion¹⁸⁵. Mais surtout, ce mot fait allusion de façon claire à la société. Bien entendu il serait évident, et donc inutile, d'avancer ici que les droits sociaux ne sont pas les seuls droits de la société, puisque la notion de droit (et dans ce cas de « droits ») induit déjà à l'existence d'une société organisée où s'exerce le droit. Or la notion « sociale » désigne un attribut additionnel à la société, autre que son simple caractère organisé. Elle signale certainement un intérêt général à vivre ensemble, et donc à agir par le biais de mécanismes de prestations mutuelles. Ainsi, il serait logique de croire que si le droit est un conglomérat de règles propres à une société organisée, les droits sociaux constituent un conglomérat de règles propres à une société organisée dont les membres ont construit des liens particuliers leur permettant de s'octroyer mutuellement des prestations dans le but de prévenir l'exclusion des membres de la société.

112. Il est bien connu que la société existe parce qu'il y a une union de volontés, ce phénomène est schématisé sous la forme supposée d'un contrat social tacite où le sacrifice des libertés naturelles de chacun a lieu pour faire naître une entité collective puissante : l'Etat. Certes, cette entité collective confisque les libertés naturelles des individus, mais elle le fait pour s'assurer des pouvoirs en mesure de garantir la sécurité du plein exercice des libertés qui restent entre les mains des individus. Le propre du contrat social imaginé par Rousseau consiste à organiser un groupe d'individus pour former une société de libertés en égalité.

113. C'est-à-dire que, lorsque l'individu cède à l'Etat sa liberté naturelle, il ne peut plus tout faire librement, pourtant la liberté qu'il conserve sera identique à celle de chaque membre de la société. Par conséquent tous les individus ont les mêmes droits à agir en société et aussi les mêmes devoirs de respect envers la société. C'est pourquoi on observe

¹⁸⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux: Éléments de définition », *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, p. 16.

¹⁸⁵ Voir P. GUIBENTIF et D. ROMAN, entrée « Droits sociaux », *Dictionnaire de la globalisation*, A.-J. ARNAUD (dir.), Paris, LGDJ, 2010, pp. 179 et s.

que le contrat social rousseauiste est certainement une question de libertés, mais qu'il s'agit aussi d'une question d'égalité. En effet, ce contrat appelle à une union de volontés (et donc d'individualités) où chacun doit renoncer à une partie de son individualité pour créer le collectif (c'est-à-dire l'union sociale ou le contrat social).

114. Or, pour se distinguer de la soumission sociale (fruit de l'autoritarisme, du despotisme et d'autres individualismes exacerbés), le contrat social doit rendre bénéfice à toutes les parties qui le conforment : ce qui fait appel à la notion d'égalité. C'est en ce sens que Rousseau prend garde d'énoncer que « la condition [du contrat social] est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres.¹⁸⁶ » Autrement dit, le contrat social ou l'union sociale constituent un pacte entre égaux. Ainsi, pour parvenir à l'union sociale, il est indispensable premièrement, que les individus soient égaux, mais aussi, deuxièmement, qu'ils se considèrent égaux. Le premier est un élément objectif et juridique (l'égalité en droits) ; tandis que le second est un élément subjectif de sentiment collectif (la fraternité), qui dépend en grande mesure de l'effectivité de l'élément juridique.

115. Ceci découle en une double implication. Tout d'abord, cette idée de pacte ou d'union entre égaux est constituée grâce au sentiment de fraternité (conçue comme l'union entre individus qui se reconnaissent) qui paraît être le fondement de l'égalité et de la liberté¹⁸⁷. Même si selon M. Borgetto, les constituants français en 1789 n'ont jamais établi ce lien, certainement afin d'appuyer le fait que la liberté et l'égalité ne sont pas dues aux individus parce qu'ils sont frères mais parce qu'ils sont Hommes¹⁸⁸, en claire allusion à l'universalité en dépit du communautarisme¹⁸⁹. L'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui évoque que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux [...] » sera d'ailleurs assez clair en ce sens. En second lieu, c'est autour de la reconnaissance commune des valeurs de liberté et d'égalité, chez ceux qui luttent contre la tyrannie et l'oppression, que se forme le sentiment fraternel. Il s'agit donc tout d'abord d'un sentiment propre aux

¹⁸⁶ J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, p. 52.

¹⁸⁷ Voir les réflexions in A. GUZZO, *La moralità*, vol. 2, Morcelliana, 1947, p. 92.

¹⁸⁸ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 55.

¹⁸⁹ Il faut se reporter aussi à l'influence de l'universalisme de Voltaire, notamment au chapitre XXII de son œuvre : VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Paris, GF Flammarion, 1989, pp. 137-140

patriotes¹⁹⁰ qui partagent un idéal semblable de société (ce qui est paradoxal face à l'universalisme proclamé à l'article 1^{er} de la DDHC). Ce qui renvoie aux sentiments ressentis en deux contextes historiques différents : chez les révolutionnaires français, et chez les indépendantistes andins (motivés et influencés par l'effervescence des idées politiques des Lumières en Europe).

116. La fraternité, comme notion assez développée en France, semble être un sentiment induisant à l'union entre égaux et à la cohésion sociale ce qui pose les jalons d'un système de réciprocités et de droits sociaux (I). Car à partir de cette notion se construit un cadre social de production et d'application du droit et des solidarités (II). Or l'étude du cadre précité s'avère aussi déterminante pour connaître les différents schémas de cohésion existant tant en France comme au Pérou, ce qui aidera à mieux comprendre les chemins d'évolution distincts des droits sociaux sur ces deux terrains (III).

I- Le développement de la cohésion sociale à travers la prise en compte du sentiment de fraternité

117. Plus qu'un mot ou une notion métaphysique, la fraternité constitue un sentiment à partir duquel apparaissent des synergies transformant un simple groupe de personnes en société. Il semble donc indispensable d'étudier cette notion de par son utilité pour l'union entre les semblables (A), or il paraît aussi nécessaire d'observer que ce sentiment bien développé en France, trouvera des difficultés structurelles pour se rendre opératif au Pérou (B).

A) La fraternité : un sentiment laïc faisant appel à « l'union entre semblables »¹⁹¹

118. La fraternité, qui est une notion très présente dans l'étude des Institutions en France, a sûrement vu son analyse la plus prolifique dans le célèbre ouvrage de M. Borgetto. Celui-ci commence par expliquer que la définition de la notion de fraternité est complexe et

¹⁹⁰ « La Patrie est posée par les jacobins comme ne pouvant exister que là où le peuple est souverain. » M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 69.

¹⁹¹ La formule, ainsi que la plupart des idées de ce paragraphe sont extraites de l'œuvre de M. Borgetto. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., pp. 3 et s.

difficilement saisissable parce qu'il s'agit d'un sentiment¹⁹² laïque, faisant appel à l'aspect émotionnel¹⁹³ qui est d'une part peu étudié par les sciences juridiques et, d'autre part, pourvu d'un subjectivisme qui le rend aléatoire. Pourtant la fraternité est une notion véritablement fondatrice du droit, car elle est à la base de la compréhension du « lien social » qui définit à la société comme « ensemble d'individus organisés par des liens de type fonctionnel »¹⁹⁴. Il va sans dire que le lien social, qui permet à un groupe éparse d'individus de s'unir autour d'un même projet collectif, sous le même droit et avec une reconnaissance réciproque des mêmes droits, constitue une condition *sine qua non* pour comprendre comment naissent l'obligation et le devoir d'assistance, secours et soutien envers autrui, et comment se justifie l'existence des droits sociaux.

119. La fraternité – « comme lien qui unit les semblables¹⁹⁵ » - unit les personnes en fonction d'éléments d'identité commune, ce n'est que lorsque cette identité commune est déterminée que se déclenchent des droits et des devoirs envers les semblables. Cela voudrait dire qu'à l'image de deux frères qui se reconnaissent par leur origine commune et/ou par leur histoire commune, les membres d'une même société s'identifieraient par des éléments d'appartenance commune, en fonction desquelles ils se reconnaîtraient des droits, parmi lesquels figurent les droits sociaux. Ainsi, plus qu'un mythe fondateur, la fraternité constitue le socle conceptuel sur lequel se construit une société, régie par l'égalité entre ses membres, un droit commun et des responsabilités sociales envers les plus démunis. Faisant allusion au lien qui unit, l'altérité inhérente au sentiment de fraternité est objectivement en mesure de supposer que le lien social n'existe pas uniquement en circonstances de santé, d'abondance matérielle et de jeunesse, mais aussi dans un contexte de maladie, de pauvreté et de vieillesse. En somme, la fraternité suppose doublement, d'une part, une reconnaissance de droits entre semblables et, d'autre part, des mécanismes pour empêcher l'exclusion du frère le plus faible.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ « [...] la relation fraternelle [...] trouverait son origine dans [...] l'amour de l'égalité et de l'autre comme égal » C. HAROCHE, « La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIIIème siècle », in *La Solidarité: un sentiment Républicain?*, Amiens, PUF, 1992, p. 15.

¹⁹⁴ O. NAY, entrée « société », *Lexique de Science Politique*, O. NAY (dir.), 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 526.

¹⁹⁵ Au début de sa thèse M. Borgetto définit la notion clef de fraternité, pour ce faire il reprend diverses sources qui désignent la fraternité comme étant un lien d'union entre frères ou semblables, qui sans être issus des mêmes parents se donnent réciproquement cette qualité. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 3.

120. Aussi, un des apports fondamentaux de la notion de fraternité au droit consiste au renoncement aux idées de compassion et de pitié exploitées par les doctrines chrétiennes en vertu de la charité fraternelle, et jadis constitutives des actions de type social envers les plus démunis. Même si elle est difficilement saisissable, la fraternité n'est pas vouée à un traitement métaphysique ou théologique, comme à ces débuts. Bien au contraire, lorsqu'elle se développe en France dans un cadre postrévolutionnaire et républicain, le droit et les sciences politiques octroient à la fraternité un caractère organique du corps social¹⁹⁶. Ainsi, la portée sociale de la fraternité se laïcise au même moment que les principes républicains réussissent à créer des obligations contraignantes pour assister autrui, là où avant il n'existait qu'un simple devoir d'entraide que Burlamaqui qualifie d' « obligation imparfaite et non vigoureuse »¹⁹⁷.

121. L'évolution de la fraternité qui a lieu en France laïcise donc l'idée de fratrie et dès lors, la notion de fraternité devient essentielle pour comprendre une société établissant des mécanismes de protection réciproque, entendons par là protection civile (sécurité en liberté), mais aussi protection sociale (droits sociaux). En ce sens, la thèse de M. Borgetto postule que la fraternité, élément constituant la devise française, est indissociable de la revendication et de l'avènement politiques d'une parfaite liberté et égalité¹⁹⁸, découlant en seconde instance sur l'édiction de mesures d'assistance et de solidarité¹⁹⁹.

122. En effet, la fraternité constitue le sentiment d'appartenance à un commun dénominateur qui lie (solidement) les membres de la société s'obligeant à se venir au secours mutuellement. Créant alors un sens civique qui oblige ses membres à respecter une norme commune, mais surtout, et c'est ce qui nous intéresse ici, à un devoir de réciprocité sociale²⁰⁰ : la solidarité. Ainsi, selon J. Chevallier, la solidarité se présente comme un élément d'interdépendance constitutive du social car « il n'y a pas de société, et plus généralement de groupe social concevable sans conscience d'appartenance et sans

¹⁹⁶ M. OZOUF, *L'homme régénéré*. Paris: Gallimard, 1989, p. 9.

¹⁹⁷ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, Paris, Barillot et fils, 1747, p. 135.

¹⁹⁸ M. BORGETTO, *La devise « Liberté, Egalité, Fraternité »*, Paris, PUF, 1997, pp. 12 et s.

¹⁹⁹ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, pp. 17 et s.

²⁰⁰ V. en ce sens C. HAROCHE, « La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIIIème siècle », in *La Solidarité: un sentiment Républicain?*, *op. cit.*, p. 24.

dépassement des particularismes individuels ; la solidarité n'est que l'autre nom de la sociabilité [...] active et positive »²⁰¹.

B) Un sentiment inopérant au Pérou mais effectif en France

123. A partir de la notion de fraternité on perçoit plus son implication sur une forme de citoyenneté qui considère des devoirs et des droits civils et politiques entre les citoyens, mais qui n'implique pas, ou très peu, des devoirs et des droits sociaux. C'est sur ce constat imprécis et pas nécessairement juste qu'il faut signaler l'existence d'une réelle différence entre la France révolutionnaire et l'Amérique andine indépendantiste, notamment au Pérou (chef-lieu austral du vaste empire colonial espagnol) vis-à-vis des idées sociales. Dans le cas de la France révolutionnaire, tout d'abord, un groupe à l'Assemblée Nationale constitué par le Comité de Mendicité tenta, sans succès, d'établir des devoirs d'assistance envers les pauvres et démunis dès 1790²⁰². Attitude différente à celle du Pérou où « après l'indépendance exista un grand vide au niveau de la santé et l'assistance sociale. »²⁰³. En effet, bien que le discours des indépendantistes soit celui d'une ouverture fraternelle envers les patriotes, la réalité est différente. Nouvellement créée, le Pérou avait gagné son indépendance de l'Espagne, mais n'avait plus d'administration ce qui provoqua une sorte de chaos révélé par le manque d'autorité et d'ordre entre des communautés (indiennes, noires, blanches, métisses)²⁰⁴.

124. Face à la réalité péruvienne, la France, forte d'une identité collective alimentée par des liens anciens renouvelés par le patriotisme et les valeurs de la République, a pu organiser sa société après la Révolution par le biais d'une nouvelle administration. Ainsi, lorsque les questions liées aux plus pauvres furent soulevées dès 1790, des droits sociaux ne

²⁰¹ J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », in *La solidarité: un sentiment Républicain?*, Amiens, Presses universitaires de France, 1992, p. 111.

²⁰² Né à la suite du débat organisé à l'Assemblée le 21 janvier 1790 afin de soulager la misère à Paris, le Comité de Mendicité présidé par La Rochefoucault-Liliancourt, tentera d'obliger l'Assemblée à reconnaître ses obligations envers citoyens malades, invalides et indigents sur le fondement d'un droit humain fondamental conçu sous la forme de dette que la nation a envers ses citoyens. A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*. Paris: Perrin, 1986, pp. 53-54 et 62-63.

²⁰³ J. KLAIBER, « La Iglesia y la marginalidad en el Perú y América Latina del siglo XVI al XXI », *La marginación en el Perú Siglos XVI a XXI*, C. Rosas Lauro (éd.), Lima, PUCP, 2011, p. 172 (traduction libre de l'espagnol).

²⁰⁴ A. FLORES GALINDO, « República sin ciudadanos », *Obras Completas III, Buscando un Inca: identidad y utopía en los Andes*, Lima, Fundación Andina & SUR Casa de Estudios del Socialismo, 2005, p. 245 et s.; J. COTLER, *Clases, estado y nación en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978, pp. 68 et s.

prospérèrent certainement pas mais en tout cas il fut aisé de proclamer les secours sociaux (alors que leur effectivité s'avérera un échec). Situation qui se distingue bien de celle du Pérou où les distinctions, notamment ethniques et culturelles, à l'intérieur de frontières nouvellement constituées, ont empêché toute construction d'identité collective, et par conséquent de tout sentiment de fraternité. Ainsi, bien que les discours d'unité et le sentiment patriotique indépendantiste aient été hautement proclamés, selon J. Cotler, le manque d'identité collective met à mal le sentiment de solidarité nationale entre groupes ethniques et classes sociales²⁰⁵. Dès lors s'il est difficile de penser à l'application du droit dans une société fragmentée et sans fraternité, alors il sera encore plus difficile de voir prospérer le droit des pauvres sans une véritable cohésion du groupe social qui compose l'Etat.

II- Le développement conceptuel des droits sociaux par la prise en compte de la notion de solidarité

125. La solidarité est sûrement l'un des principaux piliers conceptuels menant à l'évolution des droits sociaux, cependant de façon contemporaine il aura fallu que cette notion se construise dans un contexte républicain, impulsé notamment en France (A), c'est pourquoi cette notion est appréhendée de façon différente par le système juridique français et péruvien qui retient une toute autre acception de la solidarité (B).

A) De la fraternité patriotique à la solidarité républicaine

126. La fraternité est historiquement liée au sentiment d'appartenance et donc à la patrie²⁰⁶. En France, les valeurs patriotiques seront fortement liées au sentiment de fraternité tout d'abord par l'adhésion aux acquis de la Révolution de 1789²⁰⁷ (notamment par les jacobins²⁰⁸). Concrètement il sera rappelé que la construction d'une nouvelle société aux valeurs patriotiques est ancrée autour de la liberté et de l'égalité.

²⁰⁵ J. COTLER, *Clases, estado y nación en el Perú*, op. cit. p. 18.

²⁰⁶ Voir l'exemple donné par A. PHILONENKO, *Schopenhauer. Un philosophe de la tragédie*, Paris, Vrin, 1999, p. 144.

²⁰⁷ BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit, p. 72.

²⁰⁸ Ceux qu'ils nomment « nos frères » ceux sont les citoyens tellement fidèles aux valeurs républicaines qu'ils sont prêts à « maintenir la liberté et l'égalité ou [à] mourir en les défendant. ». Journal des débats et de la correspondance de la Société des Amis de la Constitution, Correspondance n° 107, 22 septembre 1792, p. 448.

Dans le cas de l'Amérique du Sud le lien entre patriotisme et fraternité opérera aussi, mais il interviendra vers le début du XIX^{ème} siècle poussé par les courants indépendantistes, et trouvant sa source, d'une part, sur les principes républicains importés d'Europe et, d'autre part, sur un constat d'appartenance à une culture commune²⁰⁹ propre à l'Amérique colonisée. En d'autres termes, la fratrie qui découle du sentiment de fraternité désigne, dans un premier temps, au groupe de personnes unies autour des idées républicaines patriotiques qui à ce moment constituaient le pan essentiel de la révolution politique. Le cadre d'application de la fraternité étant défini sous la forme du patriotisme, cela impliquait une organisation sous la forme citoyenne. C'est-à-dire impliquant une association juridique de devoirs et de droits civils et politiques entre les citoyens²¹⁰, mais n'impliquant pas, ou très peu, des devoirs et des droits sociaux pour les citoyens les plus démunis de la fratrie patriotique.

127. Ce n'est que bien plus tard que la conceptualisation de la fraternité se détachera de l'idée patriotique pour désigner le lien social, en autonomie de toute autre acception. Ce long processus d'évolution théorique et doctrinal se développa en France, et sera rendu juridique notamment par le biais la Constitution de la Deuxième République (1848), sur une interprétation nouvelle de la fraternité²¹¹, dépassant ainsi l'idée d'un contrat social traditionnellement connu comme un pacte de droits civiques et politiques, pour lui ajouter un contenu social, ce qui revient, selon J.-M. Pontier, à humaniser les principes de liberté et d'égalité²¹². *In*

Voir aussi M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

²⁰⁹ Parmi les premières déclarations d'indépendance en Amérique du Sud, l'acte fondateur de la République du Venezuela relève le lien entre les valeurs républicaines et le sentiment patriotique de fraternité : « [Les peuples opprimés] unis avec nous par des liens de sang, de langue et de religion, ont souffert les mêmes maux [...] en reconnaissant notre indépendance absolue de [l'Espagne] et de toute autre domination étrangère, [nous souhaitons qu'ils] nous aident à la conserver avec leur vie, leur fortune et leur opinion, les déclarant et les reconnaissant (comme à toutes leurs autres nations) en guerre ennemis, et en paix, amis, frères et compatriotes ». *Acte d'indépendance du Venezuela*, 5 juillet 1811 (traduction libre de l'espagnol).

²¹⁰ La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et les premières Constitutions des Etats d'Amérique du Sud constituent un catalogue des droits libéraux inspirant les mouvements de Révolution et Indépendance respectivement.

²¹¹ « La République doit protéger le citoyen dans sa personne [...] et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler. » Paragraphe VIII, alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution française de 1848.

²¹² J.-M. PONTIER, « Solidarité nationale et indemnisation », *Revue du droit public*, n° 5, 2013, p. 1100.

fine cela veut dire que l'exigence républicaine de fraternité « implique [désormais] que chacun se porte vers les autres, soit soucieux d'eux, et vienne en aide à ceux qui sont dans le besoin [...] exigence morale qui découle de ce vouloir vivre en commun impliqué par l'existence de la nation »²¹³.

128. Il est évident dans ces circonstances que la révolution de 1848 s'est servi de la fraternité pour légitimer les idées sociales de la nouvelle République (d'instruction gratuite, de droit au travail, d'assistance) en l'interprétant comme une communauté d'obligations entre les citoyens, membres de la fratrie. En d'autres termes, la République constitue en la nation un groupe où tous les citoyens sont frères²¹⁴. Cependant, la Deuxième République et ses acquis ne résisteront pas longtemps au poids de l'histoire, et il faudra attendre la Troisième République et la fin du XIX^{ème} siècle pour que resurgisse l'idée de « communauté » d'obligations envers les plus démunis. C'est sous la plume de L. Bourgeois qu'apparaîtra le cadre fondateur de l'Etat social à la française : le solidarisme, autour de la notion clef de solidarité. Cette dernière - qui finit en effet par être plus utilisée que la fraternité - rappelle la solidité de l'union intime entre les membres de la société, dès lors elle traduit, nous dit M. Borgetto, un comportement qui implique un certain nombre de devoirs d'assistance en cas de besoin²¹⁵.

129. La solidarité – variante ou composante de la notion de fraternité²¹⁶ - deviendra le mot socle des revendications de justice et de recherche d'un rééquilibrage, sous-jacent à l'égalité, entre les plus fortunés et les plus démunis²¹⁷ après les excès du libéralisme du XIX^{ème} siècle. La transition du discours de fraternité vers celui de solidarité consiste à ce qu'avant si « nous étions frères il s'ensuivait logiquement que nous étions tous ou que nous devions

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ « [...] Vous qui aimez le peuple, n'attendez pas plusieurs jours pour lui venir en aide [...] sa situation est pressante, que la faim n'admet pas de retard, que la faim repousse le provisoire, [...] parce que ce n'est pas seulement l'intérêt du pauvre, c'est l'intérêt du riche. Oui, tous les intérêts sont solidaires [...] c'est que tous les citoyens sont frères ; c'est qu'il faut instituer précisément les choses de manière que cette fraternité qui jusqu'ici n'a été qu'un mot, soit enfin une chose [...] » : L. BLANC, « Discours du 9 septembre 1848 », E. CARREY, *Recueil complet des actes du Gouvernement provisoire*, Paris, Auguste Durand, 1848, pp. 124 et s. ; « [...] au lieu du pouvoir d'un seul le pouvoir de tous. Au lieu du privilège d'une famille, le droit de la nation où tous les citoyens sont frères » LEDRU-ROLLIN, « Discours du 9 septembre 1848 », *Recueil complet des actes du Gouvernement provisoire*, E. CARREY, *op. cit.*, pp. 621 et s.

²¹⁵ V. les réflexions sur la transition et les liens entre fraternité et solidarité, ainsi que les définitions de cette dernière : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, pp. 11 et s.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁷ J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *Revue du droit public*, 1983, pp. 899 et s.

tous nous montrer solidaires [désormais] nous sommes tous objectivement solidaires les uns les autres et [...] cette solidarité est bénéfique à tous il s'en suit logiquement que nous devons tous développer cette solidarité, condition nécessaire à l'avènement et à la réalisation effective de la fraternité²¹⁸ ».

130. Encore une fois, cette évolution se produit en France, et l'abandon – du moins partiel – de la notion de fraternité s'explique selon M. Borgetto par quatre raisons : l'usure politique du terme ; le rejet de ses origines chrétiennes durant un siècle anticlérical ; la vocation de la fraternité à nier la lutte des classes alors en vogue chez le courant socialiste de 1848 ; et par l'attitude passive de la fraternité qui ne se *juridicisera* jamais²¹⁹. Dès lors, le solidarisme, deviendra la doctrine politique de l'Etat social à dominance en France, réussissant à retourner complètement l'ancienne problématique qui consistait à partir des droits individuels pour expliquer le fait social, pour partir plutôt du fait social pour expliquer et rendre compte de l'individu²²⁰. M. Borgetto nous dit en ce sens que « là où c'était le Politique qui justifiait et informait sur ce que devait être le Social, c'était désormais le Social qui justifiait et informait sur ce que devait être le Politique²²¹ ». S'adressant tout d'abord aux travailleurs et aux pauvres, elle développera le droit du travail pour les premiers et des subsides et de l'assistance pour les seconds²²². C'est ainsi que grâce à la doctrine solidariste, la législation ouvrière et les grandes lois d'assistance naissent et se développent²²³ durant toute la IIIème République (1875-1940), mais aussi bien après elle lorsque le solidarisme cristallise « la *République sociale*, pan essentiel de la *mytho-motricité* républicaine française »²²⁴. Se mettant en œuvre, plus que se théorisant de façon abstraite – ce qui était

²¹⁸ M. BORGETTO, « Aux origines de la solidarité: la fraternité républicaine », *Eloge de la fraternité. Pratique des solidarités*, A. DELBOND (dir.), Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 41-42.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 42.

²²⁰ « [...] il y a entre chacun des individus et tous les autres un lien nécessaire de solidarité, c'est l'étude exacte des causes, des conditions et des limites de cette solidarité qui seule pourra donner la mesure des droits et des devoirs de chacun envers tous et de tous envers chacun, et qui assurera les conclusions scientifiques et morales du problème social » : L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 1902, p. 15.

²²¹ M. BORGETTO, « Aux origines de la solidarité: la fraternité républicaine », *op. cit.*, p. 41.

²²² ²²² D. ROMAN, « L'Etat de droit social en France », C. GONZALEZ-PALACIOS, M. TIRARD et T. RENSMANN (éd.), *Université d'été tri-nationale et trilingue franco-germano-péruvienne: Démocratie et Etat de droit*, Lima, Ambassade de France au Pérou, 2013, p. 156.

²²³ J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », *La solidarité: un sentiment Républicain?*, Amiens, Presses universitaires de France, 1992, p. 113.

²²⁴ O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2, 2008, pp. 1148-1149.

le cas des idées et théories sociales jusqu'alors – le solidarisme va créer une véritable atténuation du libéralisme²²⁵, notamment sur son volet économique.

131. Cependant, il faut tout de même relativiser la portée révolutionnaire du solidarisme pour deux raisons. Premièrement, si le solidarisme bouleverse les paramètres économiques, en instaurant la fin du monopole du libéralisme économique, il ne peut pas être considéré comme révolutionnaire du point de vue politico-institutionnel puisqu'il ne vise pas à prendre le pouvoir pour le changer. Bien au contraire, le solidarisme vise une stabilisation des institutions républicaines, un peu à l'image de la fraternité qui vient au soutien des principes républicains de liberté et d'égalité.

132. En second lieu, si le solidarisme et sa notion clef (la solidarité) ont une portée assez forte chez le politique, il est paradoxal que leur activation, c'est-à-dire leur traduction en termes de politiques sociales, se fait par paliers parfois assez espacés, ou de façon assez tardive et timide²²⁶. C'est notamment le cas des indigents qui ne sont pas en situation de handicap. Cette catégorie de personnes a obtenu, cinquante ans après l'apparition du solidarisme, de façon uniquement déclarative « le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »²²⁷. Et, alors que la création de la Sécurité sociale était supposée supprimer l'indigence, il faudra attendre encore quatre décennies, en 1988 pour rendre ce droit effectif par le biais du Revenu Minimum d'Insertion, RMI²²⁸ (l'ancêtre du Revenu de Solidarité Active, RSA). Il peut donc être constaté que, faute d'être révolutionnaire, l'évolution que véhicule le solidarisme peut s'avérer très lente et partiellement inefficace en France. Or bien que d'imparfaite effectivité, la solidarité marque au moins le droit rappelant à l'Etat et aux membres du contrat social leur responsabilité sociale, ce qui diffère fort avec le Pérou et l'Amérique andine où la notion de solidarité n'est pas utilisée pour ces fins, étant confondue avec d'autres acceptions du mot ou, dans le meilleur des cas renvoyant à d'autres types de solidarité, non nationales mais plutôt familiales ou villageoises.

²²⁵ D. ROMAN, « L'Etat de droit social en France », *op. cit.*, p. 156.

²²⁶ M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité: d'hier à aujourd'hui », *Droit social*, n° 11, 2009, p. 1044-1045.

²²⁷ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, § 11.

²²⁸ Cette réflexion est tirée de : M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité: d'hier à aujourd'hui », *Droit social*, n° 11, 2009, p. 1045.

B) Une différente compréhension de la solidarité entre la France et l'Amérique andine

133. Le Pérou inclut la notion de solidarité dans sa Constitution dès 1920²²⁹, et confère à la « solidarité humaine » le caractère de ciment de l'ordre social en 1979²³⁰, avant de voir disparaître cette référence dans la Constitution de 1993, toujours en vigueur. Une unique mention de la solidarité est faite aujourd'hui à l'article 14 qui énonce que « L'éducation [...] prépare pour la vie et le travail et encourage la solidarité ». Cette utilisation de la solidarité par le constituant péruvien est curieuse et mérite d'être étudiée pour rendre compte qu'elle diffère de la définition française, et qu'elle est éloignée de la doctrine solidariste. En effet, la solidarité est comprise par le constituant tout au plus comme étant un principe atténuant l'individualisme²³¹. Or la plupart du temps la lecture qui est faite de la notion laisse de côté la potentielle dimension sociale de la solidarité pour être comprise comme un principe éthique quelconque²³², voire comme un axe propre à la vertu chrétienne²³³ ou aux liens d'amitié internationaux²³⁴.

134. Concernant la vision chrétienne de la solidarité, il faut préciser qu'elle n'est pas exclusive du Pérou. Dès la fin des années soixante-dix, dans divers Etats andins, les partisans catholiques de la théologie de la libération s'emparèrent de cette notion, en Colombie pour la théoriser comme une atténuation du libéralisme ouvrant des perspectives

²²⁹ « L'Etat reconnaît et encourage les institutions de prévision, de solidarité sociale [...] qui aient pour objet d'améliorer les conditions des classes populaires » : *Constitution pour la République du Pérou*, 1920, art. 56 (traduction libre de l'espagnol).

²³⁰ « [...] l'ordre social se cimenter sur le bien commun et la solidarité nationale. » : Préambule de la Constitution du Pérou, 1979, al. 5 (traduction libre de l'espagnol).

²³¹ En suggérant l'inclusion du mot solidarité dans l'article 14 de la Constitution portant sur le rôle de l'éducation « Le principe de solidarité est très important pour que les gens, dès qu'ils commencent à être éduqués, se rendent compte que notre principal ennemi, en tant qu'être humains, est l'égoïsme ; et la lutte contre cela commence par la promotion de l'esprit de solidarité » : Allocution de C. Ferrero Costa, *Debate Constitucional - 1993*, vol. 2, Lima, Congreso de la República, 1993, p. 1035 (traduction libre de l'espagnol).

²³² « [...] si on fait allusion à la solidarité, ma question serait : pourquoi ne pas insister aussi sur les valeurs des autres vertus, comme la sincérité, l'assiduité, l'honnêteté, etcétera ? » : Allocution de R. Rey, *Debate Constitucional - 1993*, vol. 2, Lima, Congreso de la República, 1993, p. 1037 (traduction libre de l'espagnol).

²³³ « Je [propose] une formule [pour le nouvel article 14 de la Constitution] *La formation éthique et civique selon les principes chrétiens de solidarité est obligatoire durant tout le parcours éducatif*. Je pense qu'il convient de faire mention aux principes chrétiens : d'abord parce qu'ils sont en phase avec la grande majorité de notre population ; et en second lieu, parce que les principes chrétiens de solidarité ont une validité universelle, non ?, dans n'importe quelle autre religion. Aimez-vous les uns aux autres » : Allocution d'E. Chirinos Soto, *Debate Constitucional - 1993*, vol. 2, Lima, Congreso de la República, 1993, p. 1037 (traduction libre de l'espagnol).

²³⁴ La solidarité est comprise comme un pan de l'intégration latinoaméricaine par la Constituante G. Helfer, *Ibid.*, p. 1038. Cette vision n'est pas isolée, bien au contraire, la plupart de la doctrine sudaméricaine du XX^e siècle lie la solidarité avec un sentiment de soutien international notamment par rapport aux mouvements populaires à Cuba, au Nicaragua et au Chili.

pour une nouvelle voie des droits de l'Homme destinée aux pauvres²³⁵, au Chili, pour mettre en pratique des ateliers de travail dirigés aux chômeurs d'une communauté²³⁶.

135. Au Pérou le seul cas où la notion de solidarité implique clairement des droits sociaux n'est pas dans la Constitution ni dans la loi, mais dans une ordonnance municipale de 2006 émanant de la mairie métropolitaine de Lima qui crée le Système Métropolitain de Solidarité (SISOL)²³⁷. Ce dispositif universel n'est autre qu'un réseau de centres de santé de prise en charge ambulatoire. Les statuts du SISOL ne spécifient nullement la signification du mot solidarité, mais le financement du dispositif donne des éléments pour le qualifier ainsi. En effet le budget du SISOL est créé par une attribution annuelle depuis le budget ordinaire de la mairie de Lima, qui à son tour obtient ses ressources des impôts locaux que les habitants de la ville payent. De façon corollaire, le patient du SISOL paye symboliquement par acte ou médicament acheté toujours un montant similaire, à l'image du prix fixe d'un ticket modérateur. Loin de la protection corporatiste (où les garanties s'appliquent qu'à ceux qui sont dans la capacité d'apporter à un fond), le financement du SISOL provient d'un fond commun à tous les habitants de la ville, abondé par ceux qui sont en capacité de payer les impôts locaux, mais bénéficiant aux habitants de façon universelle, c'est-à-dire même à ceux qui n'ont pas payé les impôts locaux qui alimentent le dispositif.

136. Dans un autre contexte, le cas du Venezuela se révèle intéressant car c'est l'Etat d'Amérique andine qui semble avoir fait des progrès majeurs au niveau de la prise en compte constitutionnelle des droits sociaux²³⁸. Cependant à l'image du Pérou, le solidarisme paraît ne pas avoir le même sens qu'en France. Deux éléments majeurs sont à relever dans le cas vénézuélien afin de comprendre l'arrière fond du système solidaire dans cette région sud-américaine : la reconnaissance par la Constitution d'une solidarité familiale, et la reconnaissance indirecte d'une solidarité universelle du droit à la sécurité sociale.

²³⁵ « Solidaridad », *Solidaridad : aportes cristianos para la liberación - Bogotá*, n° 1, 1979, p. 21.

²³⁶ Vicaria de la solidaridad de Santiago, *Solidaridad libertadora : misión de Iglesia*, 1977, pp. 7 et 27.

²³⁷ V. Décret municipal n°055, publié dans le Journal Officiel le 28 octobre 2006, approuvant le Texte Unique Ordonné de l'ordonnance municipale n°683-MML, qui crée les statuts du Système Métropolitain de Solidarité – SISOL, modifié par les ordonnances n°1293-MML du 25 septembre 2009 et n°1542-MML du 4 août 2011.

²³⁸ “[...] la finalité suprême de refonder la République pour établir une société démocratique [...] dans un Etat de justice [...] qui consolide les valeurs de la liberté, de l'indépendance, la paix, la solidarité [...] » : *Préambule de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela*, 1999 (traduction libre de l'espagnol).

137. Par rapport à la solidarité familiale, plus qu'une qualification de l'Etat en tant que seul acteur de la solidarité, comme ce fut le cas en Europe, la Constitution du Venezuela met en relief la solidarité familiale en tant qu'élément essentiel de soutien au rôle social de l'Etat²³⁹. Ce qui porte à croire que l'Etat n'a qu'un rôle social subsidiaire face à celui de la famille dans certains domaines. Cette situation se différencie beaucoup de celle de la France où une telle vision n'est pas concevable puisque c'est l'Etat, en s'appuyant sur la Nation, qui porte la charge de la responsabilité sociale. Alors qu'*in fine* la vision vénézuélienne limite la responsabilité sociale de l'Etat en se déchargeant sur une prétendue responsabilité que la famille devrait avoir envers ses membres.

138. Pour comprendre le paradoxe de cette Constitution à la fois très influencée par un socialisme où l'Etat doit être présent, et à la fois reposant une partie de ses responsabilités sociales dans la famille en dépit de sa propre responsabilité, il faut comprendre que le texte vénézuélien ne fait que transposer la réalité d'une solidarité familiale présente culturellement depuis l'ère précoloniale. Ainsi, alors qu'en France on assiste à l'avènement d'une solidarité nationale, qui repose sur des droits réciproques d'un conglomerat social dénommé nation²⁴⁰ (apparu et renforcé assez tôt), au Venezuela à l'image de l'Amérique andine, la solidarité provient d'avantage de la famille ou de la communauté-villageoise²⁴¹ car cette structure est historique et culturellement plus consolidée que la nation, qui paraît être encore en devenir²⁴² (même si juridiquement elle fut proclamée). Dans ce contexte il paraît donc difficile d'ignorer le fait que la structure familiale soit plus développée que la structure nationale en matière de solidarité.

139. Pourtant, cela ne signifie pas que l'idée d'une solidarité nationale est complètement absente en Amérique andine, ainsi le démontre le second point que nous voulions traiter dans la Constitution vénézuélienne. En effet, même si celle-ci ne fait jamais allusion à la

²³⁹ « L'Etat protégera les familles en tant qu'association naturelle de la société et en tant qu'espace fondamental pour le développement intégral des personnes. Les relations de famille se fondent sur l'égalité en droits et devoirs, la solidarité, l'effort commun [...] » : *Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela*, 1999, art. 75 (traduction libre de l'espagnol) ; « L'Etat, avec la participation solidaire des familles et de la société, créera des opportunités [pour les jeunes] » : *Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela*, 1999, art. 79 (traduction libre de l'espagnol).

²⁴⁰ J.-M. PONTIER, « Solidarité nationale et indemnisation », *Revue du droit public*, n° 5, 2013, p. 1100.

²⁴¹ J. COTLER, « La mecánica de la dominación interna y del cambio social en el Perú », *El Perú actual*, México, UNAM, 1970, p. 60.

²⁴² A. SALAZAR BONDY, *Historia de las ideas en el Perú contemporáneo. El proceso del pensamiento filosófico*, vol. 2, Lima, 1967, p. 336.

doctrine solidariste pour légitimer les nombreux droits sociaux qu'elle reconnaît, elle va tout de même qualifier de « solidaire » le financement de la sécurité sociale dans son l'article 86 avant de signaler, quelques lignes plus loin, que *l'absence de capacité contributive ne sera pas une raison pour exclure les personnes de sa protection*. Il faut mesurer l'ampleur de la proclamation, qui rend la sécurité sociale universelle, allant au-delà du cadre des simples cotisants vers une garantie dirigée à *toute personne*, comme il est énoncé au début de l'article précité. Cela est assez ambitieux puisqu'il s'agit, *in fine*, de faire fusionner la sécurité sociale (réservée jusqu'alors aux seuls cotisants) avec l'assistance sociale (seule entité jusqu'alors universelle)²⁴³. Ou autrement dit, la solidarité corporatiste (qui opérait exclusivement entre cotisants) s'étend, par l'obligation qui est énoncée dans la Constitution du Venezuela, à « Toute personne [... même] en l'absence de capacité contributive », la transformant ainsi en dispositif de la solidarité nationale.

III- Le cadre d'exécution des solidarités : la corporation, la nation et l'universel

140. De façon élémentaire il peut être affirmé que lorsque les droits sociaux sont pensés comme étant universels, c'est la reconnaissance réciproque du caractère naturel d'humain qui fonde l'attribution de droits sociaux au genre humain. Alors que, lorsque les droits sociaux sont conçus comme propres à un groupe social déterminé, c'est la reconnaissance réciproque d'un caractère identitaire culturel (c'est-à-dire autre que naturel) qui opère pour déclencher la mise en application des droits sociaux entre les personnes reconnues par ce champ identitaire. Il va sans dire que dans le premier cas, l'exclusion des personnes paraît être absolument impossible, et dans ce contexte le sentiment de fraternité est universel. Alors que dans le second cas plusieurs variables d'exclusion sont envisageables, et dès lors le sentiment de fraternité devient sélectif ou excluant, et ce qui signifie que son corollaire la solidarité se rend partiellement effectif.

141. Puisqu'il a été question de fraternité et de solidarité ici, il convient de se demander qui compose cette fratrie ou ce groupe uni solidement. En d'autres termes, il s'agira de se poser la question de savoir si les droits et devoirs sociaux ne sont pas inhérents à tous, alors quel critère détermine la limite de leur application ? Cette question est importante parce qu'elle interroge les fondements objectifs des sentiments de fraternité et de solidarité, permettant

²⁴³ A. BREWER-CARIAS, *Debate constituyente. Aportes a la Asamblea nacional Constituyente*, vol. 3, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 174.

de comprendre les soubassements des stratégies de développement des droits et politiques sociales. Ainsi, l'étude du commun dénominateur, ou identité commune, est déterminante pour révéler l'idée motrice qui impulse à la fraternité et à la solidarité dans une société, ayant pour conséquence l'existence des droits et donc des droits sociaux.

142. Vis-à-vis de l'universalisme tout d'abord, un premier constat permet d'affirmer, depuis une vision extra-occidentale, que le modèle universaliste des droits n'existe pas. En effet il faut observer que l'universalisme réserve la qualité de bénéficiaire des droits uniquement aux membres du genre humain, du fait de leur identité humaine. Ainsi, la vision de l'Homme fait que le droit soit vu de façon anthropocentrique, ce qui s'oppose à une vision *biocentrique* qui catégoriserait les animaux et la Nature comme des sujets et non pas des objets de droit²⁴⁴. En conséquence, l'universalisme des droits, n'est en réalité qu'un humanisme des droits. L'humanisme qui constitue la vision la plus universaliste en Europe, contient un critère d'exclusion distinguant les humains des autres êtres vivants. Alors que les valeurs andines issues du principe du *Buen vivir* se fondent sur le *biocentrisme*, ce qui convient plus à la véritable définition de l'universalité car, tout critère d'exclusion des Etres résulte inopérant selon le *Buen vivir*, ce qui a pour conséquence qu'il constitue un modèle encore plus universaliste que l'humanisme.

143. Ceci veut dire que ce qui est connu comme universalisme depuis un point de vue, peut constituer un schéma d'application partielle des droits depuis un autre point de vue. Désormais la question est de savoir si tout ce qui paraît être universel l'est réellement ou si cette apparence ne résulte pas en une batterie de critères d'exclusion. Une exclusion qui chercherait à distinguer celui qui peut constituer un groupe organisé (la société, la fratrie, la nation, etc.). C'est-à-dire un groupe d'individus en même temps sujets du droit et objets du droit de leur groupe. Indépendamment du fait de savoir à ce stade si les groupes précités seront perméables, imperméables, cherchant l'homogénéité ou l'ouverture à la diversité, il faut observer que deux doctrines importantes de formation des groupes se dessinent, d'une part le corporatisme et, d'autre part le nationalisme.

²⁴⁴ Cela est vrai dans tous les Etats sauf dans le cas de la législation de la Bolivie et dans le droit Constitutionnel de l'Equateur qui accorde à la nature (*Pacha Mama*) le droit d'être intégralement restaurée après sa destruction. A. ACOSTA, *Le Buen Vivir. Pour imaginer d'autres mondes*, Paris, Les Editions Utopia, 2014, pp. 85 et 91.

144. Concernant tout d'abord le corporatisme, au-delà de la définition politiste et des exemples historiques des corporations dans l'Ancien Régime français, l'acception du corporatisme qui nous intéresse ici est celle d'une organisation sectorielle de la société qui défend les intérêts des membres du groupe²⁴⁵. Pour comprendre bien la notion, il faut écarter l'idée du groupe qui défend par le politique ou par le *militantisme* les droits de ses membres. Ici il s'agit de penser le corporatisme dans sa dimension de groupe prestataire de droits sociaux. C'est-à-dire en tant que système intermédiaire de responsabilités et de droits réservés à ceux qui sont identifiés comme membres du groupe. Ainsi, la famille peut fonctionner comme une corporation²⁴⁶ ; la communauté – il faut comprendre par là le village ou le hameau – peut endosser ce rôle²⁴⁷ ; le syndicat peut se comporter aussi comme une corporation²⁴⁸. Dans le cas de la famille, le dénominateur commun est l'appartenance au clan familial soit par le lien du sang soit par alliance ; dans le cas de la communauté, l'appartenance résulte d'un mécanisme semblable au droit du sol - conféré après un temps passé dans la communauté – accouplé avec une intégration impliquant un degré de partage des valeurs ; dans le cas du syndicat le commun dénominateur est la condition de travailleur – parfois dans un certain secteur d'activité – et l'adhésion au syndicat.

145. Généralement dans le cas de la famille et de la communauté, il s'agit d'une corporation coutumière, propre à des structures sociales anciennes qui persistent dans la tradition culturelle de certaines familles et communautés, en vertu de laquelle est organisé un système de réciprocité coutumier bénéficiant aux membres du groupe : cela est commun chez les

²⁴⁵ Y. SUREL, entrée « corporatisme », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., O. NAY (dir.), Paris, Dalloz, 2011, p. 105.

²⁴⁶ En référence au cas de certaines familles au Pérou : « [...] la famille se charge de la prévision sociale pour tous ses membres [...] lorsqu'il y a perte de revenu, leur prête des services de santé et des soins en cas d'accidents ou de handicap, s'occupe d'eux durant la vieillesse » : J. ANDERSON, « Ni bienestar, ni equidad: Los fundamentos de la política social peruana », *Pobreza y políticas sociales en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 1994, p. 321 (traduction libre de l'espagnol).

²⁴⁷ Les mécanismes de réciprocité sont assez répandus dans les communautés paysannes et des sociétés rurales : É. SABOURIN, *Organisations et sociétés paysannes*, Paris, Editions Quæ, 2012, pp. 163 et s. ; Dans les Andes les communautés fonctionnent divisées en « Ayllus » (unité familiale de 700 à 1000 personnes) où est pratiquée l'« ayni » (qui signifie solidarité, réciprocité, fraternité), v. en ce sens C. HUANCA CARDENAS, « El pueblo andino y su dialéctica histórica », *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 22, 2011, p. 181.

²⁴⁸ Pour trouver un exemple chez les groupes syndicaux en France ou en Amérique latine il existe l'embarras du choix. Cependant un cas en Argentine est curieux du fait de l'alliance entre le fait syndical et le nom du groupe syndical dénommé « La Fraternité ». Ses statuts indiquent dans son Titre 1^{er}, point « C » : « Inciter à l'union entre associés et à ce qu'ils se viennent en aide et soutiennent réciproquement » organisant notamment un système centralisé de réception d'apports et de redistribution aux membres malades ou handicapés : La Fraternidad, Sociedad de personal ferroviario de locomotoras, *Cincuentenario de « La Fraternidad » sociedad de personal ferroviario de locomotoras*, Buenos Aires, Casa social victoria, 1937, pp. 45-46 (traduction libre de l'espagnol).

indigènes latino-américains²⁴⁹, mais aussi chez des latino-américains non indigènes évoluant dans un contexte culturel héritier de la tradition de solidarité familiale ou communautaire (*comunitaria*). Ainsi, dans une des meilleures études sur les politiques sociales au Pérou, J. Anderson note que « durant des époques passées – et jusqu’à nos jours [...] au Pérou -, les enfants entretiennent leurs parents durant la vieillesse, la mère de famille prête des services de santé à tous les membres et, fréquemment, la communauté locale est chargée d’intégrer et de tolérer y d’alimenter les alcooliques, handicapés et fous incapables de s’entretenir.²⁵⁰ »

146. De son côté, le syndicat, structure moderne ne prenant pas en compte la coutume ou la tradition pour établir un système social ou un système de réciprocité entre ses membres, propose une solidarité appliquée aux membres qui adhèrent librement à des statuts écrits où sont généralement prévus le soutien et l’assistance pour des membres qui se trouvent dans des conditions de vulnérabilité.

147. Quant au nationalisme, il s’agit d’une autre grande forme de différenciation des humains entre eux et d’exclusion de certains individus du champ du droit (et des droits). Si on considère que l’appartenance à la nation est le critère d’inclusion ou d’exclusion au groupe pour lequel on réserve des droits. Cela s’avère assez complexe et dangereux puisque cette acception du nationalisme renvoie à un type de corporation fondée sur l’origine ethnoculturelle. Tout d’abord, faire la distinction entre le national et le non national serait assez complexe puisque peu d’éléments objectifs définissent clairement les contours d’une nation et de ceux qui la composeraient. Ensuite, et de façon concomitante, établir cette distinction serait dangereux car la non objectivité des critères qui définissent le contour de la nation a pour conséquence de permettre l’existence d’une multitude de schémas

²⁴⁹ « Lorsqu’un indigène offre l’hospitalité ou autres richesses à ses parents, ses alliés et, même, aux étrangers, il ne le fait pas pour obtenir une compensation immédiate ou simultanée de ces biens par d’autres biens, mais, bien au contraire, par le don gratuit de ces richesses il espère sceller une relation d’alliance, de solidarité, si c’est possible d’unité collective. En général la distribution gratuite de la richesse va du centre vers la périphérie : tout d’abord à la famille nucléaire et, une fois satisfaits ses besoins de consommation, se dirige vers les parents les plus proches, puis aux plus éloignés, aux voisins, aux alliés, jusqu’aux étrangers. » : D. TEMPLE, « El desarrollo en las comunidades indígenas », 1980 (http://dominique.temple.free.fr/reciprocite.php?page=reciprocidad_2&id_article=546 – Consulté le 17 mai 2014) (traduction libre de l’espagnol).

²⁵⁰ J. ANDERSON, « Ni bienestar, ni equidad: Los fundamentos de la política social peruana », *Pobreza y políticas sociales en el Perú*, op. cit., p. 305 (traduction libre de l’espagnol).

d'exclusion des personnes de la sphère de la nation (et des droits qui s'y attachent) ce qui suppose une possibilité d'exclusion sociale par l'arbitraire.

148. En ce sens, il paraît important d'attacher une attention particulière au mot « national » qui renvoie à deux acceptions, tout d'abord territoriale et ensuite communautaire. La première désigne simplement l'espace géographique d'application du droit, ce qui correspond à une limite du droit de l'Etat en vertu des pouvoirs souverains que l'Etat possède et qu'il ne peut outrepasser. Par exemple : le « Programme National Nutrition Santé » en France ou le plan de « *Reconstrucción nacional* » au Pérou dans les années quatre-vingt-dix ne font pas allusion à une communauté de personnes, mais plutôt à l'Etat. Dans l'exemple français on devrait pouvoir lire « Programme de l'Etat sur la nutrition et la santé », ou « Programme à échelle étatique de nutrition et santé ». Ce n'est donc pas cette acception du mot « national » qui nous intéresse ici mais l'autre, celle qui désigne une communauté de personnes. Dès lors le mot « national » fait directement appel à la nation qui se définit avant tout comme une communauté de personnes, qui sera selon les cas, ouverte, fermée, homogène ou ouverte à la diversité, en fonction des idées politiques qui gouvernent ladite nation.

149. Bien entendu l'existence et la tangibilité de la nation sont *proprement imaginaires*²⁵¹, cette notion advient comme une nécessité car elle permet de penser le peuple comme un groupe humain fictivement uni et cohérent aspirant à vivre ensemble²⁵², sous les mêmes lois, sous les mêmes principes et donc sous un même système de solidarité. La nation n'est donc pas *per se* négative, c'est pour cette raison que Sieyès vit en elle une collectivité d'individus libres et égaux, producteurs, titulaires du Droit et titulaires des droits²⁵³. En soulignant la liberté et l'égalité, Sieyès remarquait d'une part, la libre adhésion de l'individu à la collectivité (ce qui n'est pas sans rappeler le contrat social) et, d'autre part, la non-distinction entre citoyens apportée par l'état d'égalité juridique dans lequel tous les membres de la collectivité se retrouvent. La vision de Sieyès est intéressante ici car elle

²⁵¹ C.-I. DEGREGORI, « Perú: identidad, nación y diversidad cultural », *Territorio, cultura e historia : materiales para la renovación de la enseñanza sobre la sociedad peruana*, P. OLIART (éd.), Lima, GTZ, PromPerú, Instituto de Estudios Peruanos, 2003, p. 3.

²⁵² Voir O. NAY, entrée « Nation », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., O. NAY (dir.), Paris, Dalloz, 2011, p. 353.

²⁵³ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant LGDJ, 2004, p. 103 ; E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers état?*, Paris, PUF, 1982, p. 31.

admet l'existence d'un groupe de personnes avec des droits réciproques, ce qui signifie qu'il existe là un cadre prometteur pour l'exercice d'une solidarité d'ensemble peut-être à échelle étatique. Pourtant il paraît évident que la nation n'est pas composée indistinctement par n'importe qui, il existe donc un critère de définition des membres. Or, et voici toute la différence, la nation de Sieyès paraît être un groupe ouvert du fait du critère de libre adhésion.

150. Sieyès et les Lumières ne concevaient donc pas la nation comme un groupe qui exclue, bien au contraire. En premier lieu, leur conception de la nation n'est pas fondée sur des critères définitifs comme le critère biologique, ou obscurément abstraits comme le critère ethnique, mais il s'agit bien d'un groupe disposé à s'agrandir par la libre adhésion de nouveaux membres dès lors que ces derniers partagent des valeurs communes avec la nation²⁵⁴. En second lieu, les droits que confèrent les révolutionnaires français de 1789 sont certes des droits pour les nationaux ou citoyens (dans une citoyenneté ouverte aux adhésions) mais furent proclamés aussi des droits à vocation humaniste²⁵⁵ et donc des droits au-delà des considérations de citoyenneté ou de nation : les droits de l'Homme.

Section 2) Le nationalisme péruvien, socle conceptuel de la construction des droits sociaux

151. Le nationalisme est une idée politique complexe. Elle est la cause des disputes ethniques et communautaires, d'exclusions et de guerres en Europe, elle est vue comme une stratégie pour le développement des droits sociaux en Amérique andine, notamment au Pérou et en Bolivie. On l'aura compris, bien que sous le même nom, les nationalismes européen et andin ne se rapportent pas au même contenu. Il apparaît que dans le cas européen, le nationalisme cherche l'exclusion basée sur des critères ethniques aux fins de fonder une communauté homogène : la nation²⁵⁶. A partir de laquelle il est impulsé la priorité nationale, réservant les droits étatiques (libertés et droits sociaux) uniquement aux

²⁵⁴ La liberté, l'égalité et la fraternité constituent en France les principes et valeurs essentiels de la République, en vertu desquels fut créée une Charte des droits et devoirs du citoyen français. Voir en ce sens l'art. 21-24 du Code Civil français.

²⁵⁵ Rappelons ici que le préambule et l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, conçue durant la Révolution le 26 août 1789 confère des droits aux citoyens mais surtout aux Hommes par le fait d'être nés Hommes.

²⁵⁶ Ainsi par exemple, quand le national-socialisme allemand proclame la communauté de la nation (*Volksgemeinschaft*), il ne s'agit pas uniquement d'une question formelle mais d'une volonté d'assurer que les bénéfices économiques et sociaux s'affrèrent au seul peuple allemand : J. BRECH, « Le IIIe Reich et le capitalisme », *Politique étrangère*, Vol. 2, n° 6, 1937, p. 515.

membres de ladite nation en dépit des minorités, et agissant de façon impérialiste à l'encontre de l'intégrité de certains Etats pour renforcer la puissance de leur propre Etat. Alors que dans le cas andin, il semblerait que le nationalisme consiste à construire, dans un Etat préexistant, un groupe dénommé nation, à partir de l'inclusion des différents pans de la population vivant dans l'Etat, indépendamment de leur diversité, mais partageant des valeurs communes (tout critère ethnique étant banni). En ce sens deux acceptions du nationalisme coexistent (I), l'une de confrontation et l'autre consensuelle et cherchant la cohésion sociale (II). Puisque cette dernière acception du nationalisme se développe dans les Etats andins, il s'avérera pertinent de montrer, à partir du cas péruvien, que cette doctrine est en quête de l'inclusion sociale (III), mais aussi d'une grande transformation économique (IV).

I- Une définition particulière du nationalisme péruvien se distinguant du nationalisme européen

152. Cela peut surprendre de présenter le nationalisme comme un courant de pensée qui se présente comme socle conceptuel des droits sociaux. Avec tous les rejets que cette notion induit du fait des ravages qu'elle a pu provoquer en Europe, il est nécessaire de la définir pour révéler qu'il existe une distinction entre le nationalisme développé dans les Andes qui cherche l'unité sociale et plurielle, et le nationalisme qui se développa en Europe où il fut recherché l'unité hégémonique d'un peuple (A). Le nationalisme andin et notamment péruvien mais aussi bolivien, renvoient donc à une idée absente dans ces pays : l'union des peuples vivant dans l'Etat, comme condition nécessaire pour former une société source et cible de droits réciproques (B). Pourtant malgré le fait que l'acceptation du nationalisme andin ou péruvien paraisse constituer une stratégie utile au développement des droits sociaux, il n'en demeure pas moins que la diversité culturelle du Pérou rendra vains les efforts de formation d'une nation. Surpasser l'idéal d'une nation unique et le remplacer par un couple plurinational-citoyen paraît être alors la meilleure solution pour penser un Etat à la fois pluriculturel et uni juridiquement (C).

A) Un nationalisme andin cherchant l'unité plurielle, un nationalisme européen cherchant l'unité hégémonique

153. De façon académique le nationalisme peut être défini de la façon suivante :

« Attitude ou doctrine politique consistant, pour un groupe social, à défendre le droit de former une nation souveraine et/ou à revendiquer la primauté des intérêts nationaux sur les intérêts extérieurs ; la défense de l'idée nationale est portée, en premier lieu, par des mouvements luttant pour l'indépendance d'un peuple [...] pouvant être anti-impérialiste [...] Les revendications nationalistes sont portées en second lieu, par des groupes politiques ou des gouvernements affichant leur volonté d'étendre l'influence et les intérêts d'une nation et de son Etat au-delà de ses frontières existantes. Ce type de nationalisme, de nature hégémonique, s'accompagne souvent de discours xénophobes et d'une glorification de la nation. [...]»²⁵⁷ »

154. On observe deux éléments intéressants dans cette définition, d'une part que l'idée politique du nationalisme est le fait d'un groupe social (qui serait une communauté, à échelle étatique, se formant pour créer un cadre juridique bénéficiant à ses membres) ; et, d'autre part, qu'il n'y a pas un seul type de nationalisme mais au moins deux types, différents selon des variables liées à la prétention du groupe social et de leurs dirigeants. Le premier serait ouvert, inclusif, pluriel, alors que le second serait fermé, exclusif, hégémonique.

155. L'intérêt que peut avoir le nationalisme serait son caractère centraliste institutionnel aux fins de favoriser une cohérence unitaire du droit²⁵⁸ notamment dans des Etats où les pratiques juridiques diffèrent d'un territoire à l'autre. Face à cela il sera aisé d'affirmer que l'ordre public et le principe d'égalité ne peuvent se passer d'un organe régulateur de gestion technique des aspirations de la nation. Ou autrement dit, une société composée d'individus totalement libres ne peut constituer un Etat²⁵⁹ et moins encore un Etat-nation. Néanmoins, il est important de ne pas confondre le centralisme institutionnel (qui prône l'ordre, l'égalité et l'unité au bénéfice de l'intérêt général) avec la concentration des pouvoirs ou avec le

²⁵⁷ O. NAY, entrée « Nationalisme », *Lexique de Science Politique*, O. NAY (éd.), 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 355.

²⁵⁸ D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, Caracas, IEP - Universidad Central de Venezuela, 1965, pp. 15 et s.

²⁵⁹ Voir notamment H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 45.

totalitarisme (qui détruisent les libertés et rendent la société inégale pour servir des intérêts particuliers) qui s'appliquaient durant le régime national-socialiste. *A fortiori*, il serait imprudent d'assimiler le processus nationaliste andin avec le nationalisme populiste ou le national-socialisme. En ce sens, il semble particulièrement important de tenir compte de la distinction élaborée par le politologue français J.-L. Chabot qui évoque, d'une part, une acception du nationalisme qui a pour but de donner un Etat à une nation préexistante (c'est l'exemple du nationalisme allemand des années trente et quarante), et d'autre part, un nationalisme qui a pour but de donner une nation à un Etat préexistant²⁶⁰ (c'est l'exemple du nationalisme péruvien ou bolivien).

156. Dans le premier cas, la nation cherche à s'imposer face aux autres nations pour parfaire un Etat puissant favorisant la suprématie de leur nation (notamment à travers un impérialisme colonial et guerrier²⁶¹, un déterminisme racial sur l'inconscient collectif²⁶², un cadre juridique refusant l'étranger²⁶³). Dans le second cas l'Etat cherche que sa population prenne conscience de son unité et contribue à sa cohésion par-delà ses divisions ethniques, linguistiques ou religieuses²⁶⁴ dans une adhésion libre autour de symboles communs, dans le but d'établir un système de droits réciproques, et sans que cette union porte atteinte aux autres peuples, Etats ou nations. En d'autres termes, les deux nationalismes semblent irréductibles l'un à l'autre, se différenciant en fonction du caractère suprême ou non qu'on souhaite donner à sa nation, et en fonction de l'attitude d'ouverture ou de fermeture des institutions nationales face aux non nationaux.

B) La nation comme cadre d'exercice des droits et l'absence de nation au Pérou

157. La notion de « nation » joue ici un rôle déterminant. Selon M. Mauss il s'agirait d'une « société matériellement et moralement intégrée à un pouvoir central stable, permanent, à frontières déterminés, à relative unité mentale, morale et culturelle des habitants qui adhèrent consciemment à l'Etat et à ses lois.²⁶⁵ ». Pourtant malgré son rôle déterminant pour

²⁶⁰ J.-L. CHABOT, *Le nationalisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 99.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 42.

²⁶² *Ibid.*, p. 50.

²⁶³ *Ibid.*, p. 57.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 99.

²⁶⁵ M. MAUSS, « La nation », *l'Année sociologique*, 3^{ème} série, 1953, V. KARADY, *Marcel Mauss, Œuvres: Cohésion sociale et divisions de la sociologie*, vol. 3, Paris, Les éditions de minuit, 1969, p. 584.

la cohésion sociale et pour la légitimité du droit étatique, si on interroge le processus de formation de la nation, force est de constater qu'il s'agit d'un fait peu saisissable par le droit. Car elle dépend d'éléments culturels identitaires assez complexes à déterminer et surtout issus d'une diversité culturelle qui est étrangère à la science juridique. Une erreur serait de considérer que la nation est composée par une ethnie biologiquement constituée (communément et maladroitement appelée race). Ainsi celui qui prétend que la nation française est composée de gallo-romains ferait erreur puisque le substrat ethnique des gallo-romains est tellement complexe²⁶⁶ qu'il serait impossible d'obtenir une réponse concluante sur ce fait. Il va de même pour celui qui pense qu'en Amérique du Sud la nation péruvienne est composée des descendants d'incas (c'est-à-dire de l'ethnie *quechua*) alors que le métissage interne *shipibo-conibo*, *quechua*, *jibaro*, *uro*, etc. et les migrations successives révèlent qu'il existe, depuis plusieurs siècles, une collectivité par-delà l'aspect ethnique, voire qu'il existe une pluralité de nations, dites « sociétés intra-culturelles », au sein d'un même Etat²⁶⁷.

158. Il est cependant très important de souligner une différence entre les conceptions françaises et péruviennes de la nation, puisqu'en France il est communément admis qu'il existe une nation, alors que la doctrine péruvienne s'accorde pour énoncer que la nation péruvienne n'a jamais été construite²⁶⁸. Pourtant, dans les deux cas, les Constitutions indiquent que la nation est la source du pouvoir étatique (souveraineté nationale). Il est donc valable de s'interroger sur la possibilité que la nation constitue le cadre d'exercice des droits (parmi lesquels les droits sociaux) et sur la possibilité qu'elle serve de tremplin organique pour les rendre effectifs.

159. Dans le cas de la France, depuis la Gaule, les territoires se sont habitués à la vie intercommunautaire, malgré des particularismes plus ou moins avérés, les habitants partagèrent les mêmes coutumes²⁶⁹, ce qui facilitera les relations juridiques, combattirent

²⁶⁶ J. DUPAQUIER, *Histoire de la population française. Des origines à la Renaissance*. Paris: PUF, 1995, p. 123.

²⁶⁷ A. FILIPPI, *De Mariátegui a Bobbio: Ensayos sobre socialismo y democracia*, Lima, Viuda de Mariátegui e hijos S.A., 2008, p. 87.

²⁶⁸ A. SALAZAR BONDY, *Historia de las ideas en el Perú contemporáneo. El proceso del pensamiento filosófico*, vol. 2, Lima, 1967, p. 336; J. BRAVO BRESIANI, « Mito y realidad de la oligarquía peruana », *El Perú actual*, México, UNAM, 1970, p. 105.

²⁶⁹ J. DUPAQUIER, *Histoire de la population française. Des origines à la Renaissance*, op. cit., pp. 123-124.

souvent sous les mêmes bannières et parlèrent la même langue (sauf quelques exceptions tel que chez les Alamans ou les Bretons)²⁷⁰. Plus tard, dès la fin du VI^{ème} siècle et surtout au IX^{ème} siècle, le christianisme s'impose à l'ensemble de la Gaule en dépit du paganisme, construisant une stratégie pour répandre la morale chrétienne par les sacrements et par l'instruction, qui était le monopôle des clercs qui savent manier le latin²⁷¹.

160. Puis entre le XIV et le XV siècle advient la guerre de Cent ans, période de conflit contre les anglais qui résultera déterminante pour donner naissance à l'identité française²⁷² et raffermir l'idée nationale. Il est aisément observable que sur la plupart du territoire il existait une cohérence politique et sociétale assez marquée, bien qu'il soit difficile de parler d'un sentiment de *vivre ensemble* généralisé sur tout le territoire actuel. Or il faut admettre que la population évolua vers un stade d'identification nationale qui, comme l'indique D. Schnapper fut le résultat d'un long « processus d'homogénéisation politique et culturelle auquel ont successivement œuvré les rois de France²⁷³ ». Processus auquel même la Révolution ne se heurta pas, bien au contraire. Ainsi après un changement des légitimités politiques, passant de la royauté et la religion vers la citoyenneté²⁷⁴, le sentiment de *vivre ensemble* se maintiendra, alimenté par le patriotisme. De cela résultera dès 1789, la déclaration de la souveraineté de la Nation²⁷⁵, et la proclamation officielle de la Nation en 1790, lors de l'adresse au peuple du 11 février, acte qui sera renouvelé quelques mois plus tard lors de « la fête de la Fédération »²⁷⁶.

161. Aujourd'hui, la Nation française, est plus qu'une entité artificielle, elle a peaufiné son processus de constitution constructiviste, formant un groupe uni plus par des valeurs communes (celles de la citoyenneté), que par une biologie unique ou culture paramétrée. En effet, ces deux derniers critères (biologie unique ou culture paramétrée) seraient incompatibles avec les libertés fondamentales dans le sens où elles empêcheraient qu'un individu intègre la Nation : soit sous prétexte de son origine ou nature (et dans ce cas l'accès à la Nation se ferme à jamais pour certains individus, contredisant le principe d'égalité des

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*, pp. 194-195.

²⁷² D. SCHNAPPER, « La France peut-elle ne pas être une nation? », *Controverses*, n° 3, 2006, pp. 80-81.

²⁷³ *Ibid.*, p. 80.

²⁷⁴ *Ibid.* p. 82.

²⁷⁵ V. l'art. 3 de la DDHC.

²⁷⁶ H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 45

Hommes) ; soit sous prétexte des choix profondément intimes de l'individu (dans quel cas l'Etat s'immiscerait dans la vie privée de la personne – sauf s'il le fait pour cause d'incompatibilité avec l'intérêt général et l'ordre public²⁷⁷ -).

162. Cela signifie que l'accord et l'engagement durable sur des valeurs communes, qu'on estime fondamentales, prévaut pour fonder une identité commune et ainsi définir la nation française. Ces valeurs communes se constituant, selon une célèbre tribune produite par P. Weil, du principe d'égalité, de la mémoire positive de la Révolution, de la langue française et de la laïcité²⁷⁸. Valeurs qui nous reportent toutes directement à la question de la citoyenneté. En conséquence, dans un Etat-nation comme la France, celui qui intégrerait la nation est celui qui partage durablement ces valeurs et qui, en toute liberté, fait acte d'adhésion. Soit parce que l'individu est né français et on présume son adhésion ; soit parce l'individu a été naturalisé français, dans quel cas son adhésion se fait en signant « La charte des droits et devoirs du citoyen français »²⁷⁹. L'étranger reconnaissant comme siens les symboles et principes républicains, après un processus administratif qui a lieu sans que l'autorité tienne compte de critères biologiques, ou de l'origine culturelle ou des choix de vie privée de l'individu qui ne s'opposent pas à ces principes. En somme, le processus d'intégration à la citoyenneté et donc à la Nation française est un processus qui tend à vouloir dépasser les différences, même si ce sujet s'avère complexe depuis quelques décennies notamment lorsque les valeurs nationales se confrontent à des valeurs locales.

163. Dans les cas des Etats andins la construction nationale est différente qu'en France. Dans chaque Etat on ne trouve pas un mais plusieurs peuples qui ont certainement interagi de façon partielle avant de se voir fédérés autour de macro structures sociales pré-colombines. Selon les périodes historiques, les peuples se constituaient en petites civilisations avec une architecture, une langue et une vision du monde semblable (c'est le cas des *tiwanaku* dans les Andes boliviennes et péruviennes ou encore des *jibaros* en Amazonie). Parfois il arrivait que ces civilisations s'agrandissent devenant expansionnistes et militaires. C'est l'exemple de la confédération *mochica* dans le nord du Pérou, transformé en empire

²⁷⁷ L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, n° 2, 2005, p. 427 et s. Voir notamment la sous-section intitulée « Laïcité et liberté de conscience à l'épreuve du respect de l'expression du pluralisme culturel ».

²⁷⁸ P. WEIL, *Etre français. Les quatre piliers de la nationalité*, Paris, L'Aube, 2010, pp. 10-11.

²⁷⁹ V. le décret n° 2012-127 du 30 janvier 2012 approuvant la charte des droits et devoirs du citoyen français prévu à l'article 21-24 du code civil.

chimu en l'an 1000 ; ou encore le cas des *chavin* ou des *tiwanaku* qui entre le Vème et le XIème siècle devinrent un empire, mais aussi le cas des incas qui bâtirent un grand empire occupant le territoire de plusieurs Etats actuels.

164. Il faut noter ici que l'empire inca ne brisa pas systématiquement les structures ancestrales²⁸⁰, et n'uniformisa pas complètement toutes les sociétés²⁸¹, pour deux raisons : premièrement, les organisations incaïque et tribale étaient semblables, ayant généralement toutes les deux le souci de la réciprocité et de la redistribution, ainsi les incas eurent besoin des structures intermédiaires pour mieux gouverner²⁸²; deuxièmement, l'empire inca, n'a pas réussi à conquérir toutes les civilisations de la région, les *jibaros* et autres amazoniens (qui aujourd'hui constituent des citoyens péruviens) ont résisté aux percées incas et pu préserver beaucoup de leur organisation traditionnelle.

165. Comme il est bien connu, s'en suit une période de colonisation espagnole qui dura près de quatre siècles, où opère une mutation forcée des différentes structures organisationnelles, vers un système de domination occidentale²⁸³. En obligeant par exemple l'indigène à payer un impôt de vassal, ce qui le force à participer de l'économie marchande²⁸⁴ pour obtenir l'argent qui, jusqu'alors, lui était étranger. L'organisation sociale et administrative européenne est transposée et appliquée de façon obligatoire aux indigènes conquis, les temples religieux sont détruits, l'ancestrale réciprocité sociale liée à l'*ayllu* est écartée. Pourtant, durant ces quatre siècles d'occupation apparaîtra une nouvelle population fruit du métissage, avec différentes fidélités ou ancrages sociaux : certains très voués aux traditions de leurs parents indigènes et aux solidarités qui s'y attachent ; d'autres ignorants de leur passé et des réciprocités autochtones. A la veille des indépendances andines au début du XIXème siècle, chaque pays hérité d'un véritable *meelting pot* social dans un contexte politiquement chaotique. Il ne semble donc pas anormal qu'à ce moment de l'histoire, plus qu'une unité sociale, on retrouve plutôt un « archipel » de sociétés à l'intérieur de chaque Etat. A ce stade du développement, les sentiments de fraternité et solidarité collectives sont inenvisageables à échelle étatique, et bien que le concept importé de nation fût déclaré

²⁸⁰ J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, Genève, Editions Famot, 1976, p. 225.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 122.

²⁸² *Ibid.*, p. 226.

²⁸³ J. MATOS MAR, « Dominación, desarrollos desiguales y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas », Instituto de Investigaciones Sociales, *El Perú actual*, México, UNAM, 1970, p. 8.

²⁸⁴ J. COTLER, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978, p. 23.

dans les nouvelles Constitutions, cela ne fut jamais effectif. Comme l'explique G.-C. Aranda Bustamante, en 1821 le Pérou est né comme République, à l'image d'autres Etats latino-américains, sans représenter les identités de la grande majorité de la population²⁸⁵. Ce qui provoquera la situation décrite par J. Matos Mar : « Une seule scène, une seule société, plusieurs drames et cadres, c'est-à-dire, la diversité, l'hétérogénéité, les développements inégaux [...] et dans le fond [...] la lutte pérenne pour la liberté, pour l'organisation, pour la planification d'une société rationnelle et humaine.²⁸⁶ ».

C) Surpasser le nationalisme : la citoyenneté comme cadre contemporain d'exercice des droits ?

166. Alors que l'acception du nationalisme européen peut être rejetée par sa recherche de confrontation permanente entre les peuples et individus, l'acception du nationalisme andin intéresse ici par son travail sur la construction d'une union sociale, socle des réciprocity civiles et sociales. On aura compris que selon le courant nationaliste, cette union ne se concrétise que si l'Etat est pourvu d'une nation. Pourtant il est fondamental de prendre en compte que ce ne sont pas les normes qui seules construisent la nation, mais ce sont les Hommes qui par leurs interactions créent le lien social, ce qui veut dire que le processus peut être long et complexe et le résultat peut être imprévisible. Le processus peut être long car il s'agit d'un travail multigénérationnel ; il peut être complexe car la recherche d'un consensus multiculturel suppose de trouver des valeurs communes ; enfin, le processus peut avoir un résultat imprévisible si après un long travail pour trouver un consensus finalement la conclusion est qu'il n'y a pas de consensus possible.

167. Ceci signifie que d'une part, la construction d'une union sociale pour générer des solidarités à échelle étatique semble nécessaire, mais d'autre part, il existe plusieurs difficultés pour que cette unité puisse se constituer par le biais de la nation. Cette situation nous mène à réfléchir sur la nécessité de distinguer deux matières qui paraissent importantes lorsque la société est diverse : premièrement l'histoire et la vision du monde de chaque groupe, deuxièmement, le souhait manifesté par les différents groupes de participer à une

²⁸⁵ G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2009, p. 81.

²⁸⁶ J. MATOS MAR, « Dominación, desarrollos desiguales y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas », *op. cit.*, p. 9.

société commune. La première est matière extra-juridique, le second est matière parajuridique ayant une conséquence juridique claire : la construction d'une société de droits.

168. En ce sens, si beaucoup des peuples qui composent le Pérou ont historiquement fonctionné comme des nations²⁸⁷, avec un droit coutumier et une vision du monde propres, il sera difficile de leur faire admettre en peu de temps que désormais il existe une macro-nation qui les absorbera en éliminant les pratiques antérieures. C'est pour cela que, dans cette situation, il paraît plus raisonnable d'admettre l'existence de différentes nations dans un même Etat, et qu'en parallèle soit reconnue l'existence d'une unité juridique autour de grandes valeurs partagées : la citoyenneté. Ceci aurait pour but de laisser pleine liberté au développement des différences culturelles qui s'exercent chez les peuples, en même temps qu'on profite de l'existence d'un cadre juridique propice à la constitution d'une union sociale.

169. En effet, la « citoyenneté » présente un double avantage, par rapport à la « nation » : en premier lieu, la citoyenneté est une entité tangible et objective car elle possède une définition juridique claire, alors que la nation est attachée à une définition évoquant une idée évolutive, abstraite, complexe et peu saisissable, de fiction juridique. La citoyenneté dispose donc de l'avantage d'être définie clairement *de jure* par les Constitutions ou normes organiques menant par la suite à une réalité *de facto* et non à une fiction. En second lieu, du fait de sa définition strictement technique juridique, la citoyenneté paraît être plus neutre que la nation. Ainsi, un individu qui fait partie du groupe de citoyens, accède à ce groupe soit par naissance soit par une décision administrative qui fait face à une situation de droit. Alors que dans le cas où quelqu'un voudrait faire partie de la nation, il doit d'abord prouver sa citoyenneté, mais dans la pratique il s'avère qu'un aspect culturel lui sera aussi opposé pour être considéré dans la nation. Aspect culturel qui, bien que non officiel, est assez répandu dans différents Etats où il est admis qu'on exige aux étrangers et anciens étrangers qu'ils s'adaptent, s'assimilent ou s'intègrent, avec les conséquences que cela a contre les cultures d'origine.

²⁸⁷ M. Mauss indique que dans le cas de l'Amérique précolombienne la conscience ou du moins la possibilité d'un pouvoir central fait que ces sociétés puissent être considérées comme des nations. M. MAUSS, « La nation », *l'Année sociologique*, 3^{ème} série, 1953, V. KARADY, *Marcel Mauss, Œuvres: Cohésion sociale et divisions de la sociologie*, vol. 3, Paris, Les éditions de minuit, 1969, p. 581.

170. Dans le cas des Etats-nation, il est plus accepté qu'on assimile la nation avec la citoyenneté, car le droit s'imbrique parfaitement dans la culture, formant un commun dénominateur dans lequel les frontières entre droit et culture se sont effacés puisque les valeurs auxquelles adhèrent les individus apparaissent dans la norme, qui n'est que le reflet de la culture. Néanmoins, dans le cas des Etats à diversité culturelle, il paraît risqué de se lancer dans une assimilation entre nation et citoyenneté, parce que le droit étatique n'a pas réussi à briser les structures culturelles et juridiques encore actives chez les différents peuples à l'intérieur de ces Etats.

171. Sans aucune surprise il peut être noté que la conception française relie la nation à la citoyenneté²⁸⁸. Or de façon assez curieuse il peut être observé que les pays d'Amérique andine ont coïncidé avec cette conception inhérente aux Etats-nation, la faisant évoluer dans leurs Constitutions de façon très récente, par le biais d'une timide ou franche reconnaissance de la diversité culturelle. Par exemple dans le cas français la Constitution déclare qu'il existe une entité nationale unique, passant sous silence sa composition²⁸⁹ ; En Amérique andine, la Constitution du Pérou proclame l'existence de la nation comme entité unique, or elle reconnaît la pluralité ethnique et culturelle²⁹⁰. Le cas bolivien est plus franc puisque leur Constitution déclare la plurinationalité, fruit de la reconnaissance de la pluralité culturelle, en même temps qu'il est proclamé que toutes ces nations forment le peuple bolivien²⁹¹.

²⁸⁸ G. DELANNOI, « La théorie de la nation et ses ambivalences », G. DELANNOI et P.-A. TAGUIEFF (dir.), *Les théories du nationalisme*, Paris, Editions Kimé, 1991, p. 13.

²⁸⁹ Il faut noter que la Constitution française ne définit jamais ce qu'est la nation mais on l'entend comme une entité unique (« [Le Président de la République] en informe la nation [...] » : Constitution du 4 octobre 1958, art. 16 al 2) qui est la seule détentrice du pouvoir souverain (« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » : Constitution du 4 octobre 1958, art. 3 al 1^{er} ; voir aussi l'art. 3 de la DDHC de 1789). Notons enfin que la Constitution française ne prévoit pas que le collectif à la base de l'Etat soit une nation mais plutôt des citoyens (« La France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » : Constitution du 4 octobre 1958, art. 1^{er}). Ceci permet d'affirmer que dans le cas où une interprétation (qui n'est pas la nôtre) assimile « nation » et « citoyenneté », alors la nation française, à l'image de la citoyenneté ici décrite, transcende tout particularisme ethnique et culturel. Dans le cas français, il ne s'agirait donc pas d'une notion paramétrée désignant un groupe fermé à la diversité ethnico-culturelle, mais l'inverse ; d'où la difficulté la définir.

²⁹⁰ « [...] L'Etat reconnaît et protège la pluralité ethnique et culturelle de la Nation. » : Constitution Politique du Pérou, 1993, art. 2-19 al. 1^{er} (traduction libre de l'espagnol).

²⁹¹ Malgré un passé fort nationaliste dans les années 1930 et 1950, la Bolivie est depuis 2009 un Etat plurinational (« Etat unitaire, de droit social plurinational communautaire [...] » : Constitution Politique de Bolivie, 2009, art. 1^{er} et Préambule, al. 4) fruit d'une composition historique et culturelle plurielle (Le peuple bolivien, de composition plurielle, depuis la profondeur de son histoire » : Constitution Politique de Bolivie, 2009, Préambule, al. 2). Or dans ce contexte de pluralité reconnue, se constitue la nation bolivienne qui est composé par le peuple bolivien. Et à son tour le peuple bolivien est composé par différentes nations et peuples issus de la diversité bolivienne (« La nation bolivienne est formée par la totalité des boliviennes et boliviens, les nations et peuples indigènes originaire paysans et les communautés interculturelles et afro-boliviennes, dans leur ensemble constituent le peuple bolivien » : Constitution Politique de Bolivie, 2009, art. 3. La traduction tient

172. Si l'union sociale se construit dans un cadre de réciprocités à partir duquel naissent les droits civils et les droits sociaux, alors les membres de cette union ne peuvent limiter les réciprocités qu'à leurs nationaux ou qu'à leurs citoyens ; puisque la qualité de membre de l'union sociale se fonde sur la vocation à être réciproque (ce qui implique une adhésion durable aux valeurs de la société) et non pas sur la nationalité ou citoyenneté (qui ne signifient pas plus que des situations de droit induisant à une présomption de réciprocité et donc d'appartenance à l'union sociale). C'est à partir de ce constat, qu'on peut imaginer qu'en toute logique, l'union sociale, admette d'élargir le champ de ses réciprocités à d'autres individus qui se trouvent dans de multiples situations de non-nationalité ou non-citoyenneté, mais qui participent au développement (matériel, intellectuel, social) de la société.

173. Ainsi, au-delà du cadre national ou citoyen, il apparaît que certains droits devraient être octroyés par l'Etat au-delà la citoyenneté en tenant compte de l'unique fait que le bénéficiaire est un Homme (le droit à la vie et son corollaire, la vie digne, étant les meilleurs exemples). Il ne s'agirait plus de droits du citoyen, mais de droits de l'Homme.

174. En effet, malgré la clarté de sa définition juridique, la notion de « citoyenneté » présente aussi deux grandes limites : d'une part, elle exclue certains nationaux vulnérables, d'autre part, cette notion constitue le dernier rempart à l'universalité. Sur la première critique, contrairement à la nationalité (qui est le statut juridique d'un individu appartenant à un Etat), la citoyenneté désigne une communauté politique de droits et devoirs (ce qui correspond à un groupe parmi les nationaux). En ce sens, le statut de citoyen exclue d'emblée les enfants et, dans certains cas, les personnes présentant des troubles mentaux (voire aussi des personnes privés de liberté pour les Etats andins²⁹²). Donc le fait de réserver

compte des accords de temps atypiques). En outre, l'Etat garanti un cadre d'application des droits pour tous, même en matière sociale (sauf dans l'éducation où le droit d'accès semble être réservé aux citoyens à l'article 82.1). Ainsi que la Constitution prévoit qu'« Un Etat basé sur le respect et l'égalité entre tous, avec des principes de souveraineté, dignité, complémentarité, solidarité, harmonie, équité dans la distribution et redistribution du produit social, où prédomine la recherche du *vivir bien* [...] » : Constitution Politique de Bolivie, 2009, Préambule, al. 3 – (traduction libre de l'espagnol). Il faut noter que dans le cas bolivien, ce qui est connu comme « solidarité nationale » devient explicitement « solidarité étatique », remplaçant ainsi un cadre abstrait d'exercice des droits sociaux (la nation) pour un cadre juridique neutre et clair (l'Etat).

²⁹² Voir C. GONZÁLEZ-PALACIOS, « La défense de la cause des détenus en Amérique du Sud : l'exemple du Pérou », S. SLAMA, N. FERRAN (dir.), *Défendre en justice la cause des personnes détenues*, Paris, La documentation française, 2014, pp. 209-215.

les droits sociaux aux citoyens mènerait à des situations incongrues où des nationaux qui n'ont pas le statut de citoyen, à cause de leur situation vulnérable (âge, santé, enfermement), se voient privés de droits sociaux, alors qu'ils devraient être les principaux destinataires. Vis-à-vis de la deuxième critique, L. Ferrajoli estime que la citoyenneté proclamée par le droit constitue un facteur d'exclusion, alors que le droit des démocraties constitutionnelles prône les principes d'égalité et d'inclusion²⁹³. En ce sens, L. Ferrajoli soutient que les droits fondamentaux pourraient s'attribuer sur le critère de la personnalité et non pas sur celui de la citoyenneté, car cela relègue les étrangers²⁹⁴.

175. Concernant les droits sociaux, en France et en Amérique andine, il aura été vu que leur application n'est nullement conditionnée ouvertement à la citoyenneté ou à l'appartenance à la communauté nationale du destinataire des droits. Cela revient à dire que lorsque les droits sociaux sont universels dans un Etat (par exemple dans le cas du droit à l'éducation primaire au Pérou et en France), l'universalité implique que les droits sociaux s'appliquent à toute la population de l'Etat (nationaux et étrangers). Alors que dans d'autres cas, même si l'universalité est proclamée, il existe des critères administratifs qui restreignent l'universalité, ce qui d'emblée revient à l'éliminer. Par exemple dans le cas de l'assurance maladie, la France déclare son universalité²⁹⁵, alors qu'en réalité elle est conditionnée à la régularité du séjour pour les étrangers (même s'ils résident habituellement sur le territoire français)²⁹⁶.

176. Ceci révèle que le système de reconnaissance des droits sociaux présente une faille, car l'universalité n'est rien d'autre qu'une déclaration normative générale qui, pour être effective, renvoie à une série de normes organiques où le statut de l'étranger doit s'adapter à des critères administratifs spécifiques pour bénéficier des droits sociaux. C'est ainsi que,

²⁹³ L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2009, p. 120.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ L'article L.111-2-1 §I du Code de la sécurité sociale dit : « La Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie ».

²⁹⁶ L'article Article R.380-1 §III du Code de la sécurité sociale prévoit que : « Les personnes de nationalité étrangère doivent [...] justifier qu'elles sont en situation régulière au regard de la législation sur le séjour des étrangers en France à la date de leur affiliation ».

in fine, l'accès à certains droits sociaux demeure difficile²⁹⁷ voire impossible²⁹⁸ lorsque la personne ne dispose pas de la citoyenneté.

II- Un nationalisme pensant la nation comme structure de création de droits réciproques et de cohésion sociale

177. Le nationalisme constitue une vision centraliste du droit, cherchant à placer la nation en tant que structure collective intermédiaire entre la personne (l'individuel) et l'humanité (l'universel). La nation constituerait dès lors le pôle de légitimation du pouvoir créateur du droit (à travers la souveraineté) et le lieu d'exercice des droits (par le biais de la citoyenneté), renonçant à octroyer crédit systématique aux visions individualistes et universalistes du droit. Mais, la présence de la nation n'impliquera pas que des droits universels ne puissent pas exister : ils existeront, or tous les droits ne seront pas universels. Certains droits seront réservés exclusivement aux nationaux (le droit de vote par exemple), d'autres droits seront réservés aux non nationaux sous conditions et sous contrôle administratif (le droit de travailler librement pour les étrangers par exemple).

178. Le phénomène de constitution de la nation est concomitant à la formation d'une société qui, à son tour, est indissociable de la cohésion sociale. Les droits sociaux constituent alors un facteur d'insertion à la société et un facteur d'exclusion à celle-ci. Lorsque la protection sociale est inopérante ou que les services publics sociaux sont inefficaces, alors le risque d'exclusion augmente²⁹⁹. Ainsi, le marché du travail peut s'avérer excluant lorsqu'il provoque des situations de chômage ou de précarité pour ceux qui ont un emploi faiblement rémunéré. Il va de même pour les services publics, juridiquement universels mais dont

²⁹⁷ C'est l'exemple de l'obtention d'une bourse par un étudiant étranger vivant en France sans ses parents. Ou encore l'exemple de la non accession aux indemnités de chômage pour l'étranger ayant un statut « étudiant », « travailleur » ou « scientifique ». C'est-à-dire que dans le cas d'un étranger détenteur d'un titre de séjour « étudiant » ce dernier peut travailler mais il ne peut pas s'inscrire au Pôle Emploi ; à son tour le détenteur d'un titre de séjour « travailleur » ou « scientifique » ne peut voir la validité de son titre excéder la période d'emploi prévue par le contrat de travail ou par la convention de recherche. Dans ces cas, pour ne pas renoncer aux dites indemnités, la seule possibilité pour l'étranger « travailleur », « étudiant » ou « scientifique » consiste à changer volontairement sa situation familiale au moment précis de la fin de son contrat pour obtenir un titre de séjour « vie privée et familiale » lui permettant de s'inscrire au Pôle Emploi. Il va sans dire que c'est un montage périlleux, car les conditions familiales doivent être propices, et qui parfois encourage les personnes à commettre des fraudes pour accéder à leurs droits sociaux.

²⁹⁸ C'est l'exemple de l'obtention de la sécurité sociale par un lycéen étranger majeur vivant en France sans travailler et sans ses parents.

²⁹⁹ H. STROHL et F. LEPRINCE (dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion. Rapport de la Commission*, Paris, La documentation française, 1993, p. 15.

l'accès s'avère restreint pour certaines catégories de personnes. Par exemple, le libre accès à la scolarisation pour des enfants en situation de handicap mental en France³⁰⁰ ; ou le droit d'accès à la santé pour des populations rurales au Pérou très éloignées des centres urbains.

179. En tout état de cause, la capacité à associer les différentes composantes du corps social (de toute catégorie sociale, de toute origine) dans un projet collectif, forme la nation. Celle-ci sera à la fois un espace de devoirs mais aussi un espace de droits. Tout d'abord un espace de devoirs, où s'appliquent les valeurs communes sous la forme d'un savoir-vivre ensemble quotidien constitutif du respect d'autrui, du respect de la règle de droit et aboutissant dans la cohésion du corps social³⁰¹. Un espace de droits ensuite, et notamment de droits sociaux issus de la solidarité « impliqu[ant désormais] que chacun se porte vers les autres, soit soucieux d'eux, et vienne en aide à ceux qui sont dans le besoin [...] exigeance morale qui découle de ce vouloir vivre en commun impliqué par l'existence de la nation »³⁰². A l'opposé, la dilution des solidarités émiette la société, rendant complexe une pensée sociale cohérente³⁰³.

180. Or ces propos ne sont pas une nouveauté : en France le socialisme centraliste d'origine jacobine, produit de la doctrine des révolutionnaires urbains³⁰⁴, va considérer que la nation constitue une structure prometteuse pour devenir un cadre d'exercice des droits et libertés de tous. Dès lors un « nationalisme révolutionnaire »³⁰⁵ va s'opposer au particularisme d'autres structures intermédiaires (villageoises ou régionales) qui octroyaient des droits, sous la forme de réciprocités, notamment en zone rurale³⁰⁶. Le cas de l'Amérique andine est un peu différent. En effet, le discours nationaliste pré-indépendantiste est celui des élites créoles hispano-américaines progressistes ou conservatrices, trouvant toutes sa source dans l'influence de la philosophie des Lumières³⁰⁷.

³⁰⁰ Voir E. CELESTINE, « Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, Paris, Association française de droit constitutionnel, 2008, pp. 12 et s.

³⁰¹ J-F. CHANTARAUD (dir.), « L'Etat social de la France et de ses régions. Les leviers de la cohésion sociale et de la performance durable », Observatoire du Dialogue et de l'Intelligence Sociale, Paris, 2013, p. 9.

³⁰² J.-M. PONTIER, « Solidarité nationale et indemnisation », *Revue du droit public*, n° 5, 2013, p. 1100.

³⁰³ H. STROHL et F. LEPRINCE (dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion. Rapport de la Commission*, Paris, La documentation française, 1993, p. 23.

³⁰⁴ D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, Caracas, IEP - Universidad Central de Venezuela, 1965, p. 16.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ C. DELFOUR, *L'invention nationaliste en Bolivie. Une culture politique complexe*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 53.

181. A l'image de la conception française, notamment de la pensée de Sieyès, la nation n'est pas conçue comme un groupe hégémonique, mais on retrouve les éléments constitutifs du concept de « nation-contrat » à travers l'idée de libre association des citoyens et de l'idée d'une construction ouverte sur l'avenir³⁰⁸. Comme il a déjà été évoqué, la doctrine péruvienne considérait que la nation était une structure prometteuse pour établir la cohésion. Cependant, contrairement à la France, où les jacobins réussirent à mettre en place des structures d'exercice de leurs idées politiques, en Amérique andine l'effectivité du discours autour de la nation demeurera inopérante. D'une part parce qu'il s'agit d'un discours réservé aux cercles politico-littéraires péruviens et à l'élite, qui à l'époque de l'indépendance représente 1% de la population, si on prend l'exemple de la Bolivie³⁰⁹. D'autre part parce que, jusqu'à ce moment historique, en Amérique andine le nationalisme et la nation constituent plus des souhaits et des idéaux flous, que des structures d'effective application. En effet, bien après leur indépendance, aussi libérale fuisse-elle, les Etats andins continueront à être organisés en sociétés néo-féodales, avec des liens socioéconomiques de domination-soumission assez forts ; et un système de solidarité pluriel et intermédiaire, où les réciprocités demeurent ancrées sur le plan familial et villageois (*comunitario*).

182. Cette organisation segmentée, ou plutôt ce manque d'organisation étatique, a court-circuité toute volonté de mise en place effective de l'idée de nation et tout projet de système de droits réciproques à partir et depuis la nation. Au contraire, comme l'explique C. Delfour, en Amérique andine et dans toute l'Amérique latine domine encore aujourd'hui un système des loyautés (et de réciprocités) fondé sur la parentèle, le compérage et le clientélisme³¹⁰. Le résultat est que la nation apparaît plus comme une fiction juridique voulue par les Constitutions, mais s'avère peu utile en tant que structure réelle de confédération des individus autour d'un cadre commun de solidarités et d'un imaginaire de cohésion sociale.

183. La conséquence est donc apparente : en France, la nation se construit assez rapidement dès la grande Révolution³¹¹ et est renforcé par les Républiques, devenant le cadre de création

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 54.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 64.

³¹¹ « En 1790 la nation existe enfin. L'adresse au peuple du 11 février 1790, et, quelques mois plus tard, la fête de la Fédération, proclament son accomplissement [...] La nation se pose en principe spirituel précisément en se détachant de la personne tangible du roi [...] Les révolutionnaires comprennent rapidement que l'ordre peut

et d'exercice des droits et plus tard de la solidarité nationale. Alors qu'en Amérique andine, les indépendances et les Républiques déclarent l'existence d'une nation³¹², mais sa mise en place n'est jamais effective, ce qui constitue un véritable problème pour exercer et obtenir des droits par le biais d'un cadre national qui résulte irréal : le national n'existant pas, la solidarité en provenance de la nation non plus.

184. La doctrine andine va comprendre cela. Ainsi, il est admis que la nation constitue le module central et irremplaçable de planification et concrétisation de ce qui est planifié³¹³, or on reconnaîtra qu'une telle entité n'existe pas au Pérou³¹⁴. L'explication de l'absence d'une nation ne repose pas sur une attitude irréconciliable, dans un prétendu dualisme culturel, entre occidentaux et autochtones, mais plutôt sur une méconnaissance et une mésestimation, à l'intérieur de la structure étatique, d'une pluralité de groupes culturels³¹⁵. Bien entendu cette structure plurielle ne représente pas un handicap pour l'Etat du fait de sa diversité (bien au contraire), mais ce qui représente un handicap c'est plutôt le manque de connectivité entre les éléments qui composent la structure plurielle. C'est ce que relève J. Bravo Bresani qui, en évoquant la structure sociale du Pérou, parle d'une « vision en archipel », c'est-à-dire une diversité de peuples qui ont peu de connexions pour être liés entre eux³¹⁶.

185. Cet archipel social qui constitue le Pérou comporte des dynamismes et des solidarités diverses, sans former pour autant un dynamisme d'ensemble qui serait sûrement plus

se passer de la personne royale et se subdiviser en pouvoirs publics qui surveillent l'usage de la liberté [...] » : H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 45 ; « C'est la gloire de la France d'avoir par la révolution française proclamé qu'une nation existe par elle-même » E. RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation? », *Encyclopédie de L'Agora*. (Consulté le 20 juillet 2014, http://agora.qc.ca/documents/nation--quest-ce_quune_nation_par_ernest_renan).

³¹² Par exemple le premier texte constitutionnel péruvien dit : « Toutes les provinces du Pérou, réunies en un seul corps forment la Nation péruvienne » art. 1^{er}, Constitution Politique du Pérou, 11 novembre 1823.

³¹³ N. CERESOLE, « El nacionalismo militar latinoamericano », BELTRAN, V.-R., *El papel político de la Fuerzas Armadas en América latina*, Caracas, Monte Avila Editores, 1970, p. 231.

³¹⁴ A. SALAZAR BONDY, *Historia de las ideas en el Perú contemporáneo. El proceso del pensamiento filosófico*, vol. 2. Lima, 1967, p. 336 ; « [Au Pérou] les éléments de la nationalité en élaboration n'ont pas encore réussi pas se fondre et à se souder. La dense couche indigène est presque totalement étrangère au processus de formation de la péruvianité » : J. C. MARIATEGUI, « ¿Existe un pensamiento hispano-americano? », LOPEZ ALFONZO, F. (éd.), *Indigenismo y propuestas culturales: Belaúnde, Mariátegui y Basadre*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil Albert, 1995, p. 106 (traduction libre de l'espagnol). Lors du gouvernement nationaliste de Velasco Alvarado, celui-ci admet que le Pérou n'a pas la capacité stratégique d'un Etat-nation pour échapper aux liens qui le subordonnent à des facteurs exogènes. Sur cette question, voir N. CERESOLE, « El nacionalismo militar latinoamericano », BELTRAN, V.-R., *El papel político de la Fuerzas Armadas en América latina*, Caracas, Monte Avila Editores, 1970, p. 237.

³¹⁵ J. BRAVO BRESIANI, « Mito y realidad de la oligarquía peruana », *op. cit.*, p. 104.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 120.

efficace et capable d'élever le niveau de vie du collectif³¹⁷. En ce sens, A. Salazar Bondy relève que la société péruvienne manque d'une norme fondamentale, qui selon lui serait le principe intégrateur grâce auquel les particularismes céderaient face à l'unité³¹⁸. En tout état de cause la conséquence pour les droits sociaux est la même : à défaut d'une entité sociale (qui peut se dénommer « nation »), fruit d'une unité certainement juridique, mais surtout sociologiquement complexe, le cadre d'exercice de la solidarité à l'échelle étatique peut difficilement se constituer. Ainsi, parmi la population, les sentiments de fraternité et d'*union d'égaux* n'atteignent pas l'échelle étatique au Pérou. Situation bien différente à celle des Etats-nation comme la France où dès 1790 explose le sentiment national³¹⁹.

186. De ce fait, le cadre d'exercice des solidarités au Pérou, et en Amérique andine, restera redevable aux structures intermédiaires où les sentiments de fraternité et d'union s'avèrent être plus forts, ce qui est notamment le cas de la famille ou de la communauté (le village ou le hameau).

187. Pour penser les droits (sociaux) et leur effectivité, la doctrine progressiste considérera prioritaire de construire une union sociale péruvienne, qui aura pour prétention d'être nationale (c'est-à-dire voulant construire une « nation »). Alors que les caractéristiques historiques du Pérou empêchent à court terme de penser à une nation, elles n'empêchent pas de penser au caractère potentiellement fédérateur de la citoyenneté comme entité juridique rendant effective l'unité.

III- La genèse du nationalisme péruvien : union sociale, nationalisation de l'économie et inclusion sociale des indigènes

188. Face à une multitude de différents groupes de personnes qui composent le Pérou (culturellement et socialement), la formation d'une union sociale péruvienne, en tant structure rendant effectifs les droits pour tous les citoyens, fut comprise comme une nécessité. Très probablement, les idées européennes influencèrent les penseurs péruviens, imaginant comme leurs pairs européens que le seul appareil d'Etat pouvant agir sur les

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 105-106.

³¹⁸ A. SALAZAR BONDY, « Dependencia y cultura », *El Perú actual*, Mexico, UNAM, 1970, p. 121.

³¹⁹ H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 44.

rappports sociaux était l'Etat-nation³²⁰. Ainsi, dès la fin du XVIIIème siècle, lorsque les cloches de l'indépendance commençaient à retentir dans les cercles de l'intelligentsia créole péruvienne, l'idée d'une union des peuples péruviens pour le progrès du pays sous le nom de nation fit son apparition. Dans un article anonyme et assez subversif pour l'époque, publié dans le prestigieux journal péruvien *El Mercurio* cet auteur inconnu se demande s'il « est convenable pour le progrès du Pérou que subsiste la séparation entre indiens, espagnols et castes, ou [s']il serait plus utile de former un seul et unique corps de nation ? [...] Sans l'union de tous les groupes humains et sans l'égalité de ceux-là face à la loi il ne peut pas y avoir d'heureux car les parties contraires se méprisent et détestent mutuellement »³²¹.

189. A partir de cet article il est intéressant d'observer trois aspects qui constitueront par la suite le fondement de l'idée politique dénommée « nationaliste » au Pérou : en premier lieu, l'auteur conçoit l'union d'égaux comme la clef du progrès (soulignant le principe d'égalité). En second lieu, il relève que le problème de la désunion consiste dans la séparation fondée sur des critères ethniques et socio-économiques (critiquant les séparations sociales, il s'emporte contre le manque de libertés et contre, ce qu'on pourrait considérer, une atteinte aux *capabilités*³²² des démunis). En troisième lieu, la désunion provoque une situation de mépris de l'autre (critiquant ainsi l'individualisme et le manque de fraternité). En ce sens, si ces trois aspects se résument, il ne sera pas difficile de déceler l'influence française dans le discours de l'auteur anonyme d'*El Mercurio* car les notions d'égalité, liberté et fraternité (dans cet ordre et nombre) s'appliquent sans aucun doute au commentaire de l'auteur. Il est clair que l'argumentation de l'auteur part du constat de désunion, symptôme d'une carence de valeurs républicaines, souhaitant que l'union nationale atteigne son objectif d'effectivité de ces valeurs. Le but atteint se traduirait peut-être par le caractère « heureux » auquel il fait allusion à la fin de son argumentaire.

³²⁰ La doctrine péruvienne est tournée vers l'actualité académique et politique européenne qui joue le rôle de centre du monde intellectuel à cette époque. Pour comprendre l'esprit de la pensée en France, voir : H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988, p. 79.

³²¹ Propos rapportés par J. COTLER, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, *op. cit.*, p. 60 (traduction libre de l'espagnol).

³²² La *capabilité* étant une notion contemporaine, cette considération est le fruit d'une analyse *a posteriori* qui dénote de l'avant-gardisme et sens critique des intellectuels péruviens de la fin du XVIIIème siècle. De façon concrète, la *capabilité* désigne divers fonctionnements interdépendants que la personne peut effectuer. Ces états ou actions propres de l'individu composent la liberté de construire et conduire sa vie. A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 66. En ce sens, empêcher qu'une personne développe sa *capabilité* constitue un attentat contre sa liberté individuelle d'établir un projet de vie.

190. Dans les années qui suivirent l'indépendance du Pérou, le but d'union nationale, loin d'être oublié, apparaîtra comme une priorité pour les intellectuels. Ainsi, il n'est donc pas anodin si la devise du Pérou retient la formule « Ferme et heureux par l'union »³²³, dénotant un intérêt particulier à ce que l'autorité (la fermeté) mène par les chemins de la liberté et de l'égalité (heureux) au sentier de l'union sociale. Nonobstant la volonté, *in fine* la prétention de l'union fut impossible de réaliser car les élites et gouvernants urbains et occidentalisés ne cherchèrent point l'association volontaire des populations indigènes (qui représentaient la partie la plus importante de la population) pour constituer une union sociale nationale.

191. L'adhésion à la nation, comme l'indiquait Ernest Renan³²⁴ ou l'Abbé Sieyès pour le cas français, devait se fonder sur une libre adhésion et une vision égalitaire en droits. Or, les processus de construction des nations en Amérique latine ont impliqué, depuis l'indépendance, une volonté d'homogénéisation culturelle et juridique dans laquelle les indigènes étaient obligés d'adhérer sans s'identifier à la culture (prétendument) nationale et aux règles de droit nationales et dominantes³²⁵. Il va sans dire que cette méthode d'assimilation, contraire aux libertés, ne contribua pas à construire une union sociale. Renforçant d'ailleurs très certainement l'effet inverse et faisant croître les résistances à l'établissement d'une nation. C'est ainsi qu'au cours du XIXème siècle on dénombre une série de mouvements de résistance et de lutte au Pérou sur un fond ethnico-religieux mais aussi, depuis le XXème siècle, sur un fond économique, basé sur l'inéquitable répartition des terres³²⁶.

192. Dès 1909, l'*Asociación Proindígena* va attirer l'attention de la classe dirigeante péruvienne sur l'état de misère et d'abandon des indigènes³²⁷, or il faudra attendre les années

³²³ Traduit de l'espagnol « *Firme y feliz por la unión* » par le juriste français. E. CARREY, *Le Pérou. Tableau descriptif, historique et analytique des êtres et des choses de ce pays*, Paris, Garnier frères, Librairies éditeurs, 1875, p. 2.

³²⁴ Selon E. Renan « Une nation est une âme, un esprit spirituel. Une grande agrégation d'hommes saine d'esprit et chaude de cœur, crée une conscience morale qui s'appelle nation. La nation est un plébiscite de tous les jours » : J.-L. CHABOT, *Le nationalisme, op. cit.*, p. 48.

³²⁵ Sur la question culturelle voir : R. CUEVAS MOLINA, « Reflexiones en torno a la cultura popular en tiempos de globalización », *Temas de Nuestra América*, n° 40, 2004, p. 85 ; Sur la question juridique, observer par exemple que la Constitution péruvienne de 1823 (très proche de l'indépendance qui surgit en 1821) supprime l'*ayllu* qui constitue la structure d'organisation juridique familiale-communautaire propre des indigènes andins et o s'exercent les solidarités. Sur ce point, voir notamment : R. PARIS, « Indigénisme et socialisme, ou le désir et le refoulé », *L'Homme et la société*, n° 121, 1996, p. 93.

³²⁶ O. ROJAS FLORES, « Pacificación y readecuación productiva comunera en la zona alta de Ayacucho, Perú », *Temas de Nuestra América*, n° 40, 2004, p. 104.

³²⁷ J.-M. CASAL, *Mariátegui, El socialismo indoamericano*, Lima, Proyección, 1992, p. 96.

1920 pour voir apparaître un véritable courant de pensée indigéniste faisant retentir les idées du théoricien M. González Prada qui concevait les indigènes comme partie intégrante de la nation péruvienne³²⁸. Toujours dans cette même décennie, c'est le fondateur du socialisme au Pérou, J.-C. Mariátegui, qui accordera de longues réflexions à la question indigène considérant que celui-ci était le plus grand problème national³²⁹, soutenant notamment que : « l'indien est le ciment de notre nationalité en formation [...] sans l'indien il n'y a pas de *péruanité* possible [et le problème indigène] ne peut trouver sa solution dans un formule abstraitement humanitaire [mais la] solution du problème indien doit être sociale³³⁰ ». En d'autres termes, cela revenait non seulement à vouloir l'union sociale, mais aussi à inclure les indigènes dans une même société par le biais du « social », c'est-à-dire de grandes réformes économiques. En effet, Mariátegui avait constaté d'une part que le *statu quo* socio-économique était injuste envers ces populations, et que l'inclusion sociale des indigènes pouvait servir de point de départ pour établir une transformation socialiste de la société péruvienne³³¹.

193. La révolution mexicaine, durant la première décennie du XXème siècle, aura une influence notable sur ces idées. Elle constitue en même temps le premier mouvement social latino-américain de grande ampleur, et le premier mouvement à la fois nationaliste et social-révolutionnaire³³². Le courant politique qualifié par D. Boersner de « socialisme national » va naître durant la révolution mexicaine de part un double facteur : « Le réveil des masses urbaines et rurales métisses et indigènes [et] L'intensification de la pénétration économique nord-américaine après la Première Guerre Mondiale [...] »³³³. C'est donc l'injustice sociale envers les ruraux et la ségrégation anti-indigène, ainsi que le colonialisme économique des Etats Unis qui vont éveiller la conscience révolutionnaire sociale, indigéniste et nationaliste chez les mexicains, non sans influence sur toute l'Amérique latine³³⁴.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ G. LIEBNER, *El mito del socialismo indígena. Fuentes y contextos peruanos de Mariátegui*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 20

³³⁰ J.-C. MARIATEGUI, « El problema primario del Perú », *Mundial*, 9 décembre 1924, R. PARIS, « Indigénisme et socialisme, ou le désir et le refoulé », *L'Homme et la société*, n° 121, 1996, p. 98.

³³¹ G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala. op. cit.*, pp. 83-84 ; J.-C. MARIATEGUI, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Editorial Amauta, 1974, pp. 260 et s.

³³² D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, Caracas, IEP - Universidad Central de Venezuela, 1965, p. 211.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*, pp. 211-212.

194. Ainsi, en 1924 le jeune politicien péruvien V.-R. Haya de la Torre depuis le Mexique où il était exilé, fonda l'Alliance Populaire Révolutionnaire Américaine (APRA), grande référence politique de l'anti-impérialisme, du *latinoamericanisme* indo-américain et du courant prônant une révolution économique par la voie des nationalisations de l'industrie et de la confiscation des terres aux grands propriétaires terriens qui profitaient du système de *latifundio*³³⁵.

195. L'influence de ce groupe politique irradia dans toute l'Amérique andine (notamment au Venezuela, Colombie et bien entendu au Pérou) puisque Haya de la Torre, reconnaissant la cohérence du marxiste³³⁶ et la validité universelle du socialisme, insista le premier sur la nécessité de donner un contenu national, propre à chaque pays, à ce courant mondial³³⁷.

196. Influencé aussi par l'indigénisme et par les combats sociaux qui secouaient l'Amérique latine³³⁸, Haya de la Torre proposa une approche nouvelle du socialisme latino-américain ; alliant l'argumentaire de la doctrine sociale européenne avec le besoin d'affranchissement des influences européennes quant-au fondement de ces doctrines. Ainsi il évoquait le fait que :

« [...] l'expérience nous a appris que nous devons faire les choses par nous-mêmes, nous secouant un peu de la tutelle de l'Europe et de la mentalité de colons que dévouement et servilement nous avons essayé d'imiter [...] - sans comprendre presque jamais – l'œuvre révolutionnaire des européens conçue par des esprits européens avec une conscience claire et définie de la réalité européenne³³⁹ ».

197. En effet, la doctrine socialiste du APRA trouve sa particularité dans le travail de relativisation des espace-temps historiques du marxisme combinant, d'une part, les

³³⁵ G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala*, op. cit., p. 84.

³³⁶ V.-R. HAYA DE LA TORRE, *El antiimperialismo y el APRA*, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 150 ; Voir aussi : D. IGLESIAS, *Les mythes fondateurs du parti apriste péruvien. Sociohistoire de la culture politique d'un parti latino-américain (1923-1980)*, Paris, Editions de l'IHEAL, 2013, p. 23.

³³⁷ D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, op. cit., p. 211.

³³⁸ D. IGLESIAS, *Les mythes fondateurs du parti apriste péruvien. Sociohistoire de la culture politique d'un parti latino-américain (1923-1980)*, op. cit., p. 23.

³³⁹ V. R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, Por la emancipación de América Latina*, vol. 1., Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 137, (traduction libre de l'espagnol).

revendications socialistes qui souhaitent le bouleversement des assises économiques de la société et prônent un rôle régulateur prédominant de l'Etat avec, d'autre part, des revendications *latinoaméricanistes* et nationalistes³⁴⁰ (inhérentes aux particularités de chaque Etat et du continent) cherchant l'anti-impérialisme politique et économique. Ainsi le programme de l'APRA est résumé par Haya de la Torre en cinq points : L'action contre l'impérialisme yanqui ; l'unité politique de l'Amérique latine ; la nationalisation progressive des terres et industries ; l'internationalisation du Canal de Panama ; la solidarité avec tous les peuples et classes opprimées³⁴¹.

198. Non ignorant de ces faits et de l'actualité politique et intellectuelle de ses pairs latino-américains et européens (notamment français et italiens), entre 1927 et 1930, Mariátegui développera d'avantage l'idée politique d'un socialisme adapté au contexte latino-américain, mais surtout focalisé sur le cas péruvien. C'est ainsi que la consolidation de son œuvre (compilé aux *Sept Essais d'Interprétation sur la réalité péruvienne*) parviendra à constituer le meilleur effort théorique d'une critique socialiste des problèmes et de l'histoire de la société péruvienne³⁴².

199. L'indigène apparaîtra alors comme l'élément central du processus de construction du socialisme péruvien car d'une part, il représentait des sociétés ancestrales détentrices de systèmes de réciprocité et solidarité évolués (utilisant l'organisation d'*ayllu* par exemple)³⁴³ ; et d'autre part, parce que le paysan indigène incarnait les résultats néfastes de l'exploitation de type féodale du fait de sa soumission forcée à un système de *latifundio*³⁴⁴. Système où le grand propriétaire terrien faisait travailler les paysans locaux indigènes dans des conditions très désavantageuses pour ces derniers, sans que la bourgeoisie ou l'élite urbaine s'intéresse à faire évoluer cette situation. Ce dernier élément est fondamental pour

³⁴⁰ D. IGLESIAS, *Les mythes fondateurs du parti apriste péruvien. Sociohistoire de la culture politique d'un parti latino-américain (1923-1980)*, op. cit., p. 23.

³⁴¹ V. R. HAYA DE LA TORRE, *El antiimperialismo y el APRA*, Lima, Fondo editorial del Congreso de la República, 2010, p. 97 ; D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, op. cit., p. 212.

³⁴² D. IGLESIAS, *Les mythes fondateurs du parti apriste péruvien. Sociohistoire de la culture politique d'un parti latino-américain (1923-1980)*, op. cit., pp. 102-103.

³⁴³ Sur la vision qui justifie que les populations autochtones péruviennes ont une expérience historique dans la constitution d'un système de réciprocités et solidarité, voir : L. BAUDIN, *El imperio socialista de los Incas*, Paris, Zig-Zag, 1962, p. 439 ; Voir aussi l'article original sous : « J.-C. Mariátegui et le modèle du "communisme" inca », *Annales, Economies, Sociétés, Civilisations*, vol. 21, n° 5, 1966, pp. 1065-1072.

³⁴⁴ Sur le problème de la terre comme élément socio-économique et actuel du problème indigène, voir J.-C. MARIATEGUI, « El problema del indio », *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Editorial Amauta, 1974, p. 292 ; Sur cette dernière question voir aussi : J.-M. CASAL, *Mariátegui, El socialismo indoamericano*, op. cit, p. 96.

comprendre que le nationalisme péruvien est, du point de vue économique, surtout un projet de réappropriation de l'économie nationale par l'Etat. Ainsi Mariátegui est très clair sur l'intention politique de son socialisme nationaliste qui est indissociable du bouleversement de l'injuste structure économique en « [remplaçant] la politique libérale du *laissez faire* [...] par une politique sociale de nationalisation des grandes sources de richesse³⁴⁵ ».

200. Du point de vue économique le projet socialiste et nationaliste propose d'une part, récupérer la propriété privée tenue abusivement par les oligarchies locales qui perpétuent un système économique colonial³⁴⁶ en dépit des paysans indigènes et, d'autre part, récupérer la propriété des entreprises sources de richesse (notamment celles du secteur primaire) entre les mains de holdings contrôlés depuis les puissances économiques³⁴⁷.

201. Les idées sociales de Mariátegui concernent la société dans son ensemble, mais, comme il a été évoqué, une attention particulière est conférée à la situation emblématique des indigènes. C'est ainsi que l'indigénisme devint un élément fondamental de la conception du socialisme péruvien, tant par l'intérêt idéologique et mystique que la cosmovision indigène apporte au projet que par la situation emblématique de profonde injustice socio-économique subie par une classe sociale qui est à la fois un peuple (dans le sens large du terme) : les indigènes³⁴⁸. Si l'union sociale péruvienne (autour d'une supposée nation) paraît nécessaire à l'établissement d'un cadre étatique de création et d'exercice des droits et des solidarités, cette union sociale ou nation ne peut se faire, selon les socialistes péruviens, sans tenir compte des indigènes. D'autant plus qu'inclure ces derniers dans l'union sociale (ou nation) impliquerait de les libérer des injustices économiques qu'ils subissent notamment à cause de l'inégale répartition des terres et d'autres sources de richesse.

202. En d'autres termes, le nationalisme péruvien (et plus largement andin) sera très marqué par les caractéristiques précitées : une nécessité prioritaire de construction d'une union sociale comme cadre d'exercice des droits et des réciprocités ; une inclusion des indigènes dans le projet d'union (indigénisme) ; un refus des inégalités de traitement dans le cadre de

³⁴⁵ J.-M. CASAL, *Mariátegui, El socialismo indoamericano*, Lima, Proyección, 1992, p. 97.

³⁴⁶ Voir en ce sens D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, *op. cit.*, pp. 210-211.

³⁴⁷ Pour illustration voir A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Perú*, Lima, Ediciones Periferia SRL, 1971, pp. 42-23 et 55-56.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 27.

l'union sociale (ce qui implique des nationalisations d'entreprises) ; un refus de l'interventionnisme économique et politique des puissances (anti-impérialisme) Pourtant malgré un projet assez consistant, le nationalisme n'aura pas l'adhésion des citoyens en capacité de voter, l'application des idées s'avérant repoussée jusqu'à bien plus tard. Il faudra attendre la fin des années soixante pour que le Pérou devienne le seul pays d'Amérique andine où s'exercera un gouvernement nationaliste.

IV- La pratique d'un gouvernement nationaliste au Pérou : l'anti-impérialisme économique, la nationalisation des sources de richesse, l'association de l'indigène à la sphère citoyenne

203. Le Pérou est un rares Etats latinoaméricains où les idées du nationalisme de gauche furent appliquées par un gouvernement qui en fit le fer de lance de sa politique. Par deux fois un gouvernement s'est déclaré nationaliste au Pérou : en 1968 (par le biais d'un coup d'Etat militaire dirigé par J. Velasco Alvarado) et en 2011 (par la voie démocratique et constitutionnelle du Président Ollanta Humala). De ces deux gouvernements, seul le premier propose de bâtir une société à équidistance entre le capitalisme et le communisme³⁴⁹ en même temps qu'il est très marqué de caractéristiques idéologiques locales. Son fondement consiste donc dans un socialisme autonome avec des caractéristiques nationales³⁵⁰.

204. Même si la magnitude des réformes (dans un Etat aussi clivé aussi longtemps entre libéraux et conservateurs) a pu faire penser à un processus révolutionnaire, le gouvernement s'est attelé à l'exécution d'un programme social, par le biais d'un processus fortement réformiste. Issu d'un coup d'Etat, il assume une caractéristique autoritaire. Or malgré cela, l'influence de son modèle sera importante pour d'autres pays, car le velasquisme démontrera qu'il est possible d'entamer un processus de libération et d'émancipation des grandes puissances économiques³⁵¹.

³⁴⁹ M. del P. TELLO, *¿Golpe o revolución?*, Lima, Ediciones Sagsa, 1983, p. 13.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ E. REINERT, « La tercera vía del presidente Velasco: una estrategia del cambio », *Socialismo y Participación*, n° 5, 1978, pp. 77 et s.

205. Le second de ces gouvernements, celui d'Ollanta Humala à partir de 2011, s'autoproclamera nationaliste, faisant appel à certains fondements du nationalisme historique péruvien, mais s'adaptant facilement aux principes de la social-démocratie contemporaine (qui garde bien des distances avec la social-démocratie du début des années quatre-vingt). Loin de bouleverser les assises économiques et sociales, ce dernier serait un gouvernement réformiste de moyenne intensité, cherchant des compromis entre, d'une part, la continuité du libéralisme économique et, d'autre part, la création et le développement des politiques sociales. Contrairement au gouvernement de Velasco, celui d'Humala est caractérisé par son respect de la démocratie et de l'Etat de droit.

206. Si on observe les faits de façon chronologique, l'avènement du premier gouvernement nationaliste au Pérou est le fruit d'une situation d'emprise d'abord de l'Angleterre puis des Etats Unis d'Amérique sur le plan économique et celui de la souveraineté politique du Pérou³⁵². De ce contexte particulier va naître un double constat ; premièrement, il existe une *colonialité*³⁵³ économique et politique s'exerçant depuis l'étranger à l'encontre des intérêts nationaux (revendication anti-impérialiste). Deuxièmement, et par conséquence de la première, il existe une *colonialité* économique et politique s'exerçant depuis les centres urbains et les oligarchies locales, à l'encontre des zones rurales, des paysans, des ouvriers pétroliers et des mineurs (revendication socialiste et indigéniste). Cette *semi-colonialité*, comme l'appelle D. Boersner, est une des particularités de l'Amérique latine, partagée peut-être avec l'Asie ou l'Afrique, mais méconnue en Europe qui n'est plus sous l'emprise d'un système féodal et qui n'est pas soumise à une domination politico-économique venant de l'extérieur³⁵⁴.

207. Le 3 octobre 1968 un coup d'Etat militaire donne le pouvoir au général J. Velasco Alvarado qui gouvernera jusqu'en 1975. L'événement déclenchant le coup d'Etat fut d'ordre économique. Premièrement, à partir des années cinquante la pénétration

³⁵² A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Peru*, Lima, Ediciones Periferia SRL, 1971, p. 42; N. CERESOLE, « El nacionalismo militar latinoamericano », BELTRAN, V.-R., *El papel político de la Fuerzas Armadas en América latina, op. cit.*, p. 234.

³⁵³ Dans la doctrine sociale et humaniste d'Amérique latine cette notion renvoie aux développements réalisés par A. Quijano. Elle désignerait ici un pouvoir exercé par le capitalisme occidental sur des régions périphériques, par le biais de la concentration des capitaux et du contrôle du travail ou des produits de celui-ci. Voir en ce sens : A. QUIJANO, « Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina », E. LANDER (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 131 et s.

³⁵⁴ D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo, op. cit.*, pp. 210-211.

économique des puissances étrangères s'était diversifié ne laissant pas la place aux capitaux nationaux dans les secteurs miniers, pétroliers et industriels. En même temps la production agricole s'est estompée, impulsée par une perte d'intérêt des investisseurs étrangers au profit des mines et de l'industrie qui promettaient des dividendes plus intéressants. Ceci impliquait bien sûr une perte de contrôle de l'Etat sur sa propre économie qui était sous l'emprise des fluctuations des spéculateurs extérieurs et d'une oligarchie locale (propriétaire ou actionnaire de seconde ligne) en accord avec l'impérialisme des puissances³⁵⁵. Deuxièmement, aux faits précédemment décrits s'additionne l'élément déclenchant : les nombreux abus perpétrés par l'*International Petroleum Company* (IPC) de capitaux britanniques, notamment par la mystérieuse disparition de la page numéro onze d'un contrat d'exploitation pétrolière désavantageant en toute apparence l'Etat péruvien. C'est dans ce contexte hostile que la junte militaire auto-qualifiée de révolutionnaire et nationaliste prend le pouvoir et dicte comme première mesure la publication des statuts de son action (mettant en suspens la Constitution de 1933) fondé sur :

« [la] promo[tion des] niveaux de vie supérieurs, compatibles avec la dignité humaine, des secteurs les moins favorisés de la population en transformant les structures économiques, sociales et culturelles du pays [...] Attach[ant] un sens nationaliste et indépendant aux actes du gouvernement, fondés sur une ferme défense de la souveraineté, [...] [la] promo[tion de] l'union, la concorde et l'intégration des péruviens, renforçant la conscience nationale³⁵⁶. »

208. A partir de cette déclaration il peut être observé que d'emblée le gouvernement nationaliste péruvien met en avant sa volonté de travail au bénéfice des « moins favorisés de la population », c'est-à-dire les pauvres et précaires, qui se trouvent pour beaucoup chez les indigènes, mais pas uniquement. Le moyen d'action est clair et se manifeste par une grande transformation avant tout économique (qui impliquerait de bouleverser le *statu quo ante*) mais aussi sociale et culturelle. En outre, cette déclaration associe le nationalisme, qui dirige l'action du gouvernement, à l'indépendance et à la souveraineté. Ce qui signifie que, à différence du nationalisme hégémonique européen du XXème siècle, la revendication nationale du nationalisme péruvien renvoie plus à une volonté anti-impérialiste réaffirmant la volonté de l'Etat de se libérer des ingérences extérieures, excluant l'idée d'un

³⁵⁵ Pour toutes ces descriptions voir notamment A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Peru*. Lima: Ediciones Periferia SRL, 1971, pp. 42-43.

³⁵⁶ Statuts du gouvernement révolutionnaire des Forces Armées, 3 octobre 1968, Décret-loi n° 17.063, art. 2, al. b, c et e, (traduction libre de l'espagnol).

renforcement de l'idée de nation ethnique péruvienne. Cependant cette déclaration met en exergue l'« union » et l'« intégration » de la société péruvienne autour d'un travail de construction nationale autour de l'imaginaire collectif (« la conscience nationale »). Ainsi dans cette première déclaration cadre, on retrouve toutes les définitions du nationalisme péruvien : la lutte contre l'injustice sociale par la revendication de transformation des structures économiques ; l'anti-impérialisme économique et politique ; l'impératif d'union sociale autour d'une nation incluant tous les péruviens.

209. Il faut noter que, même si l'indigénisme peut être déduit de la lutte contre les injustices économiques et de la volonté de construction d'une union des péruviens, cette déclaration ne fait pas mention des indigènes ni de toute autre communauté. *A fortiori* il n'a pas non plus été question de priorités nationales, de stigmatisation communautaire, ni de xénophobie. La volonté d'union nationale qui sera appelée plus tard « intégration nationale » était comprise en réalité comme « l'assimilation d'un ensemble d'intérêts de la société ayant pour objectif la réalisation d'un but commun conduit par les autorités étatiques³⁵⁷ ». Dans cette version du nationalisme, la constitution de la nation aurait donc un double intérêt social et organisationnel. C'est à dire synthétiser une collectivité d'intérêts populaires les élevant à l'échelon national, et ce qui est intéressant pour cette étude, intégrer l'indigène à la société économique (même s'il y a eu aussi une tentative de revalorisation de la culture indigène). Cette question était d'importance vitale, car en 1958 la moyenne du revenu par habitant était de 320 dollars à Lima et 40 dollars dans la Sierra (région de montagne des Andes péruviens) ; de plus, selon la *Food and Agriculture Organization* (FAO) les principaux problèmes de l'agriculture péruvienne étaient intimement liés à la population autochtone ; enfin au niveau de la consommation de calories par jour on consommait 2800 à Lima et seulement 1600 à la Sierra³⁵⁸. Le défi était donc d'inclure la Sierra, et les indigènes qui vivaient majoritairement là-bas, dans la société économique du Pérou afin de gommer ces grandes différences sociales régionales. En réalité les militaires ont compris, selon G.-C. Aranda Bustamante, qu'il était nécessaire de renverser cette situation d'injustice sociale afin de limiter les risques d'une « désintégration sociale » qui semblait flagrante, en augmentant les fonctions d'assistance de l'Etat³⁵⁹ en même temps que

³⁵⁷ G. C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala, op. cit.*, p. 94.

³⁵⁸ *Ibid.* pp. 238-239.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 96.

l'Etat devenait acteur de l'économie nationale par la mise en place de mécanismes de protection de l'économie locale (étatisation bancaire et nationalisation de certaines sources de richesse).

210. De façon concrète, les objectifs à moyen terme dirigeaient l'action du gouvernement vers d'importants correctifs au système économique, notamment par le processus de réforme agraire dans toute la région andine péruvienne ; par le plan de changement de la structure de production nationale (réactivant le secteur secondaire) ; par l'étatisation et nationalisation de certaines entreprises stratégiques en même temps que, paradoxalement, il était fait appel à de nouveaux capitaux étrangers, tout en préparant les capitaux nationaux au processus d'intégration latino-américaine et andine³⁶⁰. Plus qu'une ambitieuse refonte de tout l'appareil institutionnel vers un certain type de corporatisme, typique des régimes militaires antérieurs, le gouvernement de Velasco Alvarado se démarqua par le contenu différent de son programme, qui était celui des organisations politiques dirigées par les intellectuels et classes moyennes³⁶¹. Ce qui veut dire que les militaires nationalistes qui ravirent le pouvoir en 1968 paraissaient éloignés des oligarchies et davantage proches des pauvres et des intellectuels³⁶².

211. En effet, depuis les années 1950 l'armée avait réussi à former ce que J. Cotler appelle une *intelligentsia* militaire au travers de ses instituts de formation, s'appropriant les projets et idées politiques révolutionnaires d'Haya de la Torre en les combinant avec le libéralisme et les idées politiques chrétiennes françaises³⁶³, formant « un mélange idéologique » loin

³⁶⁰ N. CERESOLE, « El nacionalismo militar latinoamericano », BELTRAN, V.-R., *El papel político de la Fuerzas Armadas en América latina*, op. cit., p. 245. Ce dernier point montre d'ailleurs que l'axe économique du nationalisme ne se bornait pas à refuser tout ce qui était étranger, mais plutôt à rééquilibrer les rapports de force économique en protégeant les entreprises locales et en cherchant une diversification des investissements (non pas uniquement des puissances, mais aussi des Etats de la région). Sur ce dernier point, voir notamment A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Perú*, Lima, Ediciones Periferia SRL, 1971, p. 51.

³⁶¹ G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala*, op. cit., p. 93.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Après la Seconde Guerre mondiale, les penseurs chrétiens furent influencés par deux idées issues du « Centre économie humaine » de Marseille : premièrement que la pauvreté est la conséquence de structures injustes de la société, et deuxièmement, que les pauvres peuvent être les agents de transformation de leurs vies et de la société. Le prêtre dominicain L.-J. Lebreton (fondateur du centre économie humaine) arriva à la conclusion que le problème de la pauvreté étant structurel, les réponses contre celle-ci devaient être aussi structurelles, face à quoi l'*assistentialisme* et la charité ne suffisaient pas. Lebreton fut invité au Pérou en 1958 analysant le problème des *barriadas* (quartiers de fortune périphériques aux villes), influençant beaucoup dans la nouvelle mentalité sociale qui inspirera le mouvement de Velasco Alvarado. Voir en ce sens : J. KLAIBER, « La Iglesia y la marginalidad en el Perú y América Latina del siglo XVI al XXI », C. ROSAS LAURO (éd.), *La marginación en el Perú Siglos XVI a XXI*, Lima, PUCP, 2011, p. 177.

d'être communiste³⁶⁴, mais ayant un fond assez tourné vers le social. En ce sens, plusieurs actions furent mises en place ; deux grandes réformes emblématiques du projet militaire-nationaliste sont à noter : la nationalisation partielle dans le domaine pétrolier et la réforme agraire.

212. Conscients que le caractère social de la révolution péruvienne dépendait de la portée socio-économique des changements internes menés par le gouvernement nationaliste-militaire³⁶⁵, la première action du nouveau gouvernement était de résoudre le problème des abus apparents perpétrés par l'*International Petroleum Company* qui avaient déclenché le scandale politique provoquant la rupture de l'ordre constitutionnel. Ainsi, la plus grande entreprise pétrolière du Pérou sera en effet nationalisée, générant un conflit diplomatique avec la Couronne britannique et les Etats Unis. D'un côté le droit fut bafoué avec cette mesure puisqu'il n'y eut pas d'indemnité compensatoire pour le consortium propriétaire, comme il était prévu par les normes en cas de nationalisation. D'un autre côté, le gouvernement militaire avait voulu donner une apparence d'ordre juridique à cette action, en livrant d'abord un fondement objectif à cette nationalisation (l'abus de droit de l'entreprise) et puis, en spécifiant que cet acte était totalement exceptionnel³⁶⁶, laissant donc les sept autres entreprises pétrolières (toutes contrôlées par des capitaux étasuniens ou anglais) opérer normalement. Ce qui signifie qu'il n'y a pas eu de politique pétrolière pleinement nationaliste, mais une double intention très significative : premièrement, montrer que l'Etat n'allait pas hésiter à aller au bout de son rôle régulateur, en limitant les droits d'une entreprise qui abuserait de sa liberté d'entreprendre en dépit des intérêts de l'Etat ; deuxièmement participer activement du processus économique pétrolier à travers une entreprise nationale (la nationale *PetroPerú* succédera à l'*International Petroleum Company*) assurant l'approvisionnement national et donc les intérêts nationaux.

213. En outre et finalement, la non-nationalisation des autres entreprises pétrolières par le gouvernement militaire-nationaliste révèle le caractère social, socialiste, mais certainement pas communiste du programme. Car les rapports économiques et sociopolitiques furent transformés suite aux dispositions gouvernementales de Velasco, mais la structure du

³⁶⁴ J. COTLER, « Las intervenciones militares y las "transferencias del poder a los civiles" en Perú », J. COTLER, *Política y sociedad en el Perú*, Lima, IEP, 1994, pp. 105-142. p. 230.

³⁶⁵ N. CERESOLE, « El nacionalismo militar latinoamericano », BELTRAN, V.-R., *El papel político de la Fuerzas Armadas en América latina*, op. cit., p. 239.

³⁶⁶ A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Perú*, op. cit., p. 54.

pouvoir ne parvînt pas à se renverser. En effet, le gouvernement s'est conformé de parvenir à activer le rôle régulateur de l'Etat : en imposant aux entreprises un respect strict des contrats signés (ce qui ne se faisait pas avant) ; et en participant activement dans l'accumulation de richesse capitaliste au bénéfice de l'Etat³⁶⁷.

214. Sans pour autant parvenir à rendre effectif un programme marxiste d'élimination de la propriété privée, ou un programme socialiste-nationaliste orthodoxe d'élimination de l'investissement privé au profit d'une nationalisation intégrale. Velasco entama plutôt le processus de construction d'une économie mixte au Pérou, voire d'une embryonnaire économie sociale de marché. Car, premièrement, les investissements privés n'ont pas cessé de constituer la part la plus importante du dynamisme économique péruvien (en matière pétrolière mais aussi minière et de pêche – qui étaient les secteurs les plus porteurs de l'économie locale -) augmentant même le nombre d'investissements privés durant la période nationaliste-militaire ; et deuxièmement, la souveraineté de l'Etat a été rendue effective³⁶⁸ dans la sphère économique grâce à l'affirmation d'un rôle régulateur et actif au bénéfice du pouvoir d'achat des familles vivant sur son territoire. Ce rôle actif se traduisant par la création d'entreprises nationales dans les secteurs considérés clefs, ainsi à côté de *PetroPerú* pour le pétrole se créeront *MineroPerú* (pour les mines), *Entel* (pour les télécommunications), *Epchap* (pour la farine de poisson)³⁶⁹, etc.

215. S'en suit, en 1969, la réforme agraire³⁷⁰ qui avait pour but de rompre avec l'oligarchie de propriétaires terriens³⁷¹ peu coopératifs à réinvestir leurs dividendes pour redynamiser le

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 134.

³⁶⁸ « [...] le Pérou en tant que nation souveraine, est disposé à livrer l'inégale bataille économique avec laquelle les dénommés peuples développés essayent de soumettre les autres qu'ils appellent les sous-développés, alors que ces derniers tentent de laisser de l'être et sont déterminés à être les acteurs de leur propre destin » J. VELASCO ALVARADO, *Discours prononcé au Centre de Hautes Etudes Militaires*, 4 décembre 1968 (traduction libre de l'espagnol).

³⁶⁹ A. Quijano observe que bien que potentiellement nationaliste, la politique d'Etat participant à l'accumulation de richesse capitaliste dans sa propre économie par la création d'entreprises nationales n'est pas nécessairement une caractéristique déterminante du nationalisme, puisqu'il ne s'agit pas d'éliminer les investissements de type impérialiste mais uniquement de les limiter. D'ailleurs le Chili du gouvernement de Frei, qui précéda Allende et qui était pro-libéral et favorable aux Etats Unis, créa aussi des entreprises nationales pour les mêmes raisons. A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Perú*, op. cit., pp. 140-141

³⁷⁰ Établie par le Décret-loi n°17.716 du 24 juin 1968.

³⁷¹ M. TANAKA, *¿Crónica de una muerte anunciada? Determinismo voluntarismo, actores y poderes estructurales en el Perú*, p. 106, G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala*, op. cit., p. 102.

secteur primaire et construire un secteur agroindustriel³⁷². La réforme agraire permettra de redistribuer les terres agricoles de façon plus équitable, favorisant clairement aux *comunidades campesinas* indigènes qui représentaient la moitié des péruviens. En effet, jusque-là ces communautés paysannes avaient peu de terres, occupaient en général les terres sur les pires emplacements (par exemple sur les flancs des collines) et leurs parcelles étaient dispersées sur un vaste territoire, provoquant des problèmes d’approvisionnement et des conflits intercommunautaires³⁷³. D’une part, ladite réforme a brisé la relation de domination et dépendance fondée sur la terre qui était une ancienne revendication indigéniste³⁷⁴ et, d’autre part, elle a permis d’améliorer les conditions de travail et d’alimentation des indigènes qui se sont constitués en coopératives paysannes. Ce fut donc le bouleversement le plus important du programme révolutionnaire social et économique puisqu’il a eu pour conséquence d’améliorer de façon conséquente les droits sociaux des indigènes, de façon à entamer le processus d’inclusion sociale, en dépit d’une liberté non régulée des grands capitaux sur le foncier. Ainsi, Velasco Alvarado fonde son programme de réforme sur le critère de *fonction sociale de la propriété* et sur la recherche de rééquilibre des rapports socio-économiques : « La loi oriente la fin des systèmes de *latifundio* et *minifundio* agricole, les substituant par un régime juste de propriété terrienne [...] qui tend à servir à celui qui laboure la terre [...] La nouvelle loi de réforme agraire limite le droit de propriété de la terre, pour garantir que celle-ci accomplisse sa fonction sociale dans un ordre de justice [...]»³⁷⁵ ». Ces fondements, surtout celui de *fonction sociale*, révèlent un rattachement (idéologiquement conscient ou pas) aux thèses solidaristes françaises de L. Bourgeois et surtout de L. Duguit³⁷⁶, ayant déjà influencé, quelques décennies auparavant, le système

372 Le Général Velasco Alvarado n'est pas l'initiateur du processus de réforme agraire. Avant lui, un mouvement dirigé par le trotskyste Hugo Blanco avait réussi à organiser des syndicats de paysans dans les vallées de La Convention et Lares afin de récupérer des terres et faire accepter au gouvernement de Pérez Godoy (1962) l'idée d'une réforme agraire. Entre 1963 et 1970 H. Blanco est emprisonné et son mouvement se converti à la guérilla, s'inspirant de la révolution cubaine qui influençait déjà les mouvements politiques de gauche dans toute l'Amérique latine : R. PALACIOS RODRÍGUEZ, « Estado y política », J. VALDIZAN, F. ARMAS et al., *El Perú Republicano 1821-2011*, Lima, Universidad de Lima, 2012, pp. 338-339.

373 J. MATOS MAR, « Dominación, desarrollos desiguales y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas », *op. cit.*, p. 32.

374 Velasco Alvarado, qui avait une attention particulière pour le personnage historique qui fut Tupac Amaru (leader indigène martyr et résistant contre la colonisation espagnole, devenu emblème de l’indigénisme), paraphrasa ce dernier au moment de la Réforme agraire : « paysan, le patron ne mangera plus de ta pauvreté » J. COTLER, *Crisis política y populismo militar en el Perú*, p. 477, G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala*, *op. cit.*, p. 103.

375 J. VELASCO ALVARADO, « Mensaje a la Nación con motivo de la promulgación de la ley de la Reforma Agraria », 24 juin 1968 (traduction libre de l’espagnol).

376 Voir notamment: L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 95 et ss, 163 et ss, 613 et s.

juridique colombien dès la réforme constitutionnelle de 1936, déterminante pour entamer la réforme agraire dans ce pays³⁷⁷.

216. Nonobstant deux imperfections de la réforme sont à noter, ce qui annonçait déjà que le système instauré n'allait pas avoir les résultats révolutionnaires que le gouvernement annonçait. Tout d'abord le système de compensations des expropriés permettait aux anciens propriétaires d'échanger leurs avoirs par des bons d'une compagnie industrielle, provoquant la naissance d'un nouvel axe de domination encore plus fort dans l'industrie³⁷⁸ en dépit cette fois des ouvriers. Ensuite, et le plus important, le plan d'établissement des coopératives paysannes fut mal élaboré, laissant la gestion des coopératives entre les mains des secteurs paysans qui pour la première fois ont eu conscience de leurs droits et qui n'avaient pas d'expérience des affaires. Malgré la volonté de consolider la cohésion sociale par le biais de la réforme agraire, celle-ci ne provoquera pas une amélioration de la qualité de vie paysanne puisque les coopératives se sont rapidement dirigées vers la faillite, ruinant plusieurs entreprises productrices de sucre, coton et riz. Cette situation et la fin intempestive du gouvernement militaire-nationaliste en 1975 par un autre coup d'Etat, assez tourné vers le libéralisme économique cette fois-ci, n'ouvrit pas d'autres possibilités aux paysans que de continuer à vivre dans la marginalité historique, aggravée par l'absence d'écoles, de prestations sociales de l'Etat, et de toute action positive de l'Etat en matière sociale. La volonté de voir aboutir un projet de cohésion sociale avait échoué.

217. *A posteriori* du gouvernement de Velasco Alvarado, la cohérence idéologique de son gouvernement fut amplement étudiée, selon D. Iglesias, notamment par la doctrine de gauche, qui entama un processus de déchirement entre une tendance qu'on pourrait dénommer *modérée* et une autre *radicale*. En effet, alors que le premier groupe prétendait que le gouvernement velasquiste fut réformiste social (argumentant la réalisation d'un certain nombre de réussites sociales, et l'éviction des bourgeois du gouvernement³⁷⁹), les radicaux estimaient qu'il s'agissait d'un « réformisme bourgeois »³⁸⁰ (argumentant de l'incapacité à transformer les structures économiques, et à instaurer un modèle de société

³⁷⁷ S. BOTERO, « La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia », *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*, n° 33, 2006, pp. 90 et s.

³⁷⁸ A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Peru*, *op. cit.*, p. 51.

³⁷⁹ H. BEJAR, « Velasco: reformismo burgués? », *Socialismo y Participación*, n° 5, 1978, p. 77.

³⁸⁰ M. LAUER, F. ARIAS SCHREIBER et al., *El reformismo burgués (1968-1976)*, Lima, Mosca Azul, 1978, 253 p.

coopérativiste, au profit de compromissions avec le capitalisme)³⁸¹. Aucun des deux groupes ne parviendra donc à justifier le caractère révolutionnaire de ce que Velasco Alvarado avait appelé *gouvernement révolutionnaire*. En ce sens, tout l'enjeu de ces débats se concentra sur le fait de savoir quelle fut la dose de réformisme (et donc d'atténuation du libéralisme) appliquée par Velasco Alvarado. C'est selon ce critère, qu'ils se permettront de qualifier le gouvernement de *social* ou de *bourgeois*. Ceci signifie que la doctrine péruvienne de gauche entamera, dès la fin des années soixante-dix, un nouveau processus de réflexion autour du rapport entre marxisme et libéralisme économique, ce qui aura des conséquences sur son identité politique et sur l'avenir de sa portée idéologique³⁸².

Section 3) La social-démocratie : véritable doctrine contemporaine du social ?

218. Généralement lorsqu'il est fait allusion à la mondialisation, celle-ci s'associe à l'augmentation des échanges économiques, des flux de capitaux et à l'harmonisation des marchés et de certaines normes relatives au commerce international. Pourtant, bien que ce processus soit fortement dominé par l'économie, il a des répercussions juridiques et sociales, les influençant vers une évolution qui sera aussi mondialisée. Ainsi, les différentes idées politiques (qui s'attachent à déterminer les différentes conceptions d'organisation des institutions) évoluent dans chaque Etat de façon à intégrer de façon incontournable le phénomène de la mondialisation, en même temps que beaucoup d'entre elles se mondialisent aussi.

219. Dans ce contexte, la social-démocratie, qui dans sa genèse fut un mouvement politique et ouvrier développé en Allemagne, disposera, au cours du XXème siècle, d'un rayon d'influence en matière de progrès sociaux s'étendant au-delà de l'Allemagne (I). En France, dans les pays nordiques, en Europe centrale, et plus loin en Australie, au Japon, force est de constater qu'il existe des groupes politiques qui se réclament de la social-démocratie. Or dans le cas de l'Amérique latine et du Pérou, ces groupes à base ouvrière ne prospérèrent jamais à cause notamment du populisme et des caractéristiques paysannes de la région (II). Pourtant dans un contexte de mondialisation fortement dominé par les idées politiques du libéralisme, notamment à partir de la chute du mur de Berlin, la social-démocratie perdra

³⁸¹ D. IGLESIAS, *Les mythes fondateurs du parti apriste péruvien. Sociohistoire de la culture politique d'un parti latino-américain (1923-1980)*, op. cit., pp. 104-105.

³⁸² *Ibid.*, pp. 103-104.

toute sa portée, d'abord révolutionnaire, puis réformiste. A l'heure actuelle, éloignée de son idéologie sociale, qui constitue le fond de la social-démocratie, il ne reste plus qu'une simple forme de gouvernement de laquelle beaucoup souhaitent se réclamer (III).

I- Un mouvement des ouvriers allemands influençant l'Europe

220. La social-démocratie n'a pas une définition précise, car étant le fruit d'une histoire complexe selon chaque pays, elle dispose de définitions variées selon le temps et l'espace qui s'appliquent à son évolution. Elle n'est donc pas d'emblée une idée politique homogène, mais plutôt une « famille politique réunissant des formations socialistes adhérant aux principes de la démocratie parlementaire³⁸³ ». De plus, comme le soutient C.-M. Herrera, le parti social-démocrate allemand (qui est à la source de cette famille politique) n'est pas parvenu à construire une réflexion juridique et constitutionnelle solide³⁸⁴, bien qu'il constituait le plus important parti ouvrier au monde³⁸⁵. Fondé officiellement en 1869, le parti social-démocrate allemand est le premier mouvement ouvrier allemand qui se réclame clairement de la social-démocratie³⁸⁶, alors que depuis les années 1830 les témoignages de précarité, misère et paupérisme se multipliaient au point de provoquer des « conflits d'origine socio-économique », opposant dans les années 1840 les patrons et les ouvriers (ces derniers étant encore peu ou pas organisés)³⁸⁷.

221. Face à cette situation, S. Born définit l'ambition d'un nouveau mouvement politique dans un célèbre article paru dans *Le Peuple (Das Volk)* en 1848 : « Nous devons chercher à réconcilier les forces opposées, à ne pas laisser face à face dans leur hostilité le pouvoir des ouvriers et le pouvoir des capitalistes, nous devons faire aboutir les deux partis à un accord librement consenti. »³⁸⁸. En réalité l'essence de la social-démocratie résulte pour beaucoup de cette phrase qui résume les éléments clefs qui composent la vision réformiste-républicaine de cette idée politique : tout d'abord accepter qu'il existe la possibilité de

³⁸³ O. NAY, entrée « social-démocratie », O. NAY (dir.) *Lexique de Science Politique*, 2^e éd. Paris, Dalloz, 2011, p. 521.

³⁸⁴ C.-M. HERRERA, « Droit et gauche sur une recherche », C.-M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé, 2002, p. 11.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, Paris, Aubier, 1996, p. 9.

³⁸⁷ *Ibid.* pp. 20 et 21.

³⁸⁸ S. BORN, *Das Volk*, 20 juin 1848, J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, Paris, Aubier, 1996, p. 11.

construire un courant politique comportant une dose de capitalisme et de socialisme à la fois ; ensuite, que cette forme du politique doit être le fruit d'une entente. Entente qui implique l'existence d'un cadre social garantissant les libertés et l'égalité en droits. Ce qui se traduirait, du point de vue socioéconomique, par « l'appropriation collective [partagée] des moyens de production³⁸⁹ ». Cette position ne sera pas partagée par Marx et Engels qui soutenaient que la social-démocratie devait porter le message révolutionnaire de la lutte des classes (advenant à la dictature du prolétariat) disqualifiant ainsi le réformisme de Born et celui des « républicains petit-bourgeois dont l'idéal est une république allemande [...] et qui maintenant s'attribuent les qualificatifs de rouge et de social-démocrate [alors qu'ils sont bien éloignés du parti ouvrier révolutionnaire]³⁹⁰ ». Marx et Engels étaient en effet attachés à leur démonstration de révolution inexorable des classes sociales, c'est-à-dire au mouvement de l'histoire qui repose sur l'évolution des conditions de production par le communisme dominé par la classe prolétaire ôtant le pouvoir de domination à la bourgeoisie³⁹¹. Pour parvenir aux buts de la social-démocratie à savoir récupérer les moyens de production, deux courants guideront l'histoire de la social-démocratie allemande : les révolutionnaires et les réformistes.

222. Le substrat des appuis populaires allemands regroupés autour d'associations d'ouvriers prônaient, comme revendication centrale, le changement des fondements de la société par le bouleversement de l'ordre établi, au besoin par la force armée³⁹². Ce bouleversement consistait à dépasser la démocratie civile pour atteindre la démocratie sociale à travers la mise en place d'une plus juste répartition des profits et d'ateliers nationaux³⁹³, assurant ainsi l'égalité sociale qui serait la condition de la liberté. W. Weitling prônait en ce sens, dès 1845, que le but consiste à instaurer une répartition égale entre tous du travail et de la jouissance des biens³⁹⁴. Après une expérience de révolution manquée en 1848 et l'installation de l'autoritarisme bismarckien, les mouvements ouvriers allemands s'essoufflent. Or les organisations ouvrières avaient obligé le gouvernement allemand dès

³⁸⁹ A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate*, Paris, PUF, 1989, p. 183.

³⁹⁰ K. MARX et F. ENGELS, *Studienausgabe*, tome III, Frankfurt am Main, Fischer, 1966, p. 92, J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, Paris, Aubier, 1996, p. 11.

³⁹¹ K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, Paris, Aubier, 1971, p. 109.

³⁹² J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme, op. cit.*, p. 25.

³⁹³ Il s'agit de revendiquer le droit au travail, élément de l'histoire politique qui coïncidera de façon contemporaine le substrat du mouvement social Français de 1848.

³⁹⁴ W. WEITLING, *Die Menschheit wie sie ist und wie sie sein sollte*, Bern, Druk und Verlag von Denni, 1845, pp. 42 et s.

1839 à adopter le premier embryon de lois sociales, en matière de droit du travail, avec la prohibition du travail des enfants de moins de neuf ans dans les mines et usines, et étaient en train de contraindre les dirigeants politiques à se pencher sur les problèmes sociaux du prolétariat, ce qui contribua en grande mesure à construire (lentement) l'Etat social allemand³⁹⁵. Ces faits nous laissent entrevoir l'élément qui différencie la social-démocratie des libéraux et des républicains : il s'agit, du moins à ses débuts, d'un parti de travailleurs³⁹⁶ voué aux combats incombant au salariat, car le monde du travail (notamment les syndicats) est fortement présent dans les structures du parti social-démocrate³⁹⁷ en Allemagne mais par la suite aussi en Autriche, en Suède, etc.

223. Le mouvement social-démocrate de défense des travailleurs, va pâtir du contexte politique complexe postérieur à 1848, puisque une nouvelle force politique se révèle chez les libéraux de gauche qui se présentent comme un espoir pour les prolétaires allemands. En effet, dès 1861 les libéraux s'étaient scindé en deux groupes, d'une part, les libéraux les plus anciens, modérés et de droite et, d'autre part, les insoumis au pouvoir et considérés comme l'aile gauche des libéraux (ils se fédéraient autour du « parti du progrès »). En 1867 un segment de ces derniers constituent le parti national-libéral se ralliant à Bismarck dès leur constitution et hypothéquant les libertés publiques contre l'impératif « d'unité de toute l'Allemagne [...qui] est, pour nous, la tâche la plus importante de notre époque³⁹⁸ », disait E.-R. Huber. Ce ralliement laissa en minorité les libéraux de gauche du parti du progrès qui demeuraient impuissants dans l'opposition, provoquant, comme l'explique J.-P. Gougeon, une progressive perte de légitimité politique de la part des ouvriers et des penseurs du social-libéralisme tel que A. Babel ou H. Schulze-Delitzsch, ne voyant pas défendus les intérêts des ouvriers ni concrétisées les revendications de ces derniers, ils finirent par rejeter tout libéralisme et son projet de réformisme social « par en haut »³⁹⁹ réaffirmant ainsi l'identité de la social-démocratie qui s'officialisera d'abord en 1869. Cette identité consistera à insister sur l'importance du droit pour atteindre le socialisme, se focalisant, comme l'énonce

³⁹⁵ Grâce à toute une série de lois sociales en matière de travail (repos dominical, réduction de la journée de travail), jusqu'aux lois bismarckiennes de sécurité sociale (1883-1889) qui poseront les jalons du modèle d'Etat social allemand qui se consolidera plus tard avec la Constitution de Weimar (1919), influençant les Etats européens (l'Espagne en 1900 ; l'Autriche en 1887).

³⁹⁶ A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate*, Paris, PUF, 1989, p. 21.

³⁹⁷ *Ibid.* pp. 16-19.

³⁹⁸ E.-R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, vol. 2. Stuttgart, Kohlhammer, 1978, p. 132.

³⁹⁹ J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, *op. cit.*, pp. 62-72.

C.-M. Herrera, « sur le droit vivant, sur le droit social, qui a d'autres producteurs que l'Etat.⁴⁰⁰ ». En somme il s'agit d'un droit produit « par en bas », c'est-à-dire par la négociation collective et par les revendications populaires, mais avant tout prolétaires. Cela deviendra donc la méthode caractéristique de la social-démocratie.

224. Pourtant, jamais les factions qui prônent le réformisme « par en bas » et celles qui souhaitent la révolution n'arriveront à concilier leurs différences historiques au sein de la social-démocratie. Cette situation aboutira entre 1920 et 1930 à une scission entre ces deux formations : d'une part chez les réformistes on cherchera plus une approche modérée pour la transformation sociale et politique ; d'autre part, chez les révolutionnaires on affichera d'avantage l'idée d'une rupture avec le marché et la démocratie représentative pour aboutir à leurs transformations⁴⁰¹.

225. Sur le plan international le caractère novateur et revendicatif de la social-démocratie jouira d'un prestige qui le poussera à dépasser rapidement les frontières de l'Allemagne, tout d'abord en Autriche, dans les pays scandinaves et en France où J. Jaurès aura un rôle à la fois empathique avec ses pairs allemands, reconnaissant les mêmes objectifs de socialisme, mais aussi très critique contre les méthodes pour atteindre les objectifs. D'une part, J. Jaurès cherche à bâtir un socialisme en République (éloigné du déterminisme historique marxiste) qu'il dénomma socialisme-démocrate, l'assimilant lui-même à l'esprit de la social-démocratie dans une lettre adressée à E. Bernstein en 1902⁴⁰². D'autre part, la vision de Jaurès a la particularité d'être révolutionnaire du point de vue économique, tout en croyant à la place de l'Etat pour mener les normes nécessaires au changement social. Ainsi, comme est évoqué par J. Schmitz, c'est la théorie révolutionnaire du droit de F. Lasalle qui va influencer Jaurès⁴⁰³, en ce sens que la révolution opérerait par la voie de la démocratie représentative.

⁴⁰⁰ C.-M. HERRERA, « Droit et gauche sur une recherche », *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰¹ O. NAY, entrée « social-démocratie », O. NAY (dir.) *Lexique de Science Politique*, 2^e éd. Paris, Dalloz, 2011, p. 521.

⁴⁰² Lettre de J. Jaurès à E. Berstein, IISG, « France, various manuscripts », Jean Jaurès, n°12, 19 janvier 1902. Voir *Annales historiques de la Révolution française*, 2/2010, pp. 223-229, J.-N. DUCANGE, *La Révolution française et la social-démocratie. Transmissions et usages de l'histoire en Allemagne et Autriche 1889-1934*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 114.

⁴⁰³ J. SCHMITZ, « La pensée sociale de Maurice Hauriou et de Jean Jaurès », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2, 2008, p. 798.

226. En effet, la conception politique du social jaurésienne, à l'image des idées de L. von Stein, cherche donc à établir une révolution « par en haut », c'est-à-dire par l'action de l'administration⁴⁰⁴ et de l'action parlementaire, pour atteindre les objectifs du socialisme⁴⁰⁵. Cette vision du socialisme français, ou socialisme-démocrate ou encore socialisme-républicain, dénonçait le déterminisme historique marxiste et l'anti-républicanisme s'opposant aux valeurs acquies par la Révolution française. Position que paradoxalement beaucoup de socialistes allemands ne partageaient pas, d'autant plus qu'ils constataient le caractère peu développé de la Troisième République sur le plan social⁴⁰⁶ comparé au contexte social allemand très avancé, où nombreuses lois sociales en matière de travail (repos dominical, réduction de la journée de travail) et les lois bismarckiennes de sécurité sociale (1883-1889, sous le Deuxième Reich) avaient réussi à former les prémises d'un Etat social allemand.

227. Néanmoins il est important de rappeler ici que l'Etat social bismarckien ne fut ni socialiste, ni social-démocrate. Premièrement il ne fut pas social-démocrate parce qu'il ne se calqua pas sur aucune des deux grandes écoles de la social-démocratie de l'époque et que le pouvoir n'était pas entre les mains de structures de défense des droits des travailleurs. En ce sens l'Etat social bismarckien ne fut ni révolutionnaire marxiste ; ni réformiste bornien ou jaurésien, puisqu'il ne remît pas en question les structures du pouvoir économique et puisqu'il fut imposé par le chancelier Bismarck loin du cadre de liberté et démocratie pensé par S. Born et par J. Jaurès respectivement. Deuxièmement, et en conséquence du point antérieur, l'Etat social bismarckien ne fut pas non plus socialiste.

228. Ainsi, l'observation qu'*a posteriori* donne le juriste espagnol M. Garcia-Pelayo, s'applique parfaitement ici : « l'Etat social n'est pas socialiste⁴⁰⁷ ». En effet, l'Etat social est assez souvent imprégné d'un libéralisme atténué, c'est un Etat promoteur, qui pratique

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ C'est d'ailleurs la position que Jaurès défendra dans son discours du Congrès socialiste international d'Amsterdam en 1904 où il reproche aux sociaux-démocrates allemands d'être « un grand et admirable parti [qui n'a] ni l'action révolutionnaire, ni l'action parlementaire » ; les incitant, en outre, à se concentrer sur la majorité au parlement mais surtout à ravir le pouvoir au gouvernement, induisant de ce fait à ce que le socialisme se fasse « d'en haut » : J. JAURÈS, « Discours de Jaurès à Amsterdam », *La Revue socialiste*, t. 40, n° 237, 1904, pp. 288 et s.

⁴⁰⁶ J.-N. DUCANGE, *La Révolution française et la social-démocratie. Transmissions et usages de l'histoire en Allemagne et Autriche 1889-1934*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 118.

⁴⁰⁷ M. GARCIA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 66.

les théories économiques de type keynésiennes sans éliminer les inégalités sociales⁴⁰⁸. Le libéralisme économique est maintenu en échange de quoi l'Etat procède à l'établissement d'un socle de droits sociaux afin de garantir un seuil minimum de dignité d'abord pour les précaires et ensuite pour certains pauvres. Comprendons bien qu'il s'agit d'un compromis économique, fort caractéristique du versant réformiste de la social-démocratie, qui lui vaudra des hostilités notamment de la part des courants révolutionnaires et à partir de 1920 de la part du Parti ouvrier communiste allemand. Ce dernier n'hésitant pas à s'en prendre violemment à la social-démocratie, en affirmant que « le problème de la révolution allemande est le problème de la prise de conscience du prolétariat allemand », avant de soutenir que « la psychologie du prolétariat allemand [...] porte la marque [...] d'un esclavage militaire de plusieurs siècles et de l'absence totale de toute conscience propre ce qui est le fruit du crétinisme parlementaire du SPD [...] »⁴⁰⁹.

229. Pourtant c'est bien durant cette période, et notamment en 1919, que l'école réformiste de la social-démocratie allemande sera la plus confortée dans ses positions après qu'elle a réussi à consolider la juridicité de l'Etat social lors de la constituante de Weimar. Ceci, grâce à une majorité relative acquise en faveur des socialistes⁴¹⁰ (surtout issus du Parti Social-démocrate d'Allemagne - SPD) qui seront à l'origine du constitutionnalisme social européen. Influençant des pays d'Europe du Nord et d'Europe centrale, mais aussi l'Espagne⁴¹¹, qui adoptera en 1931, grâce au travail du juriste L. Jiménez de Asúa, une Constitution sociale⁴¹². Cette dernière étant le fruit, selon son rapporteur, « des aspirations programmatiques que les peuples réclament et désirent de façon normative et efficace » et inspirées par ce qu'il qualifie de « Constitutions mères », en claire référence, comme l'indique C.-M. Herrera, à la Constitution allemande de 1919 et, en moindre mesure, aux précédents historiques russe et mexicain⁴¹³. B. Mirkine-Guetzévitch et C.-M. Herrera relèvent que la Constitution espagnole de 1931 condense la majeure partie de sa portée

⁴⁰⁸ Selon les socialistes le facteur qui est à l'origine de la pauvreté constitue la possession privée des moyens de production et la complicité du système politique. Alors sans modification juridique de la structure économique et de propriété il serait impossible de parvenir à atteindre une homogénéité matérielle parmi les membres de la société.

⁴⁰⁹ J. DROZ, « Anarcho-syndicalisme et communisme de gauche dans les débuts de la République de Weimar », *Mélanges d'Histoire Sociale offerts à Jean Maitron*, Paris, Les Editions Ouvrières, 1976, p. 81.

⁴¹⁰ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 103.

⁴¹¹ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, p. 56.

⁴¹² *Ibid.*, p. 106.

⁴¹³ L. JIMENEZ DE ASUA, la construcción de la democracia española y el problema regional, Buenos Aires, 1946, p. 70, C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica, op. cit.*, pp. 106-107.

sociale sur les normes relatives aux droits des travailleurs et à la propriété foncière⁴¹⁴. On relève ainsi, l'article 44 qui encadre la propriété privée sous les critères d'utilité sociale ou nécessité sociale, prévoyant la nationalisation, expropriation forcée et la socialisation desdits biens ; et l'article 46 qui définit le travail comme une obligation sociale développant les conditions pour une existence digne, renvoyant à une législation de protection sociale du travailleur ouvrier et paysan⁴¹⁵.

230. En claire référence au salariat qui constitue le substrat de la social-démocratie allemande, la Constitution espagnole, que L. Jiménez de Asúa range politiquement à gauche et qu'il qualifie d'avancée, qualifie l'Espagne de « République démocratique des travailleurs de toute classe »⁴¹⁶. Ainsi, en soulignant son attachement à la classe des travailleurs, en même temps qu'il est affirmé le caractère démocratique du projet, la Constitution espagnole de 1931 révèle sa proximité avec les acquis de la social-démocratie réformiste allemande et avec les idées du socialisme de Jaurès en France. Ces influences (française et surtout allemande) sur la Constitution espagnole méritent d'être signalées, puisque la Constitution espagnole, aura vocation à être un véhicule de transfert idéologique et conceptuel vers l'Amérique andine. Influençant, par exemple la réforme constitutionnelle colombienne de 1936⁴¹⁷, ou les Constitutions péruviennes de 1933⁴¹⁸ (et par ricochet celle de 1979). Ce qui se reflète par l'apparition et le développement de droits sociaux qui seront tout d'abord l'exclusif monopole du monde salarial. C'est l'exemple du système de sécurité sociale qui fut uniquement créé pour les ouvriers en 1936 et par la suite élargit aux employés dès 1948⁴¹⁹.

II- Une Amérique latine peu perméable au courant social-démocrate européen

231. Face à la réussite du modèle, il n'est pas étonnant, comme l'indique J.-P. Gougeon, que les regards de nombreux dirigeants socialistes latino-américains se soient tournés vers

⁴¹⁴ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 58-59 ; C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p.108.

⁴¹⁵ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 108.

⁴¹⁶ Art. 1^{er} de la Constitution Espagnole de 1931.

⁴¹⁷ T.-E. TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Librería colombiana- Editorial Minerva, 1939, p. 86.

⁴¹⁸ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, p. 4

⁴¹⁹ La loi n° 8433 du 12 août 1936 crée le premier régime péruvien de sécurité sociale obligatoire exclusivement dédié aux ouvriers, à travers l'organisme dénommé *Caja Nacional del Seguro Social Obrero*. Douze ans plus tard, le 19 novembre 1948, la junte militaire de M. Odría émet le décret-loi n° 10902 portant la création de la sécurité sociale obligatoire pour l'employé, avec la même portée que le dispositif ouvrier.

la social-démocratie⁴²⁰. Tel est le cas depuis la seconde moitié du XXème siècle au Brésil avec le *Parti de la social-démocratie brésilienne* dirigé par J. Abreu Vale ; au Venezuela avec l'historique parti *Acción Democrática* dirigé par C.-A. Perez ; en Bolivie avec le *Movimiento Izquierda Revolucionaria (MIR)* ; ou encore au Pérou avec l'*Allianza Popular Revolucionaria Americana (APRA)* dirigé par V.-R. Haya de la Torre ; etc. Tous ces mouvements s'affilièrent ou établirent des relations, qui bien souvent perdurent jusqu'à l'actualité, avec l'Internationale Socialiste et de ce fait ils ont établi des liens très étroits avec leurs nombreux pairs sociaux-démocrates ou socialistes européens⁴²¹.

232. Au Pérou, parmi les différents mouvements politiques apparus depuis l'indépendance, ceux qui furent de gauche étaient assimilés d'emblée au socialisme révolutionnaire ou au communisme et pas à la social-démocratie. Contrairement à l'Allemagne ou à la France, les premières lois sociales ouvrières émanent d'un parti conservateur, le *Parti civil*, qui dès 1904 va les préparer sous la plume du député J.-M. Manzanilla (oligarque illustré aux influences européennes) prenant référence sur Zola pour décrire l'effet des régimes de grande production ; à la *Revue d'économie politique* ; aux travaux du libéral utilitariste H. Spencer dans *L'individu contre l'Etat* (1885)⁴²².

233. Dans ce dernier cas, Manzanilla ne cherchera pas à valider la critique libérale faite par Spencer à l'encontre des lois sociales⁴²³, mais il cherchera à utiliser cette référence pour convaincre ses pairs que le Monde développé est sur un tournant social. Ainsi, il montrera que même le modèle anti-régulateur anglais admet la création de lois de protection des travailleurs. La question semble donc évidente : est-ce que J.-M. Manzanilla fut influencé par la social-démocratie ? Ceci est loin d'être prouvé et il n'existe pas de références déterminantes sur ses lectures. Or l'influence est tout à fait plausible car il est assez curieux de constater que sa démarche, qui consiste à donner juridicité à la protection sociale des ouvriers, coïncide sur le fond avec l'esprit et les objectifs obtenus par le réformisme social-démocrate allemand de la fin du XIXème siècle. Néanmoins, ce qui est loin de coïncider

⁴²⁰ J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, op. cit., p. 10.

⁴²¹ M. LÖWY, « La social-démocratie en Amérique latine », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 54, 1999, p. 27.

⁴²² V. les notes en bas de page de J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Proyectos formulados*, Lima, Imprenta de El Comercio, 1905, p. 8.

⁴²³ Qualifiant les avancées sociales de « mesures de coercition [qui se traduisent en] impôts impliqu[ant] une nouvelle contrainte, restreint[re] encore davantage la liberté du citoyen » H. SPENCER, *L'individu contre l'État*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1885, p. 12.

avec la social-démocratie allemande c'est la méthode par laquelle on parvient aux droits sociaux. Ainsi, alors que chez les allemands, il s'agit avant tout de poser un cadre étatique de négociation collective afin de dégager des droits sociaux, au Pérou, Manzanilla ne prend pas en compte la négociation et propose que l'Etat proclame, par la voie légale, une liste de droits destinés aux travailleurs.

234. En dehors du cas particulier de Manzanilla, un seul cas peut faire penser à une timide influence du courant réformiste de la social-démocratie européenne chez le *Parti démocrate socialiste* fondé en 1944 et présidé par Luis A. Suárez. Ce parti ne tardera pas à s'assimiler au Front Démocratique National (FREDENA) regroupant l'APRA à gauche mais aussi les libéraux de droite. Pourtant il est impossible de qualifier son action sur le long terme car sa vie politique fut brève, ne réussissant jamais à fédérer les travailleurs à la base du parti alors que celle-ci constituait la principale caractéristique des mouvements socio-démocrates. C'est plutôt l'APRA qui aura toutes les apparences d'incarner un parti social-démocrate : inspiré par un marxisme révisé (sous couvert d'une critique einsteinienne des déterminismes spatiotemporels marxistes) ; tiraillé entre des factions réformistes et révolutionnaires ; défini comme un parti de la classe travailleuse ouvrière et paysanne⁴²⁴ avant de fonder la Confédération des Travailleurs du Pérou (CTP).

235. Pourtant ces éléments ne constitueront qu'une apparence d'organisation social-démocrate. En réalité l'APRA sera loin d'être un parti des travailleurs comme le furent les partis socio-démocrates en Europe puisque ce ne sont pas les travailleurs organisés qui étaient à la base du parti, mais plutôt le parti qui, par le biais de la CTP, contrôlait les syndicats de travailleurs⁴²⁵. Loin d'œuvrer au bénéfice des travailleurs, lorsque l'APRA parvint à devenir un important protagoniste du Parlement, en 1963, il s'allia avec les groupes conservateurs pour empêcher que le Président Belaúnde réussisse son projet de réformes sociales. De plus, bien que le leader de l'APRA proclame que son parti est celui des travailleurs, il dira qu'en même temps il s'agit d'un parti des classes moyennes, des pauvres et des indigènes⁴²⁶.

⁴²⁴ V.-R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, Construyendo el Aprismo*, vol. 2, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 45.

⁴²⁵ N. MANRIQUE, *¿Usted fue aprista? Bases para una historia crítica del APRA*, Lima, CLACSO PUCP, 2009, p. 51.

⁴²⁶ V.-R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, Construyendo el Aprismo*, op. cit., p. 45.

236. En somme ce n'est plus un parti de classe travailleuse mais plutôt un parti de ceux qu'Haya de la Torre qualifie d'« opprimés »⁴²⁷. Ceci a pour conséquence que l'APRA ne puisse être considéré comme un parti social-démocrate à cause de différents contre-sens d'ordre formel et de fondement idéologique. Du point de vue formel tout d'abord, à cause de sa composition, sans base issue du salariat ; de fond ensuite parce que son but n'est pas l'appropriation collective (au moins partielle) des moyens de production au bénéfice des salariés. Mais aussi à cause du manque de cohérence de son discours politique qui mène ses élus à des alliances avec les secteurs conservateurs en dépit de la promesse de construction des droits sociaux. En ce sens, selon le chercheur de l'Institut d'Etudes Péruviennes, M. Tanaka, l'APRA aurait pu incarner la social-démocratie au Pérou s'il n'avait pas été populiste à ces débuts et conservateur dans l'actualité⁴²⁸.

237. M. Tanaka analyse en réalité l'existence de la social-démocratie au Pérou et semble conclure qu'elle n'a jamais été incarnée par un parti politique, ce qui est vrai si on tient compte de la doctrine historique social-démocrate, mais ce qui est faux si on tient compte de la pratique contemporaine de la social-démocratie.

238. Force est de constater qu'il n'y a jamais eu en Amérique latine un seul mouvement politique composé exclusivement d'ouvriers⁴²⁹, alors que telle était la caractéristique sociologique fondamentale des partis socio-démocrates européens au XIX et au début du XXème siècle⁴³⁰. Le Pérou ne fait pas exception puisque, en dehors de la *Confederación de General de Trabajadores del Perú (CGTP)*, syndicat inspiré par les idées de J.-C. Mariátegui, aucun programme de parti politique ne calquera avec les buts de la social-démocratie européenne. Pour comprendre ceci, il est indispensable d'observer qu'à la fin du XIXème siècle et durant le XXème siècle, les caractéristiques économiques des pays andins, et dans ce cas du Pérou, s'assimilent plus au secteur primaire, loin de l'essor du secteur secondaire en Europe occidentale. Celui-ci constitue un élément déterminant pour

427 « Fondamentalement, ce que nous poursuivons tous c'est la victoire des classes exploitées sur les exploités [...] affaiblir les oppresseurs, nous assurant le triomphe des opprimés. C'est ça, évidemment, le problème universel que pose la lutte des classes » : HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, El proceso Haya de la Torre*, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 259 (traduction libre de l'espagnol).

428 M. TANAKA, « ¿Socialdemocracia en Perú? », *La República*, n° 9945, 2009, p. 16.

429 J. KLAIBER, « TOMO XV: Jorge Basadre y una República convulsa », *Cátedra Jorge Basadre*, (<http://catedrabasadre.blogspot.fr/2006/08/tomo-xvjorge-basadre-y-una-repblica.html> - Consulté le 11 juillet 2014).

430 A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate, op. cit.*, pp. 18-19.

comprendre les différences continentales. Car, alors qu'en Europe occidentale les travailleurs industriels s'organisaient autour de mécanismes de pression politique, faisant de sorte que le dynamisme économique-industriel les bénéficie par le biais d'une évolution de leurs droits sociaux ; dans le cas des pays andins, la masse travailleuse était faiblement constituée d'ouvriers⁴³¹, à l'avantage d'un grand pourcentage de paysans⁴³² soumis, désorganisés et avec un accès limité à l'instruction.

239. Ils étaient soumis tout d'abord, puisqu'avant les réformes agraires, qui allaient terminer avec le système du *latifundio*, il existait une dépendance quasi-féodale entre le paysan et le grand propriétaire terrien, loin du lien contractuel entre le patron industriel envers son employé. Ce qui signifie que la majorité des travailleurs étaient empêchés de demander des droits sociaux par la voie du réformisme sans qu'il se produise un changement paradigmatique du système de dépendance qui les liait au propriétaire. C'est ce qui sera tenté au Mexique avec le mouvement révolutionnaire paysan zapatiste, or nous sommes ici bien loin du réformisme social-démocrate de base ouvrière.

240. Ils étaient désorganisés ensuite pour deux raisons : d'une part parce qu'une très grande partie de la population était analphabète et peu consciente de ses droits et, d'autre part, parce que la masse des travailleurs péruviens se trouvait dispersée dans des endroits reculés (mines à plus de 3500 mètres d'altitude, champs à des dizaines d'heures, voire des jours de route). Dans ces conditions il est fort probable que l'organisation d'un parti ou syndicat de travailleurs ait été impossible à établir. Résultant en l'inexistence de conditions pour asseoir le mode d'action des partis socio-démocrates, à savoir la constitution par les travailleurs d'une stratégie politique de masse pour faire pression contre le patronat ou contre l'Etat en vue des intérêts du salariat.

241. Sans véritable parti ouvrier en Amérique latine, et sans but d'appropriation collective des moyens de production au bénéfice des travailleurs, la social-démocratie n'a pas prospéré comme mouvement politique dans cette région et *a fortiori* au Pérou non plus.

⁴³¹ « Le prolétariat industriel qui se forme est, donc, une classe nouvelle, jeune, faible [...] » : V.-R. HAYA DE LA TORRE, *El antiimperialismo y el APRA*, op. cit., p. 100, (traduction libre de l'espagnol).

⁴³² « La casse paysanne, qui constitue la grande majorité travailleuse du pays, est aussi, liée directement avec les formes primitives, féodales ou semi-féodales de production agricole, classe sans culture générale ou technique » : V.-R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, Política aprista*, op. cit., p. 108, (traduction libre de l'espagnol).

242. Pourtant à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la portée et le contenu originels des social-démocraties européennes s'assoupliront. Les partis qui étaient de la classe travailleuse seront les partis du peuple tout entier ; l'économie de marché sera reconnue ; les revendications deviendront moins réformistes, et plus compréhensives du système économique⁴³³. Au point que, plus qu'une politique, la social-démocratie sera comprise comme une *forme de gouvernement*⁴³⁴ alliant des idées paradoxales : d'une part, la reconnaissance du libre marché qu'on souhaitait réguler, et d'autre part, une volonté de solidarité (qui parfois tend à être universelle et s'applique *a minima*). Dans ce contexte, on l'aura compris, la doctrine devenant gazeuse, il ne reste plus qu'une forme de gouverner à la portée de tout *homo politicus* de gauche ou de droite souhaitant gagner les grâces d'un large spectre de l'électorat. Ce qui veut dire que dans la pratique politique beaucoup de gouvernements, notamment ceux qui se réclament d'une gauche « atténuée » gouverneront en réalité en usant de la forme social-démocrate, essayant de rendre plusieurs politiques possibles. Ce fut vraisemblablement le cas du Président socialiste François Mitterrand en France⁴³⁵ notamment dès la moitié de son premier septennat. Mais aussi le cas de beaucoup de Présidents d'Amérique andine tel que les socialistes chiliens Ricardo Lagos et Michelle Bachelet⁴³⁶, ou le nationaliste péruvien Ollanta Humala.

243. Ainsi, l'analyse du chercheur péruvien M. Tanaka atteint sa limite ici car, si comme l'évoquent A. Bergounioux et B. Manin, la social-démocratie est devenue juste une forme de gouvernement⁴³⁷, alors tous les partis qui se réclament « d'idéologies intermédiaires » auraient vocation à être assimilés à la social-démocratie contemporaine. Or pour s'assimiler il faudrait au moins savoir si dans leur forme de gouverner ces supposés socio-démocrates font primer l'institutionnalisation de la question sociale uniquement depuis « le haut » ou si, plus en accord avec la méthode historique allemande, ils font jouer aux partenaires sociaux un rôle dans la construction des droits sociaux.

⁴³³ J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, Paris, Aubier, 1996, pp. 305 et s.

⁴³⁴ A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate*, Paris, PUF, 1989, p. 185.

⁴³⁵ V. notamment M.-P. VIRARD, *Comment Mitterrand a découvert l'économie*, Paris, Albin Michel, 1993, pp. 50 et s.

⁴³⁶ V. notamment C. HARDY, « De la protección social a una sociedad que iguala oportunidades y derechos », *Ideas para Chile, Aportes de la Centroizquierda*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2010, pp. 97 et 109-110.

⁴³⁷ A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate, op. cit.*, p. 185.

III- Une relativisation contemporaine de la social-démocratie : de la doctrine marxiste à la *forme de gouvernement* social-démocrate

244. A partir de la moitié du XXème siècle, et notamment du Congrès de Bad-Godesberg en 1959 va se produire un tournant dans la social-démocratie allemande (principalement chez son parti, le SPD) qui aura pour effet d'entamer la mutation du paradigme des social-démocraties européennes. D'une part la référence au marxisme ne sera plus explicite, ce qui relativise le discours déterministe social-démocrate ; d'autre part elle renonce à être un « parti de classe » lié aux travailleurs au profit d'un « parti du peuple entier »⁴³⁸ ; enfin le programme de Bad-Godesberg abandonne l'idée révolutionnaire de l'économie planifiée au profit d'une reconnaissance mesurée de l'économie de marché⁴³⁹. Il s'agit de la fin de la portée révolutionnaire de la social-démocratie et du début d'un processus de relativisation de l'école réformiste social-démocrate.

245. Ayant perdu beaucoup de son influence politique, déjà en 1955, dans son livre *Socialisme et concurrence*, K. Schiller annonçait de façon stratégique le tournant économique du parti social-démocrate allemand⁴⁴⁰ et la nécessité de concilier le meilleur de chaque système. Sur le plan international, explique G. Achcar, le contexte de la Guerre froide influencera beaucoup l'évolution de la social-démocratie vers le conservatisme. Car malgré ses référents marxistes ce courant politique avait un statut de force anti-communiste ancrée dans le camp occidental⁴⁴¹. Par ailleurs, « les effets économiques de la reconstruction européenne et de la gestion keynésienne, combinés avec le plan Marshall, produisaient un cercle vertueux de croissance qui n'était pas propice à la radicalisation.⁴⁴² » Peu à peu la social-démocratie se questionnera, subira des pressions, stagnera, finissant par être remplacée par d'autres « troisièmes voies » politiques.

246. Ainsi, dans son ouvrage sur le socialisme suédois, J. Arnaud relève un entretien assez intéressant en 1969 avec E. Wigforss, qui fut le principal idéologue de la social-démocratie

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁴³⁹ J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, op. cit., p. 305.

⁴⁴⁰ J.-P. GOUGEON, « Entre quête du risque et risque de radicalité ou la nouvelle culture politique allemande », R. Marcowitz (éd.), *Ein « neues » Deutschland*, Oldenbourg, DHIP-IHA, 2010, p. 83.

⁴⁴¹ G. ACHCAR, « La “troisième voie” ou le néolibéralisme à visage souriant », *L'introuvable « troisième voie » sociale libérale ou le néolibéralisme à visage souriant*, Paris, Syllepse, 2001, p. 15.

⁴⁴² *Ibid.*

suédoise, et ministre de l'économie durant douze ans : « nous sommes arrivés à un point à partir duquel nous devons nous demander s'il est possible de poursuivre une politique de réformes pour aboutir à nos objectifs –socialistes–, sans changer la situation de pouvoir dans la vie économique ; c'est une question à laquelle le parti social-démocrate doit répondre dans les prochaines années⁴⁴³ ».

247. L'idéologie ne tardera pas à être remplacée par le consensus keynésien, du moins pour une courte durée, puisqu'à partir des années soixante-dix, les chocs pétroliers et la baisse de la consommation provoqueront une crise économique qui remettra en cause toute tendance étatiste et keynésienne. La proposition d'économie mixte prônée par une social-démocratie dépourvue des soutiens populaires d'antan ne fera qu'ouvrir la dernière porte au néolibéralisme thatchérien et reaganien. Avec un plan de dérégulations, privatisations, libéralisation des marchés, une politique étrangère fondée sur l'imposition du « Consensus de Washington » il se proposaient de résoudre la crise économique.

248. Quant-au Parti socialiste français, il est passé lui aussi par des crises identitaires qui ont eu raison de son idéal originel révolutionnaire qui consistait à transformer la société⁴⁴⁴. Ainsi vers la fin des années soixante-dix, face aux multiples échecs aux élections décisives, il fut question de repenser la stratégie idéologique. Ce qui s'est fait, selon E. Hintermann, afin de se rapprocher plus des démocrates réformateurs, et parvenir à priver les forces pro-capitalistes de la maîtrise de la sphère décisionnelle⁴⁴⁵. Alors que la social-démocratie était la seconde force à l'intérieur du parti socialiste français, cet événement va provoquer le début du processus de changement du paradigme révolutionnaire socialiste. Ce changement considérera comme une erreur le fait que le communisme et le socialisme traditionnel cherchent à bouleverser le système économique, alors qu'ils imposent au même temps des idées sociales au capitalisme, qui aura sûrement le choix de partir ailleurs. Le nouveau paradigme du socialisme deviendra donc réformiste, amoindrissant ses objectifs, mais conservant l'idée d'une société moins injuste, permettant « aux travailleurs d'obtenir par des négociations contractuelles des avantages proportionnés aux possibilités de l'économie.⁴⁴⁶ » Arrivé le début des années quatre-vingt la stratégie du socialisme français,

⁴⁴³ J. ARNAUD, *El Socialismo Sueco. Una sociedad mixta*, Barcelona, Península, 1974, p. 117.

⁴⁴⁴ V. le chapitre II intitulé « Le socialisme français n'a pas su faire sa révolution » : E. HINTERMANN, *Manifeste pour une social-démocratie française*, Paris, Albin Michel, 1979, pp. 65-85.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, pp. 83-84 et 275.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 182.

désormais social-démocrate, fini par payer avec l'élection en 1981 de François Mitterrand à la Présidence de la République. Tandis qu'en Europe les résultats varient : en Espagne Felipe González du *Parti socialiste ouvrier espagnol* (PSOE) gagne les élections en 1981 ; en Suède Olof Palme du *Parti social-démocrate suédois*, gagne les élections en 1982 ; en Allemagne, le SPD perd les élections fédérales de 1983 avec dix points d'écart contre la coalition *Union chrétienne-démocrate* et *Union chrétienne-sociale* (CDU/CSU).

249. Bien que l'échec allemand inaugure une nouvelle étape de questionnements au sein du SPD il n'en demeurera pas moins que le courant politique réformiste porté par les partis socialistes ou socio-démocrates va s'avérer conforté en Europe occidentale-continentale durant les années quatre-vingt. Cependant les transformations historiques fruit des mutations dans le bloc soviétique vont ouvrir, à la fin de cette décennie, une nouvelle phase dans l'étude de la politique européenne⁴⁴⁷. Allemagne est à ce moment divisée par le mur de Berlin. Situation géopolitique qui aura une influence sur le SPD, car il sera tiraillé entre l'adhésion au courant néolibéral pro-Atlantique et la défense de l'ancien modèle social-démocrate. C'est dans ce contexte que prend force en Allemagne mais aussi en Europe, à la toute fin des années quatre-vingt, un troisième courant révisionniste *néo-social-démocrate* caractérisé, selon M. Telò, par : sa critique du paradigme de la providentielle croissance industrialiste et son rapprochement avec l'écologie ; sa recherche d'une politique postkeynésienne (réforme de la protection sociale et de la démocratie économique et industrielle) ; sa volonté d'encourager la coopération politique internationale des gauches européennes dans le but de construire un nouvel ordre économique international⁴⁴⁸.

250. Pendant ce temps, en France, s'il n'était pas attendu de F. Mitterrand qu'il applique un socialisme révolutionnaire cherchant à bouleverser la société, il était attendu au moins que son programme encourage un réformisme de type social-démocrate. Certes, F. Mitterrand était au pouvoir, et il est difficile d'imaginer comment aurait-il pu ne rien faire « d'en haut » pour améliorer la question sociale. Cependant, l'approche « par en haut » qu'utilisent les socialistes mitterrandiens pour résoudre les problèmes s'est avérée exagérée. Puisque, sans ouvrir d'autre issue possible, l'intervention du politique était directe, les empêchant de comprendre ce que le socialisme de Jaurès avait vraisemblablement compris dans sa lettre

⁴⁴⁷ M. TELÒ, *De la Nation à l'Europe, paradoxes et dilemmes de la social-démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 15.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

à Bernstein en 1902. A savoir la reconnaissance du rôle fondamental des dynamiques « du bas » (à côté du travail « d'en haut⁴⁴⁹ », inhérent au socialisme jaurésien). Ce qui dans ce cas précis aurait pu se traduire par la recherche des partenaires sociaux afin qu'ils participent dans la planification des politiques de réforme. Or, la politique mitterrandienne fut, selon M. Kesselman, « un socialisme sans les travailleurs »⁴⁵⁰ car elle s'éloigna des partenaires sociaux, et des formes de gouvernement des social-démocraties allemande et anglaise, à base ouvrière.

251. Au-delà de la question formelle, on constatera qu'en moins de deux ans de pouvoir les socialistes français auront recours à l'« aggiornamento », qui consiste à délier l'idéologie du PS avec la réalité, laissant plus de place aux courants social-libéraux du parti pour prendre des décisions⁴⁵¹. Ainsi, après une brève période riche pour les droits sociaux, d'application partielle du programme commun de gouvernement sur lequel il avait fondé son alliance avec le Parti communiste français (PCF) et une période d'application des politiques keynésiennes, Mitterrand se retrouve face à l'obstruction capitaliste⁴⁵². Sans véritable doctrine économique, les socialistes français se trouvent démunis pour bousculer le capitalisme et proposer un modèle alternatif (socialiste ou social-démocrate), c'est à ce moment que le socialisme renonce au réformisme et, *a fortiori*, au rêve de bouleversement social.

252. Dépourvu de son caractère négociateur collectif et alternatif au capitalisme, la substance progressiste du grand versant social-démocrate du socialisme français s'effondrera, à l'image de beaucoup de pays européens⁴⁵³. Il ne reste, à partir de ce moment, que l'originalité de la social-démocratie ne réside plus dans son contenu prometteur du point de vue social, mais comme l'indiquent A. Bergoumioux et B. Manin, « dans une tradition organisationnelle et culturelle rendant, au cours du temps, plusieurs politiques possibles.⁴⁵⁴ »

⁴⁴⁹ C'est-à-dire d'une administration publique vouée à conduire les réformes sociales. J. SCHMITZ, « La pensée sociale de Maurice Hauriou et de Jean Jaurès », *op. cit.*, p. 798.

⁴⁵⁰ M. TELÒ, *De la Nation à l'Europe, paradoxes et dilemmes de la social-démocratie*, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁵¹ Voir notamment M.-P. VIRARD, *Comment Mitterrand a découvert l'économie*, Paris, Albin Michel, 1993, pp. 29 et s. ; 48 et s. ; 247 et s.

⁴⁵² G. ACHCAR, « La "troisième voie" ou le néolibéralisme à visage souriant », *L'introuvable « troisième voie » sociale libérale ou le néolibéralisme à visage souriant*, Paris, Syllepse, 2001, pp. 17-18.

⁴⁵³ Au-delà du cas français voir notamment : D. CIRERA, *Social-Démocratie : échec et fin d'un cycle*, Paris, Fondation Gabriel Péri, 2009, p. 58.

⁴⁵⁴ A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate*, *op. cit.*, p. 184.

Conclusion du Chapitre 2

253. Certains courants de pensée ont influencé, plus que d'autres, la construction des droits sociaux. Certains de ces courants, comme le socialisme, sont accueillis par une partie de la doctrine aussi bien en Europe qu'en Amérique andine. Néanmoins, certains courants caractérisent de manière particulière les différentes régions et États du Monde. Tel est le cas du solidarisme pour la France ou du nationalisme pour le Pérou. Dans les deux cas, ces courants ont tenté de penser la construction d'un schéma de cohésion sociale où l'union, à égalité, entre tous les membres de la société permettant de développer un système de réciprocité et de partage des richesses organisé par l'État. Il n'en demeure pas moins que d'autres États ont été peu perméables à l'influence française et péruvienne. Ainsi, le solidarisme n'a que peu influencé l'Amérique andine et le nationalisme (qui n'est pas issu d'une pensée exclusivement péruvienne mais uniquement développé comme stratégie de cohésion sociale au Pérou) est inusité et rejeté en Europe occidentale.

254. Premièrement en Amérique andine la solidarité n'est pas comprise dans son acception d'ensemble social fraternel et républicain, mais plutôt sous une acception qui fait appel à la loyauté ou à l'amitié entre les peuples. Les effets que peut avoir la conceptualisation de la solidarité, ou de son corolaire la fraternité sont donc limités en Amérique andine et n'ouvrent pas la réflexion d'une troisième voie idéologique comme ce fut le cas en France.

255. Deuxièmement, alors que dans les États andins et notamment au Pérou, la construction d'une nation est pensée comme une nécessité pour rendre possible un système social où s'exercent des actions réciproques de soutien, d'assistance et de protection, qui prônent l'inclusion sociale de ceux qui habituellement sont exclus (par exemple des indigènes). En France la nation semble être déjà formée et en ce sens le nationalisme apparaît comme une redondance ou un excès. Cela revient à mettre l'accent sur la puissance d'un peuple sur l'autre, ce qui s'éloigne des principes républicains de liberté de l'Homme et sur les principes humanistes d'égalité des peuples. Le nationalisme est donc inutile, voire nocif, en France, alors que si l'on tient compte de son pan pacifique, le nationalisme semble être une nécessité pour forger une unité de la société qui permette de penser dans un second temps un système de réciprocités. Bien entendu, cela est possible sous réserve que le nationalisme cherche

uniquement la cohésion sociale et n'insère pas la composante de compétition ou de supériorité d'un groupe culturel/ethnique sur un autre.

256. Mais bien que l'on puisse constater des grandes différences entre les substrats idéologiques de ces deux courants de pensée (solidarisme et nationalisme), on observe aussi la similitude au niveau de leur objectif : expliquer que sans l'existence d'un lien social fondé sur l'égalité en droits (« l'inclusion sociale » dans le cas du Pérou et « la fraternité » dans le cas de la France), un système de réciprocité sociale n'est pas imaginable.

257. À ce stade, surgit la question de savoir si avec les courants de pensée plus contemporains, comme la social-démocratie, on peut déterminer les mêmes différences entre la France et le Pérou. C'est-à-dire qu'il s'agit de savoir si la social-démocratie est adoptée par la doctrine andine, et si elle se traduit en mouvements politiques qui traduisent les acquis sociaux obtenus en Europe. À l'image du solidarisme en France et du nationalisme au Pérou, la social-démocratie apparaît aussi comme une troisième voie entre socialisme et libéralisme, ce qui rend ce courant intéressant pour cette étude.

258. Les apports de la social-démocratie en Europe et notamment en Allemagne ont pu se transposer en Amérique latine par le biais de l'importation de nouveaux standards en matière de droits des travailleurs. Aussi plusieurs mouvements politiques andins se sont réclamés de la social-démocratie (comme l'APRA au Pérou). Or l'influence de la social-démocratie en Amérique andine se situe plus dans la recherche d'une transposition des acquis sociaux européens, que dans la méthode social-démocrate d'obtention de ces droits. En effet, la négociation collective qui est la clef de voute de la social-démocratie n'est que peu mise en avant et peu transposée de manière effective dans les États andins. En ce sens, les mouvements politiques andins paraissent avoir repris le terme de social-démocratie sans pour autant appliquer ses méthodes, ni donner un rôle important aux syndicats de travailleurs.

Conclusion du Titre 1^{er}

259. Les droits sociaux sont le résultat d'une succession d'évolutions historiques. Ils surgissent, dans leur forme contemporaine avec les révolutions européennes de la fin du XVIIIème et du début XIXème siècle et avec l'avènement des Républiques en Amérique andine. Elles constituent les projections matérielles des droits de l'Homme, dans le sens d'une société où l'égalité en droits permette la cohésion sociale. Ce qui signifie qu'il n'existe pas de droits sociaux sans une société soudée par des éléments ou critères d'appartenance commune (soit sous la forme d'une nation, soit sous la forme d'une communauté citoyenne, soit sous la forme d'une société régie par des principes de solidarité ou de réciprocité). Or il ne faut pas nier que l'apparition des droits sociaux soit aussi liée aux revendications d'un secteur de la société. C'est le cas des travailleurs, qui par le biais des techniques de négociation collective ont réussi à ce que l'État leur reconnaisse des droits sociaux.

260. Néanmoins, ce qui intéresse ici c'est que l'existence du social précède l'existence de l'État moderne. Ainsi, l'assistanat ou la redistribution des richesses existent bien avant la République. En ce sens, il faut signaler par exemple que le social apparaît en Europe comme une préoccupation des doctrines chrétiennes durant l'Ancien Régime ; ce qui en Amérique andine s'est traduit, au moment de la colonisation, par une influence du christianisme mais aussi des écoles européennes de pensée politique locale. Ces idées, à forte composante religieuse, ont eu une incidence importante dans la construction des Républiques andines et par la suite ce sont elles qui ont influencé pour beaucoup la construction du social. C'est l'exemple du social-christianisme qui réussira à s'introduire dans la construction idéologique des droits sociaux dans les jeunes Républiques andines. Pourtant, la prépondérance des idées sociales européennes à travers le socialisme ou le social-libéralisme se voit atténuée en Amérique andine par des idées issues de la pensée sociale andine, faisant appel aux principes ancestraux de réciprocité et de complémentarité. C'est justement au sein du nouveau constitutionalisme latino-américain que commenceront se à consolider ces principes originels qui ont pour volonté renforcer le système de droits sociaux.

Titre 2. Une pensée du social dominée par le débat européen

261. L'avènement des principes républicains en Europe et leur exportation en Amérique latine, notamment par le biais de l'influence libérale qu'on eut les indépendantistes, semblent avoir apporté, dans les décennies successives, toutes les doctrines qui pallient le libéralisme économique et construisent les droits sociaux. En ce sens, il est bien connu qu'historiquement les débats contemporains de ce qu'est le social et de comment le construire se concentrent presque intégralement dans les débats issus de la doctrine occidentale et notamment européenne. A cet effet, il est important d'évaluer par exemple l'impact du marxisme dans la pensée doctrinale des États andins, en se focalisant certainement sur les travaux de J.-C Mariátegui, fondateur du courant socialiste andin. Cela permettrait de savoir en quelle mesure le socialisme européen s'adapte au contexte andin qui présente des caractéristiques socio-économiques bien différentes à la France ou à l'Allemagne. Aussi, dans le cas spécifique du Pérou, il sera utile d'évaluer l'impact des théories sociales issues exclusivement de France, comme le solidarisme, afin de comprendre les raisons d'un transfert d'idées qui s'est avéré impossible. De manière préliminaire il semblerait que les pans idéologiques du social qui ont influencé le plus l'Amérique andine ne proviennent pas de France. Pourtant, on peut difficilement nier que les révolutions contemporaines qui construisent les systèmes républicains en Amérique andine proviennent presque exclusivement des luttes menées en Europe (Chapitre 1). Il va de même avec les idées qui mettent en cause le libéralisme et avec celles qui cherchent une alliance entre les prémisses de l'État libéral et de l'État social (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

Une évolution par les droits sociaux à défaut d'une « révolution sociale »

262. Bien que la révolution sociale puisse être comprise comme une rupture du système réalisée directement par la société, cette acception du terme « révolution sociale » ne sera pas retenue ici, car il s'agira plutôt de traiter la question des changements fondamentaux qui donnent naissance aux droits sociaux⁴⁵⁵ en Occident.

263. Croire que les droits sociaux sont issus d'une révolution bouleversant le *statu quo* du paradigme libéral dominant le droit est quelque peu osé ; prétendre le contraire serait avouer qu'il n'y a pas de révolution sociale et qu'en conséquence les droits sociaux sont issus d'un libéralisme réformé, demeurant suffisamment flexible pour permettre la garantie d'une sécurité, de type social, pour tous, en contrepartie d'une domination libérale de la sphère politique. En ce sens, nous verrons qu'il est nécessaire d'éclaircir la notion de « révolution » et le fondement essentiel du « social » (Section 1), afin de nous demander si l'avènement des droits sociaux répond à un fondement doctrina social ou libéral (section 2).

Section 1. Le caractère diffus de la notion de révolution sociale

264. Etablir qu'une révolution sociale existe paraît être un exercice périlleux. En définissant la notion de révolution on peut déceler une signification plus ample que le simple fait juridique de prendre le pouvoir (I). Ainsi, l'apparition et le développement des droits sociaux pourraient répondre à un type d'évolution du *statu quo*, ce qui doit être distingué de toute forme de révolution (II).

⁴⁵⁵ Suivant le raisonnement de D. Roman, les droits sociaux seraient, de façon synthétique, « un ensemble de droits (parmi lesquels le droit au logement, les droits des travailleurs, le droit à la protection de la santé, le droit à la scolarisation ou encore le droit à des moyens convenables d'existence) caractérisés par la réunion de trois critères à la fois d'ordre *formel* (sources et textes proclamatoires), *matériel* (champs d'application) et *téléologique* (objets et finalités de leur proclamation). D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un *self restraint* juridictionnel », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, 2012, p. 29. Voir aussi une note fondatrice sur la définition des droits sociaux : J.-J-DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Dr. soc.*, n° 5, 1960, pp. 288 et s.

I- La possibilité d'une révolution sociale relative

265. L'idée de révolution sociale est indissociable du mot révolution qui est construit de façon complexe et parfois paradoxal, en ce sens la notion de révolution ne pourrait pas être considérée comme absolue (A), conclusion qui a une incidence directe sur l'idée de révolution sociale qui elle non plus ne pourrait pas être comprise par un sens absolu, notamment du point de vue temporel (B).

A- Ce qu'implique la notion de « révolution »

266. Indépendamment de la question « sociale » et de façon générale, le phénomène révolutionnaire peut être compris comme une crise du système qui provoque inexorablement son effondrement et l'adoption d'un nouveau système⁴⁵⁶. A partir de cette définition, on remarquera que la révolution n'est pas définie par des critères absolus. Ainsi rien n'indique combien de temps la crise doit durer et moins encore si sa réalisation dépend d'une quelconque manifestation de violence. Cependant, deux observations peuvent être soulevées. Premièrement, la révolution consiste dans un bouleversement des logiques initiales. Logiques qui, au niveau des droits sociaux, impliquent une transformation du vaste ensemble systémique juridico-politique résultant dans le changement des assises économiques dudit système⁴⁵⁷. Deuxièmement, il peut être soulevé que si la révolution est le résultat d'une crise du système, alors cette crise peut être de longue durée, ce qui remet en cause l'idée de célérité du mouvement révolutionnaire. Il ne pourra donc pas être déterminé dans le moment même d'une crise si cette dernière est un élément de constitution d'une révolution, ou bien si la crise n'est qu'un simple mouvement de révolte conduisant vers une simple évolution du système. En conséquence si la révolution n'est pas identifiable sur le moment même de sa réalisation, il serait alors nécessaire de laisser un espace temporel entre les faits *a priori* révolutionnaires et le moment où la science systématise ces faits, afin d'apprécier dans toute son ampleur la réalité et l'effectivité du changement de paradigme. En ce sens, pour qualifier un mouvement comme étant une révolution, le recours à l'élément temporel paraît indispensable car il octroierait une « extériorité » ou un recul face à l'événement prétendument révolutionnaire.

⁴⁵⁶ O. NAY, entrée « Révolution », *Lexique de Science Politique*, NAY Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2011, p. 498.

⁴⁵⁷ K. KAUTSKY, *Le révolution sociale*, Paris, Marcel Rivière, 1921, p. 12.

267. Enfin, puisqu'ici il s'agit bien d'une révolution juridique, il s'agirait de supposer que les lois ne sont pas immuables et que malgré les sanctions et coercition, les sujets de droit restent libres de la transgresser⁴⁵⁸, soit pour protester contre celle-ci, soit pour contourner son injustice. Quoi qu'il en soit, à partir du moment de sa remise en question, la norme ou le système semble entrer en crise, ce qui peut advenir en révolution. Le bouleversement des logiques initiales qui constitue la révolution suppose alors qu'au préalable soient distingués les critères du système à renverser (c'est-à-dire du *statu quo*) et les caractéristiques de ce qui est injuste dans le système. Ainsi, à l'image d'un tyran sur le point d'être renversé, lorsque la société est hostile au *statu quo*, le système est toujours désigné comme le facteur de mise en péril du corps social⁴⁵⁹. C'est alors que la raison d'Etat ou *necessitas* aura légitimité pour l'emporter sur l'ordre établi, considéré injuste, afin de rétablir un ordre reconnaissant l'intérêt public⁴⁶⁰. Loin d'un schéma finaliste, l'ordre et le désordre agiraient à travers une logique circulaire ou spirale. Dans ce cas c'est dans le désordre que se créerait l'ordre⁴⁶¹, formant un ensemble systémique ou une unité faite d'ordre et de désordre permanent. L'opposition dichotomique entre ordre et désordre (ou entre *statu quo* et crise révolutionnaire) ne serait donc qu'une posture subjective dépendant du jugement de la personne⁴⁶² qui ne voit qu'un segment du système (qu'il considère l'ordre) et ignore le système dans son intégralité (qui serait l'ordre essentiel).

B- Une révolution inachevée ou une évolution en cours de réalisation

268. Si en matière de révolution libérale il apparaît assez clairement, plus de deux-cents ans après les grands bouleversements de la fin du XVIIIe siècle, que des changements radicaux et holistiques (dans le droit, la politique, l'économie, mais aussi dans le langage, la littérature, etc.) ont réussi une transformation des paradigmes dominant l'Ancien Régime,

⁴⁵⁸ B. PIETTRE, « Ordre et désordre : le point de vue philosophique », *Désordres*, J. CHEVALLIER (dir.), Amiens, PUF, 1997, p. 35.

⁴⁵⁹ C'est le raisonnement qu'utilise E. Desmons, non pas pour parler de la notion de révolution, mais du renversement du tyran. Lorsque le *rex justus* devient tyran, son renversement, bien que portant atteinte à un ordre établi tyrannique, prône un retour à un ordre d'utilité commune. E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, Paris, LGDJ, 1999, p. 21-22.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ « Il n'y a d'ordre qu'en train de se réaliser, lequel ordre se constitue sans cesse aux confins du désordre » B. PIETTRE, « Ordre et désordre : le point de vue philosophique », *op. cit.*, p.46.

⁴⁶² « Les hommes appellent les choses "ordonnées" quand elles correspondent à leur attente, et "désordonnées" le contraire » B. PIETTRE, « Ordre et désordre : le point de vue philosophique », *op. cit.*, p. 36.

alors pour prétendre à l'existence d'une révolution sociale, les bouleversements devraient être aussi holistiques. Pourtant, concernant les droits sociaux, il existe une difficulté majeure à déterminer si les divers changements juridico-politiques pour intégrer les questions sociales⁴⁶³ dans le droit constituent un véritable bouleversement systémique. Cette imprécision interroge la validité de l'hypothèse d'existence d'une révolution sociale (malgré l'avènement d'un certain nombre de droits sociaux présents dans le système normatif). En d'autres termes, il serait valide de douter de l'existence d'une révolution sociale soit parce qu'elle n'a jamais abouti, soit parce qu'elle est en cours de réalisation mais qu'elle n'est pas encore achevée.

269. Par rapport à l'idée que la révolution n'a jamais abouti, il n'est pas certain que les mouvements historiques qui ont introduit l'aspect « social » dans le droit, constituent les maillons d'une révolution sociale. Car s'ils ont réussi à bousculer la structure juridico-politique dans ses assises économiques libérales, ils ne réussirent jamais à la bouleverser entièrement, notamment sur les questions relatives à la propriété et au travail. Dans ce cas, les moments historiques importants pour les droits sociaux pourraient être compris comme étant les actes de l'évolution du cadre systémique dominant, accordant uniquement une reconnaissance programmatique et partielle aux droits sociaux sans que l'aspect fonctionnel de ces derniers ne puisse être complètement atteint. En conséquence, cette évolution ne serait pas celle d'un paradigme social mais paradoxalement il s'agirait d'une évolution du paradigme libéral. Car c'est bien ce dernier qui se verrait conforté dans ses thèses puisqu'après une confrontation théorique entre *socialisme républicain* et libéralisme⁴⁶⁴ en

⁴⁶³ Nous entendons par « questions sociales » les fonctions qui se trouvent véhiculées à travers les droits sociaux, c'est-à-dire la garantie de conditions matérielles d'existence compatibles avec la condition humaine, ou encore la lutte contre les inégalités et déséquilibres sociaux capables d'assurer une participation active et effective des individus en société. Voir en ce sens V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux: Éléments de définition », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, p. 22.

⁴⁶⁴ La confrontation critique du socialisme marxiste et du libéralisme absolu, cherchant à dépasser cette dichotomie, conclut assez souvent qu'il est impossible de renoncer à l'une des deux doctrines, mais en même temps qu'aucune des deux ne peut être appliquée sans l'autre. Voir en ce sens le « socialisme républicain »: P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, pp. 162 et s.; Mais aussi le « solidarisme »: L. BOURGEOIS, « Les applications de la solidarité sociale », *Revue politique et parlementaire*, n° 31, 1902, pp. 5-18. ; C. BOUGLE, *Le solidarisme*, Paris, Marcel Giard, 1924, pp. 46 et s.; Voir aussi le « socialisme libéral »: C. ROSSELLI, *Socialisme libéral*, Paris, Editions du Jeu de Paume, 1987, p. 198 ; S. AUDIER, *Le socialisme libéral*, Paris, La découverte, 2014, p. 128 ; En dehors des doctrines, mais en qualité de réflexions, voir « l'individualisme social » et « le socialisme libertaire » chez J. Jaurès : J. SCHMITZ, « La pensée sociale de Maurice Hauriou et de Jean Jaurès », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2, 2008, pp. 781 et 790.

guise d'examen de *réfutabilité*⁴⁶⁵, c'est bien le libéralisme qui sortirait victorieux au point d'absorber les thèses socialistes et tirer ce qu'il y a d'utile pour continuer à être le paradigme dominant du droit. En effet, il n'est pas déraisonnable de concevoir un tel ordre, puisque c'est la liberté et l'individualisme qui continueraient à être l'idéal suprême de réalisation de l'Homme pour l'Etat, la nouveauté étant que désormais ils relativisent leur caractère absolu en s'accompagnant d'un certain nombre de droits sociaux qui sont de type déclaratif ou d'exécution diffuse et incertaine. Il faut retenir ici que le paradigme social, qu'il soit socialiste ou solidariste, ne contrôle pas le pouvoir politique de l'Etat et peut-être qu'il n'a même pas vocation à le contrôler. Ainsi, l'avènement des droits sociaux dans l'ordre juridique ne peut donc pas être compris comme étant le résultat de l'évolution d'un paradigme social qui serait déjà installé dans l'Etat, mais plutôt comme l'évolution du paradigme libéral qui, depuis sa place dominante dans l'Etat, essaye de s'adapter aux demandes populaires de justice sociale, en absorbant l'élan révolutionnaire et anti-systémique contenu dans les mouvements porteurs de droits sociaux. Insérés de cette façon dans le système libéral, les droits sociaux deviendraient ainsi les éléments complémentaires en vue du perfectionnement du système libéral.

270. Cependant, puisqu'une révolution n'est véritablement appréciable que par le biais d'un certain recul temporel plus ou moins ample, il est possible que cette compilation d'avancées historiques (toutes contemporaines⁴⁶⁶) qui constituent l'évolution des droits sociaux, soient en réalité en train de transformer lentement mais certainement la structure juridico-politique dans le centre même de son fondement économique.

271. Quant-à l'idée qui prône à une révolution en cours de réalisation, il faut tenir compte de la relativité, et donc du caractère non absolu dans le temps, de la notion de révolution. Ainsi puisque la révolution libérale réussit à construire le ciment fondateur d'un nouvel ordre systémique en une dizaine d'intenses années révolutionnaires (1789-1799), précédées par plus d'un demi-siècle d'intellectualisation, et succédées par plusieurs décennies d'aménagements juridiques pour retrouver une effectivité qui est encore imparfaite au XXIe

⁴⁶⁵ Pour l'épistémologue K. Popper, l'attitude scientifique ne cherche pas de vérifications mais, au contraire, des éléments capables de remettre en cause la théorie, il s'agit alors de les soumettre à des tests permanents de réfutabilité ou « falsifiabilité » : K. POPPER, *Lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 456.

⁴⁶⁶ La notion « contemporain » renvoi scientifiquement à l'époque historique postérieure à 1789. Aussi, cette notion peut être comprise comme le caractère récent de développement des droits sociaux, ce qui a lieu fondamentalement dans le XXe siècle, voire dans la seconde moitié du XXe siècle.

siècle. Alors la révolution sociale - en se calquant sur cette même logique chronologique - ne serait qu'en cours de réalisation dans l'histoire contemporaine. En effet, à l'échelle internationale, elle fut tout d'abord théorisée, dès le milieu du XIXe siècle par Marx⁴⁶⁷ ou encore dans la première moitié du XXe siècle par Gurvitch⁴⁶⁸, *juridicisée* par les lois bismarckiennes de 1880, ou encore par la Constitution mexicaine de 1917, et enfin rendue effective grâce à des politiques sociales issues de l'après-guerre et grâce à une jurisprudence innovante mais assez récente. Ce faisceau d'éléments pourrait en effet constituer un bouleversement par paliers du libéralisme juridique, politique et économique, conduisant à une rupture inexorable avec le paradigme libéral fondamental. Au vu de cette interprétation, il serait donc possible de conclure que la révolution sociale serait en cours de réalisation, mais que ses caractéristiques révolutionnaires pourraient ne pas être visibles actuellement du fait de la contemporanéité et de la durée que ce processus prend pour apparaître cristallisé comme un véritable bouleversement systémique.

II- Une évolution du « social » possible grâce à son fondement relatif

272. Si les droits sociaux s'insèrent dans le *statu quo* juridique sans avoir pu le renverser c'est alors que les droits sociaux font évoluer le système en place sans le transformer radicalement et absolument. Car ils ne réussissent pas faire prévaloir leur fondement essentiel comme paradigme directeur de l'Etat. Pourtant, cette évolution qui introduit les droits sociaux peut être la constituante d'une révolution qui brise l'ancien système monolithique, ayant pour unique fondement essentiel au libéralisme absolu, pour introduire de nouveaux fondements ayant pour fonction de relativiser le paradigme libéral. Il s'agira alors de savoir, d'une part, quels peuvent être les éléments composant le fondement essentiel du « social » (A) et, d'autre part, si les doctrines du *solidarisme* ou *socialisme républicain*, qui agissent en faveur des droits sociaux, apportent un changement de logique systémique en vue du développement des droits sociaux (B).

A- Les éléments qui composent le fondement des droits sociaux

⁴⁶⁷ Voir K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, Paris, GF Flammarion, 1998, p. 201.

⁴⁶⁸ Voir G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, p. 174. Qui constitue l'élément catalysant des idées sociales de Gurvitch, puisque l'auteur avait fourni plusieurs éclairages sur la théorie des droits sociaux bien avant la Seconde Guerre Mondiale, V. en ce sens : G. GURVITCH, *L'idée du droit social: notion et système du droit social : Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, Paris, Librairie de Recueil Sirey, 1932, p. 710.

273. Si les droits sociaux sont des droits, sur quoi fondent-ils leur légitimité pour accéder à ce statut de « droits » ? Depuis une analyse nettement juridique, il est certain que les droits sociaux obtiennent la qualité de droits dès lors que les « idées sociales » - pré-juridiques - sont *juridicisées* et *a fortiori* constitutionalisées. A partir de ce moment, ces idées feraient partie de l'ordre juridique et pourraient être pensées, exécutées et réclamées, faisant appel à l'instrument juridique étatique. La juridisation des « idées sociales », qui donne naissance aux droits sociaux, n'étant pas réalisée de façon uniforme, ni rapide, ni complète, elle serait le produit d'une évolution qui révélerait les différentes composantes des droits sociaux et donc la définition de ceux-ci. Comme l'énonce C.-M. Herrera, c'est dans l'histoire de leur constitutionnalisation que pourraient être déterminées les différentes strates de la signification des droits sociaux⁴⁶⁹.

274. Mais alors que le droit donne l'opportunité de définir les droits sociaux à travers une observation descriptive de ce qui existe déjà en droit positif, cela ne suffit pas à expliquer le fondement des « idées sociales » qui constituent le socle conceptuel des droits sociaux. Pour cela, force est d'observer que le droit, seul, ne dispose pas des outils méthodologiques pour élaborer une telle analyse et qu'il est nécessaire de faire appel à une analyse philosophico-juridique pour comprendre « le mobile⁴⁷⁰ », c'est-à-dire l'argumentaire essentiel, qui fonde la particularité des droits sociaux par rapport aux autres droits.

275. Dans cette entreprise, il peut être relevé trois difficultés majeures qui rendent difficile la définition des mobiles des droits sociaux : premièrement qu'il n'existe pas un mobile unique ; deuxièmement, que ce mobile peut ne pas être exclusif aux droits sociaux ; troisièmement, que la définition du mobile des droits sociaux peut être rapprochée des théories politiques, ce qui discrédite l'analyse scientifique de la question de fond à cause de cette idéologisation.

276. En premier lieu, sur le nombre de mobiles des droits sociaux, il existe en effet une pluralité d'arguments ayant vocation à devenir les buts essentiels de la promotion des droits

⁴⁶⁹ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 17, (traduction libre de l'espagnol).

⁴⁷⁰ Sur la notion de « mobile » voir H. DE MAN, *Au-delà du marxisme*, 2ème édition française, Chicoutimi, CEGEP - Université de Chicoutimi, 2004, pp. 40 et s.

sociaux : la justice sociale ; l'émancipation de la classe ouvrière ; la protection sociale ; la fraternité, l'égalité matérielle, etc. Cependant, les analyses de cette question mènent à un résultat non définitif et, en conséquence, pourvu d'une subjectivité variable selon la psychologie du penseur et selon la sociologie des groupes sociaux dans lesquels ces idées sociales prennent forme⁴⁷¹. Pourtant, les buts essentiels qui ont été soulevés présentant des similitudes au niveau de leur contenu (notamment ils prônent tous la protection des personnes vulnérables, il est souvent question d'un manque matériel), il n'est pas impossible de trouver une formule - peut-être un peu plus élaborée - capable concilier les différents mobiles affichés.

277. En deuxième lieu, le mobile des droits sociaux s'il y en a un, ne serait pas le monopole des droits sociaux. En effet, si on admet que la justice sociale est l'argument essentiel des droits sociaux et que la liberté est celui des droits civils et politiques, on constatera assez rapidement qu'un droit social comme l'éducation constitue une des conditions de réalisation du droit de vote qui est un droit civil et politique. Ce qui veut dire que les droits sociaux renforcent les droits civils et politiques et donc la liberté. L'inverse étant aussi possible. Ainsi, comme l'affirme V. Champeil-Desplats, aucun des traits distinctifs qui sont conférés aux droits sociaux pour les distinguer des autres droits de l'Homme n'est faux, mais aucun n'est exclusif⁴⁷².

278. Enfin, en troisième lieu, les mobiles des droits sociaux peuvent être discrédités par le rapprochement avec le politique. En effet, comme l'a montré le travail de V. Champeil-Desplats, s'il existe de multiples façons de concevoir des droits sociaux et de les définir⁴⁷³, la définition qui repose sur leur fonction « est en proie à une idéologisation plus rapide que les autres modes de définition⁴⁷⁴ ». Une hypothèse d'explication à ce phénomène peut consister dans le fait que l'argument « social » perde plus facilement en légitimité scientifique parce qu'il aurait tendance à s'opposer au paradigme dominant du libéralisme, perçu comme l'unique voie scientifique du droit et de la politique. Une autre hypothèse d'explication est qu'une définition fonctionnelle qui décrirait le but des droits sociaux aurait vocation à être ample ou générale, ce qui engendre le risque de faire apparaître des éléments

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux: Éléments de définition », *op. cit.*, p. 21.

⁴⁷³ *Ibid.* p. 15.

⁴⁷⁴ *Ibid.* p. 22.

tautologiques et contradictoires, voire dogmatiques, au moment de soumettre cette définition générale à une critique scientifique rigoureuse. Par exemple si on suppose que le fondement ou mobile des droits sociaux est constitué par l'égalité, alors le fait de donner des prestations sociales à certains en dépit de tous, peut être interprété comme un facteur d'inégalité. Il serait alors possible d'invoquer au « rééquilibrage des inégalités sociales », comme fondement du social. Or dans ce cas il faudrait savoir quels déséquilibres ont vocation à être rééquilibrés et, plus important encore, à quoi fait référence la notion « social ».

279. Restant attentifs à ces trois difficultés, il faut admettre que ce soit l'Histoire qui donne les premières lumières nécessaires pour expliquer le mobile essentiel probable des droits sociaux. Ainsi, lorsque P. Rosanvallon parle de la question sociale, il fait tout d'abord une analyse historique de ladite question. Lors de la Révolution française, dit-il, « les constituants et conventionnels avaient considéré la question de l'assistance comme un problème philosophiquement central mais économiquement marginal [alors que] les hommes de 1830 et d'après doivent faire face à un développement du paupérisme [...] cela revient en effet à poser la question de la propriété et du droit au travail dans des termes inédits⁴⁷⁵ ».

280. C'est alors que se pose la question de la création de nouveaux droits protégeant les intérêts collectifs (d'une masse grandissante d'individus), face aux intérêts individuels (d'un petit groupe d'individus). Loin du palliatif de l'assistance, et en opposition avec l'individualisme économique, c'est la garantie aux individus des conditions matérielles d'existence essentielles leur conférant la capacité de participer activement à la vie en société et les éloignant d'un état de vulnérabilité matérielle⁴⁷⁶, qui oblige à penser et à construire

⁴⁷⁵ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale: Repenser l'Etat providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 23.

⁴⁷⁶ Voir en ce sens l'articulation des éléments de définition élaborée par D. Roman dans le cadre du projet de recherche « Droit des pauvres, pauvres droits ? » D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un *self restraint* juridictionnel », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, 2012, p. 22 ; Sur la question de « participation active à la vie en société » voir G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, p.79 ; Sur l'association de la notion de « vulnérabilité » avec les « droits sociaux », il s'agit plus d'une perspective latinoaméricaine de la question sociale. En ce sens le Mexique et le Pérou articulent leurs programmes de protection sociale en fonction de paramètres (individuels ou collectifs) de vulnérabilité. Dans le cas du Pérou il peut même être relevé l'existence d'un ministère délégué aux populations vulnérables. Par rapport aux critères de définition et d'utilité de la notion, voir : M.-M. PEREZ CONTRERAS, « Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, n° 113, 2005, pp. 846 et s.; Voir aussi le traité nommé « Les 100 règles de Brasilia »: XIV CUMBRE IBEROAMERICANA DE JUSTICIA, « 100 reglas

les droits sociaux : tel serait le mobile, l'argument essentiel, la fonction fondamentale des « idées sociales ». On retrouve dans cette idée un alliage de plusieurs notions qui semblent essentielles à la question sociale : l'idée relative à la matérialité du problème (« conditions matérielles d'existence essentielles ») ; l'idée de nécessité de sécurité (« garantie ») pour tous et sans distinction (« aux individus ») ; l'idée que sans cette sécurité l'individu se rend objet (« vulnérable ») et non acteur de la société (« participer activement »). Ce mobile n'agirait pas en opposition face à tous les droits individualistes car elle peut être complémentaire avec les droits civils et politiques (notamment avec la démocratie et les valeurs républicaines). Or, comme l'évoque P. Rosanvallon en référence à la question sociale, ce mobile agirait fondamentalement face aux droits à la propriété et au travail⁴⁷⁷, puisque leur administration individualiste semble être à la source des problèmes sociaux qui empêchent la réalisation de la fonction fondamentale des « idées sociales ».

281. Plusieurs entreprises de théorisation des idées sociales furent mises en place afin d'organiser et d'expliquer la nécessité du « social » dans le droit, et afin de mettre en œuvre cette question sous la forme de politiques et de droits exigibles. Le marxisme est sûrement l'entreprise de théorisation scientifique (donc au-delà du catholicisme) la plus vaste par rapport à la question sociale, pourtant il s'avère être profondément finaliste dans le sens où le marxisme repose sur la croyance en l'existence d'un chemin inexorable à travers la lutte pour réaliser tout changement dans les conditions de vie des personnes⁴⁷⁸ qui chercheraient à abolir les classes⁴⁷⁹. Cette posture, connue sous le nom de *matérialisme historique* sera fortement reprochée aux marxistes notamment par le courant de pensée de *l'Ordine Novo* en Italie qui voit dans le marxisme un idéalisme inapplicable et éloigné du dynamisme nécessaire à l'évolution et à l'adaptabilité de toute théorie. Ils délieront en ce sens le marxisme du socialisme⁴⁸⁰, rendant ce dernier indépendant du dogmatisme politique. Contrairement aux fondements du marxisme, le socialisme va apparaître dès lors comme une théorie qui tout en s'opposant à l'individualisme pour donner naissance aux droits sociaux dans le but de garantir aux individus des conditions matérielles d'existence essentielles leur conférant la capacité de participer activement à la vie en société et les

de Brasilia » in (<http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf> - consulté le 18 mars 2014).

⁴⁷⁷ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale: Repenser l'Etat providence*, op. cit., pp. 23 et s.

⁴⁷⁸ K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, op.cit., pp. 73 et 101.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, pp. 102 et p. 111.

⁴⁸⁰ Consulter en ce sens : C. ROSSELLI, *Socialisme libéral*, op.cit., p. 198.

éloignant d'un état de vulnérabilité matérielle, s'avère être plus évolutive et dynamique aux évolutions contextuelles. Elle apparaît en ce sens moins dogmatique que le socialisme marxiste.

B- Le socialisme républicain et le solidarisme, doctrines fondamentales du « social »

282. Bien que compatible sur certains points avec le marxisme, le socialisme n'est pas un synonyme du premier. Il est d'ailleurs antérieur au marxisme⁴⁸¹. Les premiers usages de l'expression « socialisme » remontent à 1793, avec Mallet du Pain dans ses *Considérations sur la nature de la Révolution de France*⁴⁸², et à 1833, dans un article publié par *The Poor Man's Gaurdian* en Angleterre⁴⁸³. Dans ce dernier cas le sens du mot relevait un caractère *coopérativiste* surement influencé par le courant soulevé chez les ouvriers au Royaume Uni par R. Owen qui avait déjà employé le terme dans de nombreux discours. Pourtant, comme l'explique B. Viard, le premier à en avoir fait un concept clef est P. Leroux qui distingue cependant le *socialisme absolu*, qu'il assimile au totalitarisme, du *socialisme républicain*, qui va lui servir pour fonder son opposition à l'injustice que véhicule, selon lui, l'individualisme⁴⁸⁴. Leroux ne cherche pas pour autant à se délier de l'individualisme dans son intégralité, car il retrouve dans l'intérêt individuel une condition indispensable au développement de l'Être humain, mais il cherche plutôt à allier l'intérêt pour soi-même avec l'intérêt pour la société : « Nous croyons à l'individualité, à la personnalité, à la liberté ; mais nous croyons aussi à la société⁴⁸⁵. » Quant à la première, poursuit-il :

« L'individualité absolue fut la croyance de la plupart des philosophes du XVIIIe siècle [ils croyaient que] tous les prétendus être collectifs ou universaux, tels que la société [...] n'étaient que des abstractions de notre esprit [or] ils ne comprenaient pas l'invisible. [Car à l'image du lien entre l'enfant et sa mère, l'homme est lié à la société] chaque homme y puise sa vie en vertu des facultés qu'il a en lui, en vertu de sa spontanéité propre. Il reste donc libre, quoique associé [...]»⁴⁸⁶ ».

⁴⁸¹ « Le socialisme existait avant le mouvement ouvrier, même avant la classe ouvrière » H. DE MAN, *Au-delà du marxisme*, op. cit., p. 39.

⁴⁸² P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard*, op. cit., 1997, p. 162.

⁴⁸³ J. PEIGNOT, *Pierre Leroux, Inventeur du socialisme*, Paris, Editions Klincksieck, 1988, p. 20.

⁴⁸⁴ P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard*, op. cit., pp. 162 et s.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 163.

⁴⁸⁶ *Ibid.* pp. 164-165 (les mots dans les crochets, rajoutés par nos soins, résument les propos tenus par l'auteur).

283. Il existerait alors une responsabilité mutuelle à cause d'un lien invisible qui unirait les uns aux autres, car l'unité universelle, qui compose la société, est constituée de singularités qui sont les individus⁴⁸⁷. De ce raisonnement, Leroux conclut à une condamnation de l'individualisme et du socialisme absolu⁴⁸⁸, en opposition à un socialisme qui est la « terre promise à la justice et à l'égalité⁴⁸⁹ » ou qui signifie, comme il l'énonça dans un discours à l'Assemblée Nationale, l'«amélioration matérielle, morale et intellectuelle du sort de la classe la plus nombreuse⁴⁹⁰ » : le mobile du *socialisme républicain* pensé par Leroux rejoint ainsi le caractère de mobile ou de fondement essentiel des droits sociaux.

284. G. Gurvitch⁴⁹¹ verra, tout comme Leroux, « l'essence spécifique du socialisme [comme étant] un libéralisme anti-individualiste [...]»⁴⁹². Ce qui veut dire que le socialisme pensé par Gurvitch contient l'individualisme nécessaire à l'épanouissement de l'Être l'humain - tel qu'il fut conçu par les révolutionnaires de 1789 - en même temps qu'il renonce à son excès, c'est-à-dire au volet individualiste qui s'opposerait aux intérêts de la société. Loin du totalitarisme, ou de l'idée de *socialisme absolu*, c'est bien d'un *socialisme républicain* qu'il s'agit ici. Voire d'un *socialisme* tout court, comme le concevait J. Jaurès lorsqu'il présentait la Révolution française comme porteuse du socialisme tout entier⁴⁹³, et - en conséquence - à la République comme réalisatrice du socialisme⁴⁹⁴. Ce socialisme, non absolu et non totalitaire - car suffisamment libéral du point de vue politique - est souvent et hâtivement confondu avec le solidarisme de L. Bourgeois. Solidarisme qui reprend d'ailleurs, en grande partie, les arguments de P. Leroux notamment par rapport aux notions d'unité des hommes dans la République, de fraternité et de limitation de l'individualisme, au point de se demander si le

⁴⁸⁷ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 24.

⁴⁸⁸ P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard, op. cit.*, p. 165.

⁴⁸⁹ J. PEIGNOT, *Pierre Leroux, Inventeur du socialisme, op. cit.*, p. 21.

⁴⁹⁰ A. DESMOULINS, « Prospectus, œuvres de Pierre Leroux (1825 – 1850) » J. PEIGNOT, *Pierre Leroux, Inventeur du socialisme, op. cit.*, p. 236.

⁴⁹¹ Il est important de relever ici que G. Gurvitch publie en 1946 *La Déclaration des droits sociaux*, ouvrage de référence en matière de droits sociaux dans le but avoué d'inspirer la nouvelle Constitution française en cours d'élaboration. Voir en ce sens la préface de cet ouvrage : C.-M. HERRERA, « Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'homme », G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux, op. cit.*, p. V.

⁴⁹² *Ibid.*, p. XIII.

⁴⁹³ J. JAURES, « Le socialisme de la Révolution française », article de *La Dépêche* de Toulouse du 22 octobre 1890 ; « Jaurès constate que le socialisme surgit de la Révolution française [...] marche ascendante vers l'idéal humain » J. SCHMITZ, « La pensée sociale de Maurice Hauriou et de Jean Jaurès », *op.cit.*, p. 777.

⁴⁹⁴ B. ANTONINI, « Une nouvelle thèse de doctorat sur Jaurès », *Cahiers Jaurès*, vol. 3, n° 165-166, 2002, pp. 57 et 62.

courant solidariste de L. Bourgeois n'a pas le même socle conceptuel et le même mobile que le courant *socialiste républicain* pensé par P. Leroux quelques décennies auparavant.

285. En effet, le Solidarisme naquit à la fin du XIX^{ème} siècle en France sous la plume de L. Bourgeois qui l'a pris comme concept clef d'une doctrine dite du juste milieu, en réaction, d'une part, aux revendications socialistes absolues et anarchistes perçues comme une menace aux institutions républicaines et, d'autre part, aux excès du libéralisme qui avaient entraîné l'apparition d'un prolétariat misérable⁴⁹⁵. Sous couvert d'une idée de protection du plus faible, le solidarisme va créer et justifier les limites aux droits individuels jusqu'alors garantis, contre toute doctrine, par le système libéral. C'est ainsi que grâce au solidarisme la législation ouvrière et les grandes lois d'assistance naissent et se développent en France⁴⁹⁶ durant toute la III^{ème} République (1875-1940), mais aussi bien après elle lorsque le solidarisme cristallise « la République sociale, pan essentiel de la mytho-motricité républicaine française⁴⁹⁷ ». Se mettant en œuvre, plus que se théorisant de façon abstraite – ce qui était le cas des théories sociales jusqu'alors – le solidarisme a créé une véritable atténuation du libéralisme à travers des principes de protection collectifs. Le solidarisme est en ce sens une doctrine de relativisation du libéralisme absolu et pour cette raison elle aurait vocation à être considérée comme un facteur d'une possible « révolution sociale ». Ainsi, bien qu'il soit possible de lui reprocher un localisme très français et donc non universel, il faut remarquer que sa portée est tellement importante que les principes et concepts solidaristes vont dépasser amplement le cadre de l'Europe avant de s'étendre à tout le monde occidental, notamment dans les Etats d'inspiration juridique continentale. En arrivant outre Atlantique, le premier Etat à connaître la *juridicisation* de ces idées, non connues sous le nom de solidarisme, fut le Pérou où la loi n° 1378 du 20 janvier 1911 proposée par J.-M. Manzanilla sera la première en Amérique latine de toute une série de lois sociales initiées par le même auteur en faveur de salariés⁴⁹⁸.

286. Comprenons bien que le courant socialiste républicain - compris ici comme solidarisme - va porter un changement assez profond dans les structures juridiques qui depuis les révolutions

⁴⁹⁵ D. ROMAN, « L'Etat de droit social en France », *op. cit.*, p. 156.

⁴⁹⁶ J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », *La solidarité: un sentiment Républicain?*, Amiens, Presses universitaires de France, 1992, p. 113.

⁴⁹⁷ O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2, 2008, pp. 1148-1149.

⁴⁹⁸ J. COTLER, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978, p. 170. Voir aussi J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Discursos parlamentarios*, Lima, Rivas Berrio, 1922.

libérales étaient fortement dominées par le libéralisme absolu. Ainsi, si les législateurs de la révolution libérale croyaient légiférer pour l'Homme définissant et garantissant ses droits individuels, désormais le droit sera aussi « social », la société devenant en elle-même principe et fin⁴⁹⁹, nous dit F. Ewald, l'individu ne pourra plus se reconnaître que comme être social, c'est-à-dire un être fait, défait, aliéné, réprimé ou sauvé par la société à laquelle il se doit⁵⁰⁰. Désormais la question de savoir si ces changements constituent une révolution sociale ou une évolution sociale qui demeure. Cependant la réponse dépendra tant de l'intensité des changements en question, comme des mobiles ou fondements essentiels qui ont poussé à ces changements. Ceux-ci pourraient ainsi s'avérer socialistes-solidaristes, ou paradoxalement libéraux, s'ils se fondent (seulement) sur la liberté. La question serait alors de savoir si les droits sociaux sont les éléments constituant une révolution sociale ou libérale.

Section 2 : Les droits sociaux : une évolution du libéralisme ?

287. La question fondamentale qui se pose à ce stade de la réflexion consiste à savoir si l'évolution des droits sociaux peut être qualifiée de révolution sociale. Pour ce faire on montrera qu'il existe des difficultés conceptuelles pour déterminer l'existence d'une révolution sociale comme un bouleversement inhérent uniquement à une doctrine sociale *socialiste* ou *solidariste* (I), ce qui laisse penser que les transformations porteuses de droits sociaux peuvent être issues, paradoxalement, d'un renouvellement réformiste du paradigme libéral (II).

I- Un réformisme social en apparence révolutionnaire

288. Bien que les expériences du *socialisme républicain* en Occident soient certainement peu révolutionnaires, certaines dans le passé se réclamant comme telles ont réussi à introduire des réformes qui ont fait évoluer le système juridique libéral de leurs Etats. Or, ces mouvements ne peuvent pas être considérés comme révolutionnaires faute d'avoir conduit à un bouleversement paradigmatique radical. Pourtant, on sous-estime peut-être la charge révolutionnaire de ces mouvements si on passe sous silence leur opposition ferme à l'encontre de l'ordre établi (A). Ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils cherchent à

⁴⁹⁹ F. EWALD, entrée « Solidarité », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 2, Paris, PUF, 2004, p. 1838.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

s'émanciper de la figure de l'Etat, puisque ce dernier ne serait qu'un outil du système injuste et non pas la cause de celui-ci (B).

A- Le réformisme comme opposition non-révolutionnaire à l'ordre établi

289. Dans l'imaginaire collectif occidental, la Révolution française est conçue comme un véritable bouleversement paradigmatique en ce sens qu'elle a réussi à mettre en place un nouveau système, fondé sur des principes et valeurs libéraux - jusqu'alors considérés comme étant subversifs -, qui réussit à bouleverser une logique de rapports sociaux dichotomique entre oppresseurs (privilégiés) et opprimés (non privilégiés). Il s'agit en ce sens du précédent historique qui combine à la fois le plus d'aboutissement et le plus d'actualité afin de nous apporter l'exemple de ce que signifie une révolution. En effet, il est logique de remarquer que cette révolution libérale n'est pas le résultat d'une norme émanant du pouvoir absolutiste, au contraire, il est bien connu qu'elle résulte de la rébellion contre celui-ci, c'est-à-dire du refus de soumission à l'autorité absolue du roi, du refus du maintien des privilèges, du refus des ordres, etc. La révolution s'oppose ainsi au *statu quo ante* provoquant une période de transition ou de crise durant laquelle il règne une confusion sur ce qui constitue la véritable règle de droit. De cette confusion naît un désordre temporaire qui marque la fin du droit antérieur et le début du droit à venir. Telle est l'image caractéristique d'une révolution en tant que bouleversement du droit antérieur et son remplacement par un droit nouveau. Pourtant, rien de cela ne peut être relevé concernant les droits sociaux, et donc si révolution sociale il y a, il aura fallu employer une autre méthode, certainement moins radicale ou en tout cas sans faire appel à une rupture qui serait une source de désordre.

290. La rupture avec le *statu quo* que cherche le mouvement révolutionnaire vise la création des conditions de crise nécessaires à l'épuisement du système actuel en vue d'imposer un changement de système. Pourtant hormis certains exemples extra-occidentaux comme celui de la révolution russe de 1917, en Occident la remise en question de l'ordre établi n'a jamais réussi à provoquer un bouleversement du paradigme libéral capable de rendre effective la force révolutionnaire des droits sociaux dans son intégralité, c'est-à-dire lutter contre les inégalités et déséquilibres sociaux afin d'assurer une participation active des individus jusqu'alors opprimés par une situation de vulnérabilité matérielle. Quelques rares exemples,

dans la zone d'influence occidentale, de crises de l'ordre établi reflètent un bouleversement des logiques initiales peuvent être décrits. Cependant, aucun de ces exemples n'apparaît déterminant pour considérer qu'il s'agit bien d'une révolution sociale. La question de la possibilité de la révolution sociale demeure donc actuellement.

291. Faisant appel à la casuistique (seule source objective à ce stade), l'exemple du gouvernement de Salvador Allende au Chili est important ici car il démontre que certaines réserves peuvent être soulevées à l'idée qu'une révolution doit s'écarter totalement de l'ordre établi qui la précède. En effet, bien que socialiste d'inspiration marxiste, Allende arrive au pouvoir chilien en 1970 par la seule force du vote populaire et décide de mener à bien un projet socialiste de transformation sociale qu'il qualifie de révolutionnaire⁵⁰¹, tout en s'accommodant au respect du principe de légalité et en respectant l'Etat de droit : il qualifia cela de « voie chilienne vers le socialisme »⁵⁰².

292. Sans entrer en rupture avec l'ordre constitutionnel établi depuis la République de 1925, Allende refuse de dissoudre un parlement qui lui était partiellement hostile, et de convoquer une Assemblée constituante afin de fonder un nouvel ordre juridique inspiré du socialisme. Néanmoins, il décide de bouleverser les assises économiques du système libéral chilien en proposant la déconcentration de la propriété privée. A cet effet il modifiera la Constitution afin de permettre la nationalisation - entre autres - des grandes mines de cuivre et l'établissement d'une propriété absolue de l'Etat sur les mines⁵⁰³ ; mais encore il provoquera une accélération du processus de réforme agraire qui avait débuté en 1962 et qui consistait à exproprier les terres des grands propriétaires terriens avec limitation de la propriété agricole à un maximum de quatre-vingt hectares⁵⁰⁴. En matière de droit des travailleurs, Allende s'assura de la constitutionnalisation du droit à la sécurité sociale et de l'obligation de l'Etat de protéger la santé des travailleurs en destinant une partie des ressources de l'Etat à un service national de santé⁵⁰⁵, ce qui fut le point de départ du

⁵⁰¹ H. PAVON, *11 Septembre 1973*, Paris, Danger Public, 2003, p.30.

⁵⁰² J. GAETE LAGOS, « El alba de una revolución. La izquierda y el proceso de construcción estratégica de la “vía chilena al socialismo” 1956-1970 », *Revista UNIVERSUM*, vol. 1, n° 26/2011, p. 229.

⁵⁰³ V. loi chilienne n° 17450 (16 juillet 1971) qui modifie l'art. 10 de la Constitution de 1925. Ley n° 17450 in (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29026> – dernière consultation le 28 février 2014).

⁵⁰⁴ V. loi chilienne n° 15020 (27 novembre 1962) art. 1 ; art. 15 et s. Ley n°15020 in (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28016&idVersion=1962-11-27> - dernière consultation le 28 février 2014).

⁵⁰⁵ V. loi chilienne n° 17398 (9 janvier 1971) art. 1, n°10, modifiant l'art 10 de la Constitution de 1925. Ley n°17398 in (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28981> - dernière consultation le 28 février 2014).

constitutionalisme social chilien⁵⁰⁶. En parallèle, le gouvernement d'Allende consacra toute une série de libertés telles que la liberté d'expression des médias, la pluralité politique, la liberté d'enseignement⁵⁰⁷, etc. Ceci pourrait alors démontrer qu'un projet de transformation sociale radicale bouleversant les assises économiques du système juridico-politique ne serait en rien incompatible avec le maintien de l'ordre établi au niveau politique. Même lorsque ledit ordre établi est de type républicain et d'inspiration libérale, c'est-à-dire qu'il découle en un système démocratique et une garantie constitutionnelle des libertés publiques. Autrement dit, la sphère politique peut continuer à fonctionner sous une forme républicaine au même temps que l'axe économique du système est complètement bouleversé. Ce qui veut dire qu'une révolution sociale pourrait opérer uniquement sur le pan économique du système, sans entamer un véritable bouleversement structurel sur le *statu quo* démocratique des institutions politiques.

293. Toutefois, même en tenant compte de cette différenciation entre le pan politique-institutionnel et le pan économique du système, et de l'importance, peut-être essentielle, d'opérer les grands bouleversements dans ce dernier axe, il n'en demeure pas moins que la forme et les résultats du gouvernement d'Allende conduisent à s'interroger sur la nature révolutionnaire de ce mouvement. Concernant la forme, le processus de bouleversement n'est en aucun cas abrupt. Il s'effectue plutôt par périodes, c'est-à-dire qu'il existe une préparation politique pour se présenter aux élections, puis une période de prise du pouvoir avec des changements non autoritaires, qui paraissent être moins en rupture et plus lents, du fait de procédures propres au respect de l'Etat de droit et à la concertation politique propres d'une République.

294. Concernant les résultats du gouvernement d'Allende, malgré une volonté assez apparente de changement, le bilan demeure assez mitigé. D'un côté, un élan de redistribution fut effectif par la mise en place de politiques sociales et par la déconcentration partielle de la propriété⁵⁰⁸, comme résultat d'une évolution sociale de la Constitution. Évolution constitutionnelle qui sera déterminante pour induire les gouvernements républicains chiliens de droite et de gauche à reprendre la question sociale comme question

⁵⁰⁶ I. OBANDO CAMINO, « El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido », *Estudios Constitucionales*, n° 1, 2012, p. 290.

⁵⁰⁷ Au sujet de ces réformes de type libéral, consulter la loi chilienne n° 17398 (9 janvier 1971) art. 1

⁵⁰⁸ H. PAVON, *11 Septiembre 1973, op. cit.*, p.29.

inhérente à la République⁵⁰⁹. La réforme d'Allende fait donc apparaître le constitutionalisme social au Chili⁵¹⁰, ce qui est, du point de vue strictement constitutionnel, un renversement des logiques antérieures où la Constitution était le monopole des libertés individuelles.

295. D'un autre côté, les politiques sociales ne furent en aucun cas universelles et une partie de la société, autre que le salariat, ne bénéficia que très peu des politiques socialistes *allendistes*. Les réformes ne furent que partielles, la question alimentaire par exemple fut un des points les plus faibles du gouvernement qui, loin de déclarer un droit à l'alimentation face à la pénurie⁵¹¹, n'est pas parvenu à entamer des politiques sociales effectives et universelles en vue de garantir un accès à l'alimentation aux chiliens. Ces éléments soulèvent le caractère manifestement réformiste du gouvernement d'Allende. Car les transformations juridiques du début des années soixante-dix paraissent plus accompagner un phénomène de relativisation du libéralisme économique, que bouleverser complètement les fondements libéraux de la politique, le droit et l'économie. En somme, l'ordre établi républicain d'inspiration libérale survit mais il ressort modifié par une transformation socialiste qui paraît avoir eu une volonté révolutionnaire mais qui n'a pas eu le temps d'aboutir. Ainsi pourrait-on dire, à ce stade, que cette entreprise ne fut point révolutionnaire. Toutefois, pour cela, il faudrait avoir résolu deux questions : tout d'abord, est-ce que la révolution sociale doit nécessairement être en rupture avec les principes républicains ? Et est-ce que l'exemple du gouvernement d'Allende peut conduire à des conclusions définitives ?

296. Sur la compatibilité entre la révolution sociale et la République, il n'existe pas d'incompatibilité absolue. En effet, au-delà de la conception marxiste conservatrice qui conçoit une révolution socialiste par le biais de nouvelles assises économiques fortement imbriquées dans un effondrement des rapports sociaux et juridiques⁵¹², la révolution socialiste républicaine n'est en rien totalisante. Bien que cette dernière suive le marxisme

⁵⁰⁹ « L'Etat est au service de la personne humaine et sa finalité est de promouvoir le bien commun, pour ce faire il doit contribuer à créer les conditions sociales qui permettent à tous et à chacun des intégrants de la communauté nationale leur majeure réalisation spirituelle et matérielle possible, avec le respect entier des droits et garanties que cette Constitution établit » Art. 1 al. 4 de la Constitution chilienne de 2005 (traduction libre de l'espagnol).

⁵¹⁰ I. OBANDO CAMINO, « El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido », *op. cit.*, p. 291.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 31.

⁵¹² K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, *op. cit.*, pp. 75, 101 et s.

dans la recherche d'un bouleversement des assises économiques du système libéral considéré comme étant injuste à cause des excès de l'individualisme libéral⁵¹³, le socialisme républicain se détache du marxisme car il ne prétend pas à établir une réorganisation sociale et politique finalistes, inexorablement liés à une lutte. En effet, le *socialisme républicain* est socialiste par son mobile économique, en même temps qu'il est républicain par son attachement aux droits individuels nécessaires à l'épanouissement de l'Être humain (c'est-à-dire aux droits de l'Homme) et aux procédures destinées à garantir l'inaliénation de la chose publique (c'est-à-dire aux principes républicains). Il est donc fort probable qu'Allende - inspiré par le marxisme économique, mais aussi républicain convaincu - ait voulu concrétiser un projet de révolution socialiste républicain, qui n'a pas pu aboutir à cause d'une rupture de l'ordre constitutionnel indépendante de la volonté de son mouvement.

297. Demeure la question de savoir si le gouvernement d'Allende peut être évalué alors que le contexte de son mandat constitutionnel fut troublé de plusieurs formes, avant de s'achever brusquement par le coup d'Etat du 11 septembre 1973 dirigé par le général Augusto Pinochet. Cette situation rend impossible toute analyse définitive des résultats du socialisme républicain chilien et fausse toute tentative de conclusion hâtive sur le bilan du gouvernement Allende. On ne saura alors si ce qui paraît être une période réformiste socialiste constituait en réalité une véritable révolution sociale non vouée à la violence des transformations brusques, mais consacrée plutôt à concilier, d'une part, les libertés fondamentales et les principes républicains avec, d'autre part, les droits sociaux.

298. Pourtant le cas chilien n'est pas isolé dans le monde occidental ou occidentalisé. Il existe en effet divers exemples de mouvements caractérisés par une volonté, un élan ou un discours révolutionnaire d'inspiration sociale tout en gardant un esprit républicain : la France révolutionnaire de 1848, ou la révolution mexicaine de 1910. D'autres exemples, moins républicains, mais où les gouvernants étaient conscients de l'importance de conserver certaines libertés fondamentales, peuvent aussi alimenter la casuistique : la révolution

⁵¹³ Les exemples sont nombreux concernant l'indignation du *socialisme républicain* contre l'individualisme, voir notamment son texte « *De l'humanité* », P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard, op. cit.*, p. 287 ; Par rapport à la critique marxiste voir K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste, op. cit.* p. 76.

nationaliste péruvienne de 1968 ou la révolution sandiniste au Nicaragua en 1979⁵¹⁴. Dans tous les cas précités, contrairement au Chili, il s'agit de mouvements en rupture violente avec l'ordre établi. Ils constituent ainsi des exemples de révolutions armées qui réussirent à renverser leurs gouvernements dans le but de réaliser un projet politique manifestement en rupture avec celui du gouvernement précédent. Pourtant si politiquement et constitutionnellement la révolution est bien réelle puisqu'elle opère une transformation du régime politique (par exemple la France passe d'un régime monarchique à un régime républicain) et une rupture de l'ordre constitutionnel (le Mexique ira jusqu'à former une nouvelle Constitution en 1917 qui, au surplus, est reconnue comme étant le premier exemple de constitutionalisme social dans le Monde⁵¹⁵), il n'en demeure pas moins que, en l'état, ces changements n'ont été que formels et ne constituent en rien une garantie de réforme de fond assurant un véritable bouleversement systémique. De tels moments historiques ne sont suivis ni, d'une part, de réformes économiques complètes et de politiques publiques sociales spécifiques mais à vocation universelles (ce qui impliquerait un nouveau système légal de redistribution des richesses fondé sur une philosophie politique moins libérale) ni, d'autre part, de l'exigibilité des droits sociaux (ce qui nécessiterait un cadre normatif judiciaire et procédural nouveau). Parmi les exemples précités, aucun ne parvient à réunir toutes ces caractéristiques, soit parce que le projet révolutionnaire n'était que déclaratif et non pas exécutif (c'est le cas de la révolution mexicaine) ; Soit parce que l'élan révolutionnaire s'est épuisé se transformant ensuite en mouvement réformateur (c'est le cas du mouvement sandiniste) ; Soit parce que le projet révolutionnaire fut arrêté par une contrerévolution (c'est le cas de la révolution de 1848 en France, ou de la révolution nationaliste de gauche au Pérou).

⁵¹⁴ Au Nicaragua le sandinisme réussit à prendre le pouvoir par le biais d'une lutte armée d'inspiration marxiste en 1979. Pourtant l'enjeu ne fut pas d'ôter le pouvoir aux libéraux mais à un dictateur qui gouvernait un Etat ploutocratique interfamilial très influencé économique et politiquement par les Etats-Unis. Après que les sandinistes s'imposent et débutent un processus de dix-huit mois dit de « restauration nationale » leur gouvernement fut interrompu par une ingérence états-unienne qui soutenait ouvertement une contre-offensive armée dirigée contre les révolutionnaires sandinistes. Dans des conditions temporelles aussi réduites il serait peu sérieux d'analyser un quelconque acquis durable de la révolution au-delà du simple constat d'un certain nombre de normes inspirées dans la justice sociale. L'exemple le plus emblématique (et qui ne manque pas de similitudes avec l'abolition des privilèges française durant la nuit du 4 août 1789) fut le décret n°3 du 20 juillet 1979 qui ordonne l'expropriation des biens de la famille du dictateur et de tous les militaires et fonctionnaires le soutenant et ayant abandonné le pays depuis 1977. Cet acte constitua certainement le début du renversement de l'ordre établi, après une période de conflit armé caractérisée par la confusion puis par la transition. Le cas du Nicaragua sandiniste, que l'on peut qualifier de mouvement de « guérilla victorieuse » (même si la plénitude de leur pouvoir fut que de courte durée) nous montre combien semblent s'imbriquer les notions de rupture de l'ordre établi, voire de rupture violente de l'ordre établi, avec celle de révolution.

⁵¹⁵ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica, op. cit.*, p. 101.

299. En réalité, l'exemple chilien fait davantage penser à l'exemple français de 1981, car les gouvernants furent élus, contrairement aux révolutions précitées. On pourrait dire que le Mitterrand de 1981 et l'Allende de 1970 montrent un socialisme à deux échelles différentes. Le programme du premier était qualifié de social-démocrate, c'est-à-dire politiquement républicain mais économiquement social-libéral, donc réformiste économique. Alors que le programme du second était certes aussi républicain que Mitterrand du point de vue politique, mais son but économique allait au-delà du réformisme, il visait à changer le système économique en limitant fortement les libertés économiques des privés ce qui – à cette échelle – était une nouveauté dans la région andine.

300. Mais si on revient aux exemples précités, on constate que les révolutions sociales manquées révèlent que le mouvement politique qui se déclare révolutionnaire l'est effectivement si deux conditions de fond sont réunies indissociablement. Premièrement, s'il cherche à s'emparer et obtient le pouvoir politique ; deuxièmement, si une fois au pouvoir il propose un nouveau projet holistique. Ce qui signifie que l'essence ou mobile philosophique du nouveau projet doit être différent, mais aussi que les outils juridico-politiques - qui véhiculent le projet - doivent changer en conséquence, et surtout que les assises économiques - qui sont la condition *sine qua non* de réalisation du projet – doivent être en rupture avec les anciennes.

301. On comprend alors que la question formelle - c'est-à-dire celle des moyens qu'utilise la révolution pour parvenir aux transformations fondamentales – ne constitue pas une condition fondamentale pour comprendre si un mouvement est révolutionnaire ou s'il est simplement réformiste. En effet, si la révolution est atteinte par des moyens démocratiques ou armés, par la voie longue ou par la voie courte, cela ne préjuge en rien de la portée finale du bouleversement systémique qui prétend être une révolution. En conséquence, bien que les moyens violents et une célérité dans les transformations constituent une apparence de révolution, il apparaît que ce qui constitue une véritable révolution ce sont les résultats identifiables à long terme, c'est-à-dire les changements paradigmatiques profonds et durables.

302. La Révolution française de 1789 est en ce sens le meilleur exemple occidental de véritable révolution car l'ordre précédemment établi fut renversé et sur ses ruines fut construit un nouveau système inspiré d'un paradigme différent qui constitue le moteur principal des systèmes philosophico-juridico-politico-économique occidentaux contemporains.

B- Dépasser l'Etat n'est pas une condition de la révolution sociale

303. La critique systémique du marxisme avance que l'exploitation - qui fonde l'inégalité des rapports sociaux, notamment en matière de travail - caractérise l'élément fondamental que la révolution cherche à abolir⁵¹⁶. Pourtant, poursuivent Marx et Engels, la bourgeoisie soutient que le partage actuel est « équitable⁵¹⁷ », or il est certain que les rapports peuvent être considérés comme étant équitables au vu du mode actuel de production. Cela veut dire que les rapports actuels constituent, selon Marx, une conception de l'égalité bourgeoise qui se transpose au droit et au *statu quo* systémique actuel, cherchant à se distinguer de l'inégalité des rapports anciens entre maîtres et esclaves, seigneurs et serfs⁵¹⁸. Sur ce point, le marxisme interrogerait donc le droit étatique contemporain (qu'il estime contrôlé par la bourgeoisie⁵¹⁹) en se posant la question de savoir si ce sont les rapports économiques qui se règlent par des idées juridiques ou si, au contraire, ce ne sont pas les rapports juridiques qui naissent des rapports économiques⁵²⁰. Le droit - qui est le propre de l'Etat - ne serait donc pas une garantie de justice mais il serait bien plutôt un outil de légitimation du fait⁵²¹, peu importe si ce fait est juste ou injuste. En conséquence, loin de lutter contre l'injustice - qui est une notion abstraite -, la révolution sociale que prône le marxisme cherche plutôt à dépasser le gouvernement des personnes qui constitue le droit, non pas à travers l'abolition de l'Etat mais plutôt par l'effondrement de celui-ci⁵²².

⁵¹⁶ Voir en ce sens la première version du programme du Parti ouvrier allemand qui a fait l'objet des remarques de Marx et qui fut publiée le 7 mars 1875 dans le *Volksstaat* et le *Neuer Sozial-demokrat* : K. MARX, *Critique du programme de Gotha*, Paris, Les éditions sociales, 2008, p.41.

⁵¹⁷ K. MARX et F. ENGELS, *Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt*, Paris, Les éditions sociales, 1966, p. 27.

⁵¹⁸ Voir A. WOOD, « Marx, critique de l'égalitarisme », *M, mensuel, marxisme, mouvement*, Paris, mai-juin 1991, J. HOARAU, « Marx », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 2. PUF, Paris, 2004, p. 1209

⁵¹⁹ K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, *op. cit.*, p. 76.

⁵²⁰ K. MARX et F. ENGELS, *Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt*, *op. cit.*, p. 27.

⁵²¹ Le droit ne qualifie pas ce que doivent être les faits, mais ce sont plutôt les faits qui forment le droit : Voir L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959, « À propos de Louis Althusser et la critique du droit », *Droit et société*, n° 2, 2010, pp. 461 et s.

⁵²² Voir F. ENGELS, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, Paris, éditions sociales, 1963, pp. 114 et s.

304. Le dépassement de l'Etat constituerait donc la véritable révolution sociale pour le marxisme. Pourtant bien qu'en apparence l'Etat soit l'organe créateur de l'injustice du capitalisme - puisque c'est à partir de l'Etat que naît le droit -, en réalité lui et le droit ne sont que des instruments traduisant le contexte de relation et d'influence monolithique de l'idéologie bourgeoise⁵²³. Puisque le droit, comme l'Etat, ne sont que des structures opérationnelles⁵²⁴ qui peuvent servir tantôt à légaliser l'injustice, tantôt à la combattre, tantôt à légaliser la justice. C'est pourquoi, en tenant compte de l'expérience révolutionnaire, on observera qu'aucune de ces entreprises n'a réussi à se passer du droit ni de l'Etat. Car, comme l'explique L. Althusser, la disparition complète du droit voulue par les idéologies communistes et libéralo-bourgeoise est irréalisable puisqu'elle aboutit à l'effondrement de ces idéologies⁵²⁵. En effet, vouloir la disparition de l'Etat deviendrait paradoxal étant donné que chaque idéologie requerrait du droit pour opérer, organiser et transmettre son programme de transformations auprès de la société.

305. Parmi les exemples de mouvements révolutionnaires à portée nationale, même parmi les plus violents, on ne trouve pas de mouvement dominant de négation de l'Etat : ni avec les rébellions civiles précédant 1789, ni chez les rébellions armées produites au Nicaragua pré-sandiniste, ni chez les rébellions militaires au Pérou à la veille du coup d'Etat nationaliste de 1968. Car ces révolutions ne sont pas en opposition contre l'Etat, mais plutôt en opposition contre l'idéologie gouvernementale qui use de l'Etat pour produire un droit et maintenir un *statu quo* que les mouvements dits révolutionnaires qualifient d'injuste⁵²⁶.

⁵²³ « L'idéologie juridique bourgeoise considère la loi comme un commandement qui s'applique à un sujet, plaçant celui-ci dans un rapport déterminé aux autres sujets. Montesquieu, au contraire, considère les lois comme la description de la multiplicité des rapports pouvant s'instaurer entre phénomènes hétérogènes et non assujettis ». « À propos de Louis Althusser et la critique du droit », in *Droit et société*, n° 2, 2010, p. 463.

⁵²⁴ Voir notamment L. ALTHUSSER, « La transformation de la philosophie - Conférence de Grenade (1976) », in *Sur la philosophie*, Paris, Gallimard, 1994, p. 153.

⁵²⁵ « À propos de Louis Althusser et la critique du droit », *op. cit.*, p. 461 et s.

⁵²⁶ « [...] Les travailleurs qui m'ont élu sont dans le gouvernement ; nous contrôlons une partie du pouvoir Exécutif, nous sommes une minorité au Parlement. Le pouvoir judiciaire est autonome et le Code civil de ma patrie a cent ans [...] il faut penser que ces lois représentaient une autre époque et une autre réalité, ces lois n'ont pas été faites par les travailleurs qui sommes au gouvernement : elles ont été faites par les secteurs de la bourgeoisie qui avaient l'Exécutif, le pouvoir économique et qui étaient majorité au Congrès national [...] » Extrait du discours de Salvador Allende à L'université de Guadalajara, Mexique, 2 décembre 1972 (traduction libre de l'espagnol) ; « [...] la tâche de gouverner n'a pas été comprise comme un banal exercice du pouvoir, sans objectif ni propos, ni comme une action de continuité acheminée à maintenir un ordre social fondamentalement injuste dans lequel la majorité de notre peuple a toujours été une majorité exploitée, miséreuse, dépossédée. [...] Bien au contraire. Nous assumons le pouvoir politique pour faire de lui un outil de la transformation de notre patrie [...] » Extrait du discours de Juan Velasco Alvarado prononcé en 1969 au moment de la promulgation de la Loi de réforme agraire (traduction libre de l'espagnol).

Cette situation est bien celle du Chili d'Allende, sauf que dans ce cas l'opposition au pouvoir ne fut pas illégale – dans ce cas on ne parle pas de rébellion - puisque l'arrivée au pouvoir des *allendistes* est démocratique, et que les réformes d'Allende sont véhiculées par des mécanismes constitutionnels et respectueux des procédures du droit bourgeois. Hormis cet exemple, les autres mouvements occidentaux d'inspiration sociale qui se revendiquent révolutionnaires (Cuba castriste, la France quarante-huitarde, le Mexique en 1910, le Pérou nationaliste en 1968, etc.) ne peuvent être assimilés au combat contre l'existence de l'Etat. Car lorsque tous ces mouvements ont réussi à ravir l'autorité étatique, ils l'ont bien utilisée pour mener à bien leur projet révolutionnaire ou réformiste, selon les cas. Deux exemples peuvent illustrer mieux ces propos. Tout d'abord lors de la révolution sandiniste, le président de la Cour Suprême du Nicaragua, A. Serrano-Caldera, affirma que l'Etat bourgeois était caractérisé par une conception hégélienne voulant faire de l'Etat une entité déliée de la société civile et de l'économie. Or le droit sandiniste (c'est-à-dire la révolution) aspirait à rapprocher l'Etat avec la société afin que le droit exprime la réalité sociale qu'il produit⁵²⁷. Il serait donc logique de conclure que la révolution sandiniste souhaite uniquement changer l'Etat et non pas le supprimer.

306. Dans le cas de la révolution nationaliste au Pérou, lors de son accession au pouvoir la première action du gouvernement révolutionnaire fut la promulgation des objectifs nationaux qui énonçaient la « Transforma[tion de] la structure de l'Etat afin qu'elle soit plus dynamique et efficiente pour une meilleure action du gouvernement. [Dans le but d'une] transformation des structures économiques, sociales et culturelles du pays⁵²⁸. » En aucun cas les nationalistes promurent une stratégie d'affaiblissement de l'Etat, mais au contraire, ce dernier devait être renforcé pour leur servir comme outil du projet de « grande transformation ».

307. En ce sens, il serait moins hasardeux d'avancer ici que le rejet de l'autorité de l'Etat de la part de ces mouvements historiques en Occident ne correspond pas au refus inné du pouvoir public, mais plutôt à une rébellion contre ceux qui détiennent ledit pouvoir public. Ce n'est donc pas la nature du pouvoir qui est remise en cause mais plutôt l'illégitimité de

⁵²⁷ A. SERRANO-CALDERA, *Droit et sandinisme*, Paris, L'Harmattan, 1987, p. 30-31.

⁵²⁸ Decret-loi n° 17.063 art. 2, in V.-R. BELTRAN, *El papel político y social de la fuerzas armadas en América latina*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1970, pp. 242-243.

ceux qui exercent le pouvoir⁵²⁹. Dans ce cas, le dépassement de l'Etat serait lié uniquement au matérialisme historique marxiste, alors que les autres révolutions sociales (notamment celles des exemples précités) n'ont pas pour but l'effondrement de l'Etat mais elles cherchent plutôt à s'emparer de lui pour mener à bien le processus révolutionnaire.

308. Ainsi, puisque l'Etat est la structure à partir de laquelle s'organise la société, indépendamment du type de régime, de modèle ou d'idéologie, alors la figure du droit qui émane de l'Etat constitue une garantie de la stabilité du « vivre ensemble » en société. Ce qui montre que la figure de l'Etat est incompatible avec toute forme d'instabilité et *a fortiori* diamétralement opposée à une quelconque révolution⁵³⁰. En effet, ce n'est qu'en vertu d'un « attentat » au droit - et donc au *statut quo* de l'Etat – qu'un groupe social réussit le véritable bouleversement paradigmatique que constitue une révolution. Dans ce cas, il serait paradoxal qu'une révolution sociale (entendons ici socialiste et/ou marxiste) revendique un Etat social et la reconnaissance des droits sociaux, alors que la caractéristique de la notion de révolution s'oppose au droit et au *statut quo* de l'Etat.

309. Pourtant, comme cela a déjà été énoncé, l'Etat ne serait qu'une figure passive, c'est-à-dire un espace reflétant un ordre social (indépendamment du contenu idéologique de l'ordre qui s'empare de l'Etat). En ce sens, ce n'est donc pas l'Etat qui résiste au changement, mais ce sont les idéologies et ses défenseurs politiques qui résistent depuis l'intérieur de l'Etat qu'ils contrôlent dans le but de défendre leurs positions de tout renversement de situation potentiellement révolutionnaire. Dans l'espèce, c'est le paradigme libéral absolu dominant (dont le résultat est le libéralisme-bourgeois) qui oppose résistance depuis l'Etat qu'il contrôle dès la fin du XVIIIème siècle, au changement fondamental, c'est-à-dire le changement de l'essence philosophique, qui constitue le mobile du système politique et qui guide le droit et l'économie. Il serait donc hasardeux de croire que le bouleversement s'obtient avec l'abandon de la figure de l'Etat ou du droit, si l'essence philosophique du nouveau système (étatique ou antiétatique) n'est pas nouvelle. Cette nouveauté, qui constitue le véritable changement, et peut-être la véritable révolution, consiste à proposer

⁵²⁹ En reprenant les réflexions de G. Burdeau, E. Desmons affirme que lorsque l'autorité publique viole la loi au lieu de l'exécuter, alors le délit de rébellion n'existe plus. L'action du rebelle est donc légitime puisque « la légalité change de camp, et le particulier qui résiste devient défenseur de la loi » E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op cit., p. 91.

⁵³⁰ K. KAUTSKY, *Le révolution sociale*, op. cit., p. 20-21 ; A. ARNOULD, *L'Etat et la Révolution*, Paris, Respublica, 2009, p. 63.

une essence philosophique du politique et du droit différente du libéralisme-bourgeois. Ce qui se traduit soit par un renoncement au libéralisme tout entier, soit par une réformation le libéralisme absolu.

310. Dans le premier cas, renoncer au libéralisme tout entier signifie la disparition des excès du libéralisme et des abus de liberté, mais aussi une suppression de tout type de liberté individuelle, même si elle est nécessaire à l'épanouissement de l'Homme. Dans le second cas, reformer le libéralisme absolu, revient à imposer des limites raisonnables à certaines libertés économiques tout en conservant les libertés essentielles à l'épanouissement de l'Homme. Cela aurait pour but non pas de limiter les libertés de tous, mais de limiter les libertés de ceux qui ressortent privilégiés par un excès de libertés, afin que tous puissent jouir de d'une parcelle de liberté semblable. A ce stade de la réflexion, il apparaît que le degré de liberté que confère le système juridique constitue le facteur déterminant pour analyser le changement (évolution ou révolution) de paradigme. En ce sens, il serait déterminant de savoir à quel point les libertés doivent être limitées pour considérer que le processus est véritablement révolutionnaire, sans pour autant céder au risque de l'arbitraire et de l'autoritaire.

311. Bien qu'en Occident les exemples de révolutions à revendication sociale soient limités et soumis à discussion, il faut admettre que les systèmes juridiques contemporains des Etats occidentaux sont moins libéraux qu'au début du XIXe siècle⁵³¹. En effet, de multiples évolutions sont intervenues au niveau des assises économiques du droit, tant au niveau du droit à la propriété qu'à celui du droit du travail. Concernant la propriété, elle n'est plus conçue depuis une fonction nettement individuelle, mais elle dispose désormais d'une fonction sociale accrue⁵³², qui se manifeste par exemple par un devoir imposé au propriétaire par l'autorité publique de faire bénéficier de son bien à ceux qui sont sans logement⁵³³. Concernant le travail, la liberté individuelle du patron à entreprendre et à

⁵³¹ En France « l'essentiel de l'Etat providence remonte à la IIIème République [influencé par] le solidarisme » D. ROMAN, « L'Etat de droit social en France », *op. cit.*, p. 156 ; au Pérou c'est en 1911 qu'apparaissent les premières lois sociales grâce aux travaux du député J.-M. Manzanilla ; Voir J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Discursos parlamentarios*, *op. cit.*, p. 573.

⁵³² Comme l'évoque S. Théron au sujet de la réquisition de logement, deux éléments *a priori* contradictoires paraissent se confronter : la fonction individuelle de la propriété qui constitue le droit de propriété, et la fonction sociale de la propriété qui permet sa réquisition. S. THERON, « La réquisition administrative de logement », in *AJDA*, n° 5, 2005, pp. 247-256.

⁵³³ Pour l'exemple français, voir la loi « Réquisition de logements » du 11 juillet 1938 modifiée par l'ordonnance du 6 janvier 1959.

disposer de la force de travail de ses salariés est limitée par l'apparition du droit du travail, qui concède une protection et des bénéfices aux salariés au nom des droits collectifs⁵³⁴. Cela montrerait alors que le libéralisme des Etats de droit continental est atténué et non absolu, or cela signifie aussi qu'il continue à être libéral dans une plus ou moins large mesure. L'avantage étant que, grâce au libéralisme, la société demeure protégée contre le totalitarisme et l'arbitraire, mais qu'au contraire, le libéralisme subsistant peut s'avérer être un danger potentiel pour la société dans le sens où, du fait de sa position idéologique dominante dans l'Etat, il peut encore faire prévaloir sans cesse la liberté individuelle en dépit d'autres considérations issues d'autres idéologies non dominantes. C'est alors qu'il semble juste de se demander si ces craintes sont fondées ou si, au contraire, les réformes sociales déjà entreprises, et qui ont relativisé le libéralisme absolu grâce aux droits sociaux, constituent d'emblée un changement de paradigme. Ou, ce qui revient au même, est-ce que le libéralisme réformé et contemporain peut encore être compris comme étant le libéralisme, ou s'agit-il d'un nouveau paradigme juridique ?

II- Les droits sociaux comme possible renouvellement de la charge révolutionnaire du libéralisme

312. Puisque le libéralisme est le paradigme dominant, il contrôle donc l'Etat avec un idéal suprême de garantie de liberté. Dans ce cas, la réalisation de la révolution sociale dépendrait sinon de l'abolition, du moins d'une réforme du libéralisme (A). Pourtant, ces mouvements réformistes ne sont pas uniquement le fruit d'une critique du libéralisme bourgeois et statique, mais ils sont aussi le résultat d'une critique du socialisme marxiste qui, par son manque de dynamisme, ne dépassera pas le matérialisme historique. Dans ce contexte, d'après le courant social-libéral, ce qui serait révolutionnaire c'est d'abandonner le cadre pratique du libéralisme bourgeois pour tendre à plus de justice et donc marcher vers une liberté accessible à tous, en même temps que le socialisme renonce à croire que la théorie de la révolution sociale doit déterminer l'action présente qui peut être réformiste (B). Ce réformisme du libéralisme, qui intervient par la relativisation du modèle dominant, grâce à

⁵³⁴ Comme l'explique L. Gaxie pour le cas français : la loi du 9 avril 1898 entérine un changement de conception au niveau du risque au travail qui ne pesait jamais sur l'employeur mais sur les salariés. Désormais des activités énumérées ouvriraient un droit à être indemnisé en cas d'accident survenu « par le fait du travail ou à l'occasion du travail » à la charge de l'employeur. L. GAXIE, « Du "droit individualiste" au "droit social" Une histoire de la juridisation du social (1789- 1939) », *Raison Publique*, 2012. ; Pour le cas du Pérou voir J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Discursos parlamentarios, op. cit.*, pp. 573 et s.

l'insertion des droits sociaux, a pour but de mieux garantir les libertés de tous, ce qui constitue un renouveau pour le libéralisme qui retrouve une charge révolutionnaire qu'il avait perdu à cause des injustices du modèle capitaliste (C).

A- Des révolutions sociales manquées réformant le libéralisme

313. Au sein de la doctrine consensuelle, les sociaux-libéraux mobilisent des ressources afin de trouver un compromis entre l'Etat qui laisse des libertés aux individus et l'Etat qui intervient pour corriger les inégalités⁵³⁵. Ils concèdent de façon double et paradoxale, d'une part, que le principal objectif de l'Etat est de garantir la liberté de tous et, d'autre part, que l'Etat peut - et certainement doit - se permettre de limiter la liberté au nom de la liberté elle-même⁵³⁶. Ce qui revient à croire que toute limitation de la liberté ne peut avoir d'autre mobile qu'une meilleure garantie de ces mêmes libertés. En conséquence, selon les socio-démocrates, si des idées sociales advenaient à se transformer en droits sociaux dans un cadre juridique fondamentalement libéral alors cela ne voudrait pas dire que le libéralisme est dépassé, mais cela voudrait plutôt dire que le libéralisme est renforcé. En ce sens, les limites aux libertés, que les réformes sociales inoculeraient dans le système libéral, se réaliseraient non pas au nom d'un quelconque référent « social » (socialiste, solidariste), mais au nom de la liberté. C'est pour cette raison que, « à différence des droits de l'Homme de contenu individuel [et donc d'inspiration libérale,] les droits sociaux apparaissent toujours comme le fruit d'une révolution inachevée⁵³⁷ ». En effet les prétendues révolutions sociales ne parviennent pas à déplacer l'idéal de liberté comme mobile essentiel de l'action de l'Etat, par des nouveaux mobiles essentiels comme la justice sociale par exemple. Sans un fondement philosophique propre et solide⁵³⁸, lesdites révolutions ne disposeraient pas d'une base conceptuelle stable pour développer leur projet « social », ce qui a pour conséquence qu'elles ne parviennent pas à accomplir leur programme d'origine en le cristallisant par un

⁵³⁵ Selon R. Dworkin le principe d'égalité serait abstrait si le gouvernement n'agit pas pour améliorer la vie de ses citoyens en portant une attention égale à chaque membre de la communauté, et en redistribuant les profits afin de compenser les inégalités liés à la chance pure. V. en ce sens : R. DWORKIN, *La vertu souveraine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 53-67 et 317 et s.

⁵³⁶ J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1997, p. 239.

⁵³⁷ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 19, (traduction libre de l'espagnol).

⁵³⁸ Si le paradigme « social » ne domine pas les logiques de l'Etat il n'est donc pas positif. On se situe alors dans une sphère pré-juridique et on ne peut légitimer le fondement essentiel de la révolution sociale par le droit, mais plutôt par des raisonnements para-juridiques tels que la philosophie juridique.

nouvel ordre juridique⁵³⁹, alors qu'il s'agit de l'élément déterminant d'un changement révolutionnaire.

314. Ainsi, depuis son institutionnalisation à la fin du XVIIIe siècle, le libéralisme ne disparaît nullement. Il est certes atténué par des réformes, mais il demeure le principal référent philosophique et idéologique du droit qui régit les rapports économiques structurant la société occidentale, notamment en matière de droit du travail et de droit de la propriété. L'apparition des droits sociaux, issus de prétendues révolutions sociales, opère à l'intérieur du système juridique libéral, et donc du paradigme libéral tout entier, comme un élément réformateur du libéralisme. C'est pourquoi il semble que les prétendues révolutions sociales, ou du moins ses résultats, ne sont que des courants réformateurs. Car ils ne réussirent jamais à renverser les logiques systémiques libérales et à les remplacer par des nouvelles logiques. Il faut comprendre ici qu'avec l'apparition des droits sociaux, l'idéal directeur du libéralisme - c'est-à-dire la liberté - n'est pas remis en question, et *a fortiori* il n'est pas non plus abandonné au profit de possibles idéaux du « social » tels que la justice sociale, l'égalité matérielle ou l'humanisme. En conséquence, si l'apparition des droits sociaux ne change pas les logiques systémiques, ni du libéralisme, ni de l'Etat libéral, alors cela voudrait dire que ces nouveaux droits renforcent paradoxalement le libéralisme. Car l'insertion des droits sociaux dans l'ordre juridique libéral alimenterait la force de ce système et renouvellerait sa charge révolutionnaire, qui semblait être en perte de vitesse depuis ses multiples échecs pour résoudre les questions historiques liées à la pauvreté, la misère et la précarité. Par exemple, le développement de la grande industrie durant la révolution industrielle, qui constitue un des aboutissements du libéralisme économique, va mettre en évidence que le travailleur ne peut pas vivre que de son salaire nu⁵⁴⁰. Ce qui questionne la validité du libéralisme, et de sa conséquence économique - le capitalisme -, pour résoudre les problèmes sociaux dont il est à la source. En effet, comme l'affirme C. Rosselli, en se référant au libéralisme absolu qu'il qualifie de libéralisme bourgeois, le phénomène de progression du prolétariat misérable face à la concentration de capitaux entre

⁵³⁹ « A différence des droits de l'homme de contenu individuel, les "droits sociaux" apparaissent toujours comme étant le fruit d'une "révolution inachevée", non seulement dans le sens de mouvements qui ne parviennent pas à réaliser leur programme d'origine [...] mais en l'idée que cette révolution doit être terminée par et en un nouvel ordre juridique (positif). » C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 19-20, (traduction libre de l'espagnol).

⁵⁴⁰ H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale (1850-1940)*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1989, p. X.

les mains de quelques personnes est la cause des mouvements de rébellion du prolétariat⁵⁴¹, qui *in fine* vont se traduire par une nécessité de réformer le libéralisme pour éviter son implosion. En suivant cette logique les droits sociaux sembleraient être admis à trouver une place dans un système libéral en déclin et avide de réformes capables de renouveler son élan révolutionnaire.

315. Faute de révolution sociale, les réformes sociales qui donnent naissance aux droits sociaux conforteraient donc la place dominante du libéralisme dans l'Etat. La conséquence étant qu'une relation étroite peut être établie entre les théories du social et celles du libéralisme voire que, au-delà d'un simple lien platonique entre les deux, il existe un lien fondamental et essentiel à partir duquel découleraient les deux paradigmes. Ce lien ne serait autre que la notion de liberté. Certes il ne s'agit pas là d'une liberté absolue, mais plutôt d'une liberté réformée, plus relative du point de vue économique où elle échoua le plus souvent, mais tout aussi forte du point de vue politique dans une période où les principes républicains s'imposent en Occident comme socle de la société contemporaine. Or, il faut garder à l'esprit ici que le pan essentiel de la mytho-motricité est toujours la liberté, et que sa relativisation ne constituerait pas son remplacement de la même façon qu'évolution ne signifie pas nécessairement révolution.

316. Observons premièrement que si le libéralisme n'est jamais révolu, par l'action des mouvements d'idées sociales qui se prétendent révolutionnaires (s'autoproclamant seconde ou troisième voies du système), alors le libéralisme conserve sa place de paradigme dominant dans l'Etat. En conséquence, la liberté qui constitue l'élément fondamental du libéralisme ne peut être écartée, et elle continue d'être la notion directrice au nom de laquelle se produisent toutes les évolutions du système libéral (qu'il soit réformé ou non réformé). Deuxièmement, les fondements conceptuels ou mobiles du courant social apparaissent comme des notions floues. Tout d'abord, parce que l'absence d'exemples de révolutions sociales réussies rendrait abstraites les notions fondamentales du social. Il est alors impossible de savoir ce qui est *in fine* l'application d'un système social lorsqu'il s'empare de l'Etat⁵⁴². Ensuite, les mobiles du social paraissent flous car contrairement au

⁵⁴¹ C. ROSSELLI, *Socialisme libéral, op.cit.*, p.124.

⁵⁴² « En tant qu'idéal d'égalité, le socialisme était une notion limite, une ligne vers un point jamais pleinement atteint parce que situé au-delà de l'expérience et dans une dimension temporelle de la conscience » N. URBINATI, entrée « Socialisme », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 2, PUF, Paris, 2004, p. 1804.

libéralisme qui peut aisément définir sa fonction à travers un seul critère téléologique - c'est-à-dire la liberté -, le social - et les droits sociaux qui en découlent - use d'une pluralité de critères téléologiques pour définir sa fonction : la justice sociale⁵⁴³ ; la lutte contre les inégalités sociales⁵⁴⁴ ; l'égalité⁵⁴⁵ ; etc., ce qui rend le discours confus et peu saisissable. En toute logique le constat est le même du côté des systèmes idéologiques ou philosophiques qui rationalisent le « social » rendant confus le lien entre socialisme républicain, solidarisme et socialisme libéral, alors qu'ils cherchent tous le même but : relativiser les assises économiques du libéralisme absolu, laissant place à la reconnaissance d'un certain nombre de droits sociaux fondés sur une idéologie d'opposition à l'individualisme désignée par le néologisme « socialisme »⁵⁴⁶.

317. En effet, L. Bourgeois cherchait avec le solidarisme « un programme économique qui lui permit de se frayer une voie entre le vieux parti libéral et le socialisme⁵⁴⁷ », formant une doctrine ayant pour vocation de contester la bipolarité idéologique⁵⁴⁸. Ainsi, comme l'explique M. Borgetto dans sa thèse, avec Bourgeois, C. Renouvier postulait cette opposition entre « individualisme absolu [r]envoyant dos à dos le libéralisme doctrinal qui avait prévalu tout au long du siècle et le socialisme qu'il critiquait comme [...] attentatoire de la liberté⁵⁴⁹ ». Il s'agissait bien de les relativiser tous les deux de façon à trouver, dit M. Borgetto, une conciliation entre l'individualisme libéral (qui constitue le patrimoine de la tradition révolutionnaire de 1789) et l'exigence de justice sociale réclamée par les socialistes⁵⁵⁰.

⁵⁴³ Voir notamment H. LAGARDELLE, *Le socialisme ouvrier*, vol. 1, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 424.

⁵⁴⁴ Sur la définition téléologique des droits sociaux voir notamment J.-J. DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *op. cit.*, pp. 288 et s.

⁵⁴⁵ Se reporter à l'analyse réalisée par L. Woltmann qui affirme que le socialisme défend fondamentalement l'idée d'une égalité universelle, voir en ce sens : R. DE LA VEGA et H.-J. SANDKÜHLER, *Marxismus und Ethik. Texte zum neukantianischen Sozialismus*, Frankfurt, Main Suhrkamp, 1974, p. 376.

⁵⁴⁶ O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », *op. cit.*, 2008, p. 1146 ; Voir aussi l'analyse de « l'individualisme moyen » et « l'individualisme fin » développée par C. Bouglé affirmant que l'individualisme constitue la philosophie qui cache l'égoïsme : C. BOUGLE, *Le solidarisme*, Paris, Marcel Giard, 1924, pp. 46 et 137.

⁵⁴⁷ C. GIDE et C. RIST, *Histoire des doctrines économiques. De l'école historique à John Maynard Keynes*, Paris, Sirey, 1947, p. 629 ; Voir aussi M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 9 et 361-363.

⁵⁴⁸ O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n° 2, 2008, p. 1144.

⁵⁴⁹ C. RENOUVIER, *Le personalisme*, Paris, Felix Alcan Editeurs, 1903, p. 105, M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁵⁰ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, p. 360

318. De nombreuses similitudes peuvent être trouvées, entre le *socialisme républicain* de P. Leroux, et le solidarisme, qui semble trouver sa source dans le premier. En effet, si Leroux utilise la notion de socialisme pour l'opposer à l'individualisme et trouver une formule fédératrice de la liberté et de l'égalité, de la fraternité et de l'unité⁵⁵¹, il ne faut pas croire que le socialisme de Leroux est marxiste, finaliste, matérialiste historique ou totalitaire, rien de plus faux. B. Viard explique en ce sens que Leroux emploie doublement la notion de « socialisme », l'expression « socialisme absolu » qualifiant le totalitarisme, et l'expression « socialisme républicain » désignant une doctrine sociale⁵⁵² faite, comme l'exprime Leroux, de liberté, d'égalité, d'unité et de fraternité⁵⁵³, c'est-à-dire une doctrine trouvant sa place dans la République⁵⁵⁴. Il est donc clair que le socialisme républicain de Leroux est l'ancêtre du solidarisme. Ayant les mêmes buts, et les mêmes arguments quasi fraternels, même si Bourgeois réussit à révéler une ontologie propre au solidarisme⁵⁵⁵, qui finit par sceller son succès au sein de la « République sociale⁵⁵⁶ ». Si cette ontologie s'alimente des idées d'unité, de fraternité et de quasi-contrat, il n'en demeure pas moins qu'elle doit faire appel aux fondements idéologiques de l'individualisme libéral et du socialisme pour se rendre explicite. D'ailleurs, le solidarisme peut être certainement bien compris en France où les particularités historiques d'un Etat-nation laïque aident à appréhender la notion, mais en dehors de la France la synthèse du solidarisme semble être un *socialisme libéral*, comme le soutient S. Audier⁵⁵⁷. Ainsi « le solidarisme [...] ne serait [...] que la vision française du socialisme libéral⁵⁵⁸ ».

B- Le socialisme libéral ou la révolution libérale du socialisme

319. La notion de liberté disposera d'un contexte rhétorique et historique plus facile pour constituer l'idéal suprême fondateur de cette nouvelle « fédération » des paradigmes libéraux et socialistes que le courant réformateur du socialisme va créer. Tout d'abord les

⁵⁵¹ Voir en ce sens la définition du mot « socialisme » que donne Leroux dans son article « De l'individualisme et du socialisme », *Revue encyclopédique*, 1834: P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard*, op. cit., p. 163.

⁵⁵² P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français, Anthologie établie et présentée par Bruno Viard*, op. cit., p. 162.

⁵⁵³ *Ibid.*, pp. 163 et p. 263.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, pp. 224-225.

⁵⁵⁵ F. EWALD, entrée « Solidarité », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, op. cit., p. 1835.

⁵⁵⁶ O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », op. cit., p. 1148.

⁵⁵⁷ S. AUDIER, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Giard et Brière, 2007, pp. 17-18.

⁵⁵⁸ O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », op. cit., p. 1151.

néo-kantiens comme J. Jaurès vont trouver une essence similaire et conciliatrice entre le libéralisme et le socialisme, dans le sens où les deux se fondent sur la liberté et sur un étatismes fondé sur le contrat social⁵⁵⁹. Puis l'*Ordine Novo* en Italie va s'empresse de démontrer que l'émancipation de la classe ouvrière, tant voulue par Marx, ne s'obtiendrait pas avec une révolution instaurant un nouvel ordre paradigmatique mais plutôt avec des réformes destinées à former les citoyens à la démocratie et à la liberté non bourgeoise⁵⁶⁰. Ces travaux, qui expliqueront l'interdépendance et donc la complémentarité entre le libéralisme et le socialisme, auront une influence déterminante dans la doctrine juridique occidentale⁵⁶¹, aussi bien en Europe qu'en Amérique du Sud. Ainsi par exemple en France R. Capitant ne manquera pas d'affirmer, quelques décennies plus tard, que « la liberté a besoin, pour être effective, que l'Etat organise ces grands services publics, ces grandes institutions sociales (...) à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale et, par conséquent, pas de liberté véritable »⁵⁶². Au Pérou, J.-C. Mariátegui, connu comme le fondateur du socialisme péruvien, conclura de façon très contemporaine avec les italiens, que « le destin de tout libéralisme authentique c'est de préparer le chemin au socialisme⁵⁶³ », ce qui montre les connexions étroites et quasi paradoxales connexions entre les deux théories jusqu'alors antipodiques.

320. Dans le courant italien de l'*Ordine Novo*, C. Rosselli va élaborer une critique du libéralisme et du socialisme. Vis-à-vis du libéralisme, il distingue la finalité théorique de celui-ci, c'est-à-dire la liberté universelle, de la finalité pratique de celui-ci, que constitue la liberté de quelques-uns⁵⁶⁴. En conséquence il signale que s'il existe une différence entre la théorie et la pratique, cette différence peut se transposer respectivement au libéralisme révolutionnaire et au libéralisme bourgeois. Le premier est celui qui émancipa l'Homme des servitudes et des régimes autoritaires, le second est celui qui, pris d'assaut par un groupe social, « s'efforce d'arrêter le processus historique à son stade actuel [...] transform[ant] en privilèges ce qui fut à un moment donné un droit découlant d'une œuvre d'innovation

⁵⁵⁹ J. JAURES, *Les origines du socialisme allemand*, op. cit., pp. 50-51.

⁵⁶⁰ C. ROSSELLI, *Socialisme libéral*, op. cit., p. 124 et s. Voir aussi URBINATI Nadia, entrée « Socialisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, op. cit., p.1803.

⁵⁶¹ A. FILIPPI, *De Mariategui a Bobbio: Ensayos sobre socialismo y democracia*, Lima, Viuda de Mariategui e hijos S.A., 2008 p. 74.

⁵⁶² R. CAPITANT, « Séance du 8 mars 1946 », *Journal Officiel de l'Assemblée Nationale Constituante*, 1946, p. 645.

⁵⁶³ J.-C. MARIATEGUI, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Editorial Amauta, 1974, p. 129.

⁵⁶⁴ C. ROSSELLI, *Socialisme libéral*, op. cit., p. 124.

incontestable [...] par son attachement dogmatique au principe du libéralisme économique (propriété privée, droit d'héritage [...])⁵⁶⁵ ». Quant au socialisme, après avoir démontré que le matérialisme historique marxiste est ingénu, contradictoire et illogique⁵⁶⁶, Rosselli montrera que le socialisme « n'est que le développement logique poussé jusqu'à ses conséquences extrêmes du principe de liberté »⁵⁶⁷. Car les pauvres et les précaires ne sont libres qu'en apparence, de façon déclarative mais non effective. Le socialisme serait en ce sens la lutte pour garantir une « liberté effective à tous les hommes et non seulement à une minorité privilégiée⁵⁶⁸ » et conclue finalement qu'au nom de la liberté « le libéralisme constitue la force d'inspiration idéale [et] le socialisme est la force de réalisation pratique⁵⁶⁹ ».

321. En effet, le libéralisme bourgeois, s'appuyant dans une large mesure sur sa variable économique, fait et empêche de faire. D'une part, il crée et maintient un système normatif provoquant des situations d'inégalité matérielle entre des Hommes véritablement libres et des esclaves de leur situation matérielle. D'autre part, il empêche la reconnaissance et l'effectivité des droits sociaux en leur opposant le principe de non intervention de l'Etat dans la sphère privée qui se fonde sur la croyance, plus politique qu'économique, que l'Etat intervenant deviendra inexorablement totalitaire. S. Audier affirme à ce sujet que le libéralisme économique apparaît trop confiant dans les vertus du marché et demeure indifférent aux injustices, tandis que le socialisme menace de dérives autoritaires pour n'avoir pas intégré les acquis du libéralisme politique⁵⁷⁰. C'est pourquoi le socialisme libéral apparaît comme une solution qui implique une relativisation du libéralisme économique afin de mieux répartir les richesses et rendre la liberté effective à ceux qui ne peuvent en jouir⁵⁷¹ à cause de leurs conditions matérielles de vie.

322. Bien que partisan du socialisme, J.-C. Mariátegui dépassera, en même temps que l'*Ordine Novo*, l'idéal égalitaire du socialisme pour se centrer sur la question de l'obtention d'une liberté pleine, universelle et effective, ce qui ne manquera pas de marquer des

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, pp. 76 et 88 et s.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 125.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 126.

⁵⁷⁰ S. AUDIER, *Le socialisme libéral*, Paris, La découverte, 2014, p. 2.

⁵⁷¹ A. FILIPPI, *De Mariategui a Bobbio: Ensayos sobre socialismo y democracia*, op. cit., 2008, p. 66.

similitudes avec Rosselli⁵⁷² et ensuite avec Bobbio sur les implications de la démocratie intégrale⁵⁷³. En effet, pour Mariátegui le courant réformiste du socialisme constitue le renforcement de ce dernier afin d’accomplir le véritable but révolutionnaire qui consiste à dépasser le capitalisme comme unique méthode de réalisation économique du libéralisme⁵⁷⁴. En ce sens, la véritable problématique contemporaine du réformisme révolutionnaire ne consisterait pas à savoir si le libéralisme doit ou ne doit pas exister en tant que système juridique, mais la question est de savoir s’il doit plutôt s’associer davantage avec un socialisme, plus à même d’avantager les intérêts de la collectivité, ou avec un capitalisme, qui avantage plutôt les intérêts de l’individu possédant le capital⁵⁷⁵. En dehors de l’Europe, mais toujours en occident, J.-C. Mariátegui sera sûrement le principal soutien des courants réformistes italiens. Il résume sa vision du marxisme en 1927 non pas comme un corps de principes et conséquences rigides et égales pour tous les climats historiques mais comme une méthode flexible et ouverte, distante de la vision scolastique soviétique⁵⁷⁶. En ce sens Mariátegui distingue la notion d’idéologie marxiste qui est un phénomène figé dans le temps et donc déformateur de la pensée sociale, de ce qu’il qualifie de « mouvement intellectuel marxiste » ouvert aux influences des nouveaux courants philosophiques qui apportent à la révolution⁵⁷⁷. En Amérique du Sud, les gouvernements dits « progressistes » de la seconde moitié du XXe siècle se calqueront sur le dynamique mouvement intellectuel marxiste, plus que sur l’idéologie marxiste. C’est ainsi qu’en pratique leur programme prendra assez souvent la forme d’un réformisme social-libéral, sous couvert de l’appellation « voie pacifique au socialisme »⁵⁷⁸. Ce qui se manifeste tant dans l’*allendisme* chilien, que dans la « révolution » démocratique bolivienne de 1952, que dans le gouvernement social de J. Goulart (1961-1964) au Brésil qui entreprit la réforme agraire⁵⁷⁹, ou encore dans le

⁵⁷² V. *Ibid.*, p.106.

⁵⁷³ *Ibid.*, pp. 110 et 125-126 ; V. aussi les réflexions de V. Champeil-Desplats sur la pensée de N. Bobbio vis-à-vis du lien étroit entre démocratie et capitalisme face au socialisme : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Norberto Bobbio : Pourquoi la démocratie ?*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2008, pp. 129-133.

⁵⁷⁴ « Capitalisme ou Socialisme. Celui-ci est le problème de notre époque [...] nous pensons et sentons comme Gobetti que l’histoire est un réformisme de plus à condition que les révolutionnaires opèrent comme tels » J.-C. MARIATEGUI, « Aniversario y balance », *Amauta*, n° 17, 1928, p. 3.

⁵⁷⁵ A. FILIPPI, *De Mariategui a Bobbio: Ensayos sobre socialismo y democracia*, op. cit., p. 107 ; V. aussi K. KAUTSKY, *La révolution sociale*, op. cit, p. 48.

⁵⁷⁶ J.-M. CASAL, *Mariategui, El socialismo indoamericano*, Lima, Proyección, 1992, p. 71.

⁵⁷⁷ A. QUIJANO, « José Carlos Mariategui: Reencuentro y debate », J.-C. MARIATEGUI, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, p. XLVII.

⁵⁷⁸ J.-I. DEL CASTILLO, « La vía “pacífica” al socialismo », *La ilustración liberal. Revista española y americana*, (<http://www.ilustracionliberal.com/15/la-via-pacifica-al-socialismo-jose-ignacio-del-castillo.html> - consulté le 17 mars 2014) ; Voir aussi R. DEBRAY, *Révolution dans la révolution?*, Paris, Maspero, 1972, p. 106.

⁵⁷⁹ A. ENDERS, *Histoire du Brésil contemporain: XIXe-XXe siècles*, Editions complexe, 1997, p. 165.

socialisme vénézuélien de Chavez⁵⁸⁰. En dépit d'une critique venant du courant marxiste soviétique soutenant que ne pas rompre radicalement avec le système du libéralisme bourgeois ne ferait qu'aggraver la situation de tension et de conflit entre classes, ce qui signifie que le destin du réformisme pacifique est d'engendrer une révolution sociale plus violente de celle qui aurait pu avoir lieu sans le réformisme⁵⁸¹.

323. Cependant, le socialisme ne devrait pas se laisser distraire par le matérialisme-historique du marxisme qui désigne uniquement le but, car, comme l'observe H. De Man, c'est le mobile présent et non uniquement la fin qui sont déterminantes pour la réalisation de l'idéal socialiste⁵⁸². Cela ne signifie pas, poursuit-il, que le but final soit nié, car il existe une valeur commune entre le but final et le but présent, dans ce cas la finalité est représentée lorsque l'action est menée au nom d'un but présent⁵⁸³. Comme l'énonçait Bernstein : le mouvement est tout, la fin n'est rien. C'est la raison pour laquelle Mariátegui s'efforce d'observer que le relativisme et le pragmatisme renforcent le socialisme en l'adaptant au contexte historique et géographique, ce qui signifie d'une part, qu'en l'actualisant on renouvelle sa charge révolutionnaire, et d'autre part, qu'en l'adaptant au contexte géographique on le rend universel.

324. En ce sens et en pratique, force est d'observer que ni le libéralisme individualiste, ni le socialisme marxiste ne peuvent être appliqués radicalement sans se relativiser en concédant au moins une micro parcelle de droits sociaux ou de libertés individuelles, respectivement. C'est pourquoi même dans les Etats les plus libéraux les droits sociaux existent : tel est l'exemple des Etats Unis où les écoles ou les bibliothèques publiques demeurent accessibles et gratuites, ou encore au Royaume Uni qui dispose du *National Heath Service* conférant des prestations sanitaires de qualité financées solidairement par tous les contribuables, crée certainement par les travaillistes mais qui n'a pas été remis en question dans ses fondements par le thatchérisme. De même chez les Etats contemporains se réclamant du socialisme, les libertés demeurent opératoires comme en Equateur ou en Bolivie où les libertés publiques gardent une place importante dans leurs Constitutions malgré une atténuation de certaines libertés économiques considérées comme abusives et

⁵⁸⁰ J.-I. DEL CASTILLO, « La vía “pacífica” al socialismo », *op. cit.*

⁵⁸¹ Voir notamment R. DEBRAY, *Révolution dans la révolution?*, *op. cit.*, p. 106.

⁵⁸² H. DE MAN, *Au-delà du marxisme*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁸³ C. ROSSELLI, *Socialisme libéral*, *op. cit.*, p. 117.

donc contraires à l'intérêt général. Dans les exemples précités, il est impossible de se référer à un quelconque renversement du libéralisme par l'avènement de droits sociaux, mais plutôt à une atténuation, plus ou moins marquée, du libéralisme. Selon la célérité des processus d'insertion des droits sociaux dans les différents Etats démocratiques, certains s'écarteront plus du libéralisme statique - c'est-à-dire du libéralisme bourgeois -, pour aboutir à un libéralisme dynamique, acceptant d'ouvrir à tous l'idéal suprême de liberté qui constitue son essence.

325. Débarrassé de l'élitisme bourgeois, et s'ouvrant en conséquence à l'idéal moral libéral appliqué dans un contexte d'égalité⁵⁸⁴, le libéralisme semblerait rejoindre le « social » (dénommé socialisme républicain, ou solidarisme, ou socialisme-libéral). Loin donc de l'idée de socialisme absolu qui a pour but ultime l'égalité inexorable de toutes les destinées humaines, socialisme réformé (néo-kantien, rousseauiste ou social-libéral) signifie, comme conclue N. Urbinati, la possibilité sociale égale à tous d'être des sujets et non des objets du devenir social⁵⁸⁵, ce qui ouvre des nouvelles perspectives de développement au sujet du « social ».

C- Les droits sociaux comme renouveau d'une révolution libérale permanente

326. Il ne faut point comprendre le libéralisme comme un paradigme immuable. Tout au contraire, ce paradigme ayant une influence dominante dans les sphères les plus proches des préoccupations de la société, il ne peut être imperméable à la critique et à l'examen de réfutabilité d'autant plus que ces idées ont une prétention scientifique, et surtout qu'elles sont en lien direct avec des problématiques sociales dynamiques et évolutives.

327. Bien que révolutionnaire au XVIIIe siècle, notamment sur son volet politique, le libéralisme ne connaîtra point l'élan révolutionnaire sur son aspect économique. Surtout depuis l'industrialisation du XIXe siècle, c'est plutôt le contraire qui se produit, c'est-à-dire un déclin et une perte de confiance du modèle tout entier fondé sur les résultats socio-

⁵⁸⁴ Selon R. Dworkin « le but ultime de la société libérale est la réalisation d'un idéal moral plus que la satisfaction d'intérêts collectifs qui seraient à l'origine de normes morales [...] l'idéal d'égalité tel qu'il l'a défini, a son fondement dans l'idée française de fraternité » S. CHAMPEAU, « Ronald Dworkin, le libéralisme et l'égalité », *Revue Philosophique de Louvain*, vol. 97, n° 3-4, 1999, p. 560.

⁵⁸⁵ N. URBINATI, entrée « Socialisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, op. cit.*, p. 1804 ; Voir aussi S. CHAMPEAU, « Ronald Dworkin, le libéralisme et l'égalité », *op. cit.*, p. 560.

économiques de celle-ci. Le libéralisme traversera donc une crise assez profonde du fait de l'oppression oligarchique et ploutocratique, cause des inégalités sociales structurelles nourries, ou du moins permises, par un cadre normatif de l'économie permissif au capital individuel, et peu protecteur des intérêts des plus démunis. La stagnation de la charge révolutionnaire du libéralisme comme moteur de changement et de renouveau n'existant plus, elle se présentait plus comme une contrainte que comme une solution aux difficultés soulevées par le paupérisme, la précarité et la pauvreté.

328. Pourtant, bien qu'en crise, le libéralisme n'a jamais abandonné sa charge révolutionnaire en matière politique. En effet on ne pourrait que difficilement remettre en question le rôle transformateur du pouvoir politique du libéralisme lors de la Révolution de 1789. Car du point de vue politique, aucun idéal n'a été plus efficace que la liberté pour lutter contre le totalitarisme et l'autoritarisme des régimes pré révolutionnaires. Ainsi, le libéralisme a constamment été considéré comme socle indispensable du vivre ensemble contemporain⁵⁸⁶ faisant de la chose politique la chose publique (*res publica*). Principes qui sont essentiels pour comprendre l'humanisme - du moins théorique et philosophique, à défaut d'être pratique et effectif - des droits de l'Homme⁵⁸⁷ tels qu'ils sont définis et appliqués actuellement. Sur les droits de l'Homme justement, ce réformisme libéral qui s'adonnera à l'admission des droits sociaux bouleversera la conception essentiellement libérale des droits de l'Homme. Car admettre la juridicité des droits sociaux (hâtivement connus sous la forme d'une deuxième ou troisième génération des droits de l'Homme) ne serait que l'affirmer la fin du monopole libéral sur les droits de l'Homme, en tant que cadre juridique suprême du point de vue axiologique.

329. En somme, bien que le potentiel transformateur du libéralisme politique ne semble pas avoir été remis en question de façon définitive (notamment grâce à son apport contre le totalitarisme et l'autoritarisme), l'actualité de sa charge révolutionnaire a été remise en cause concernant notamment les principes économiques qui ont entraîné le capitalisme. Le

⁵⁸⁶ Se référer notamment à la notion de « mémoire positive de la Révolution française » pour désigner les acquis du libéralisme républicain en matière de construction de nation. P. WEIL, *Etre français, Les quatre piliers de la nationalité*, Paris, L'Aube, 2011, p. 35.

⁵⁸⁷ Voir en ce sens L. GAXIE, « Du "droit individualiste" au "droit social" Une histoire de la juridicisation du social (1789- 1939) », *op. cit.* ; Voir aussi M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », E. SALMÓN (coord.), *Miradas que construyen, Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos*, Lima, PUCP, 2006, pp. 122 et s.

libéralisme ne disparaît donc pas, et son paradigme contrôle encore le sommet normatif des Etats occidentaux. Ses Constitutions étant le résultat d'une tradition révolutionnaire porteuse de libertés civiles et politiques, le libéralisme est en ce sens - pour l'Occident et depuis deux siècles - une révolution permanente.

330. Ainsi, les droits sociaux ne seraient qu'une des évolutions ou adaptations de la révolution libérale permanente. Cette idée de vigueur temporelle totale que constitue la notion de permanence sera étudiée par P. Gobetti qui montre le lien étroit entre la légitimité de domination de l'ordre établi et son renouveau. En ce sens le libéralisme nécessiterait d'incessants mouvements renouvelant sa charge révolutionnaire⁵⁸⁸. Ce qui est conçu par Gobetti comme une lutte perpétuelle de l'Etat⁵⁸⁹, car les classes politiques ont pour mission de traduire les exigences en droit en composant quotidiennement un équilibre entre les opinions contrastées⁵⁹⁰ et des idéologies diverses. En ce sens, les droits sociaux, loin d'être le résultat de révolutions sociales (solidaristes ou socialistes) constituées par un bouleversement du mobile essentiel de l'Etat nouveau, sembleraient avoir plutôt une mission de renouvellement ou d'actualisation du libéralisme en relativisant les fondements excessifs de son volet économique, afin de garantir la permanence des acquis de la révolution libérale, notamment dans son acception politique.

⁵⁸⁸ Voir en ce sens P. GOBETTI, *La Rivoluzione Liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*, Torino, Einaudi Editor, 1995, p. 194.

⁵⁸⁹ P. POLITO, *Il Liberalismo di Piero Gobetti*, Torino, Centro Studi Piero Gobetti, 2007, p. 68.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 1^{er}

331. Etablir qu'il existe une révolution sociale grâce à laquelle apparaissent les droits sociaux, paraît être un exercice périlleux. D'une part, peu d'éléments objectifs déterminent de façon claire que la révolution s'entend depuis un sens qui serait absolu, ce qui induit à confondre la révolution avec l'évolution du droit. D'autre part, la révolution se manifeste par le bouleversement total des logiques du *statu quo ante*, ce qui interroge le fondement des droits sociaux dans le système *iusphilosophique* contemporain. En effet, il n'est pas certain que les droits sociaux se fondent sur un socle inhérent uniquement à une doctrine « sociale » déliée du libéralisme. Au contraire, il semble que les fondements contemporains de la question sociale en Occident répondent au *socialisme républicain* ou au *solidarisme*, ce qui signifie que le libéralisme conserverait une place prépondérante comme essence motrice de l'action de l'Etat, surtout en matière politique, tout en s'atténuant sur la sphère économique afin de permettre l'inclusion de certains droits sociaux. Dès lors, les transformations porteuses de droits sociaux seraient loin de constituer une révolution sociale mais pourraient être issues, paradoxalement, d'un renouvellement et d'un nouveau dynamisme réformateur du paradigme libéral.

CHAPITRE 2

Les (in)compatibilités entre la question sociale et le *statu quo* du droit

332. Le socle le plus important de l'évolution conceptuelle des droits sociaux surgit de la critique faite au libéralisme et à l'individualisme. Ces deux principes, qui fondent le paradigme politico-juridique occidental, se consolident et se répandent sur toute la zone d'influence occidentale. Faisant apparaître des incompatibilités avec une vision de la société ancrée sur le principe de réciprocité collective ou des incompatibilités avec une idée d'État actif (mal nommé interventionniste). Cependant, les crises de l'individualisme et du libéralisme en Europe (notamment depuis le milieu du XIX^{ème} siècle) vont briser l'imperméabilité du modèle établi depuis la Révolution permettant l'acceptation de certaines idées sociales (section 1). Ce processus aidera à démontrer que c'est une erreur de croire qu'en philosophie juridique les principes libéraux (comme l'État de droit) s'opposent aux principes sociaux (comme l'État social). Bien au contraire, sans droits sociaux, il serait impossible de réaliser ou de consolider effectivement des acquis libéraux comme la démocratie (section 2).

Section 1. Le paradigme individualiste-juridique comme limite à l'évolution des droits sociaux

333. Même si le sens de ce concept peut paraître trompeur, l'individualisme n'est pas un système d'isolement dans l'existence ou une apologie de l'égoïsme⁵⁹¹. Il constitue plutôt un terme générique qui englobe différentes idées qui divergent selon l'adjectif qualificatif qu'on lui accole : en ce sens l'individualisme peut être politique, économique, juridique, philosophique⁵⁹².

334. Selon M. Waline, chez les philosophes il se dégage notamment l'exaltation de l'individu ; chez les économistes, influencés par les théories d'A. Smith, il s'agirait de laisser libre cours aux activités économiques individuelles ; chez les politistes on retrouverait également cette idée de liberté, mettant les institutions politiques de l'Etat au service des intérêts des individus regroupés en nation⁵⁹³ ; enfin l'individualisme juridique

⁵⁹¹ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 9.

⁵⁹² *Ibid.* p. 13.

⁵⁹³ *Ibid.* pp. 13-21.

serait une doctrine faisant de l'individu la finalité du droit et de toutes les institutions sociales⁵⁹⁴.

335. Un aspect ressort de façon assez intéressante ici : l'individualisme vise la liberté. Ainsi, si la définition qu'en donnent les philosophes demeure assez claire sur le destinataire de l'individualisme (c'est-à-dire l'individu), celle-ci demeure générique, ce qui a pour mérite de servir de soubassement aux autres types de définitions de l'individualisme. Nous comprenons donc la philosophie comme le fondement des trois types d'individualisme que dégage M. Waline.

336. Nous avons observé qu'en exaltant l'individu, cette doctrine limite par conséquent tout ce qui est extérieur à l'individu afin de rendre la liberté à ce dernier. En politique, en droit et en économie cet élément extérieur à l'individu se traduit par l'Etat. C'est-à-dire que depuis la politique, le droit ou l'économie, les théories individualistes cherchent à cerner l'Etat derrière des fonctions préétablies au-delà desquelles la liberté de l'individu devrait pleinement s'exprimer⁵⁹⁵. En sciences économiques cela se traduit par une abstention de l'Etat à fausser le jeu des actions économiques individuelles, tout en conservant le pouvoir de garantir la liberté et la propriété de tous. En sciences politiques, l'Etat devrait laisser l'individu développer sa personnalité, tout en favorisant le développement des individualités. En sciences juridiques, l'Etat garantit la liberté de chaque citoyen en même temps qu'il protège la personne et ses biens⁵⁹⁶, puisque le droit, étant le fruit d'un consensus de volontés⁵⁹⁷, prime sur l'Etat et reflète le contrat social par lequel tous les individus sont conventionnellement libres⁵⁹⁸.

337. On remarquera, tout comme l'a fait M. Waline dans les cours qu'il avait assurés à l'Université de Paris entre 1943 et 1944, que l'individualisme n'exige pas de l'Etat une simple action négative (obligation de l'abstenir) mais aussi une action positive (obligation d'agir)⁵⁹⁹. Ou, comme l'affirmera L. Duguit, il ne s'agit pas, comme on le fait

⁵⁹⁴ *Ibid.* p. 376.

⁵⁹⁵ L. GAXIE, « Du "droit individualiste" au "droit social" Une histoire de la juridisation du social (1789- 1939) », *Raison Publique*, 2012, §2.

⁵⁹⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Union générale d'éditeurs, 1973, p.72.

⁵⁹⁷ M. HAURIOU, *Les principes du droit public*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1910, p. 59.

⁵⁹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁹⁹ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 18.

habituellement, de comprendre les libertés comme une formule négative ou d'abstention, mais de comprendre la liberté dans son aspect positif (ce qui implique une action comme la garantie d'un droit au travail ou à l'assistance)⁶⁰⁰. Pourtant, si la liberté peut également être théorisée comme l'obligation à agir, L. Duguit s'est trouvé bien isolé lorsqu'il estimait que cette action pouvait aller jusqu'au renforcement des garanties sociales⁶⁰¹. En effet, s'il fallait trouver un dénominateur commun aux actions positives dans les différentes acceptions de l'individualisme, on se rendrait compte qu'il s'agit plutôt de faire appel à l'Etat pour sécuriser la propriété des biens et la liberté civile⁶⁰² de l'Homme.

338. Cependant, comme l'affirme D. Lochak, même si depuis les théories libérales de Locke on justifie la création de l'Etat par la sécurité libératoire que ce dernier garantit face au risque de l'état de nature⁶⁰³, il semble délicat de concilier les impératifs de liberté et de sécurité car ils apparaissent comme contradictoires mais nécessaires⁶⁰⁴ au maintien de la vie au sein de la Cité (puisque, comme chacun le sait bien, pour garantir la sécurité il faut avoir recours à des restrictions dosées de liberté). Pourtant, si cette question semble intéressante pour les libertés publiques, alors elle devient utile pour les droits sociaux lorsque l'on se concentre sur l'intérêt porté aux notions de liberté et de sécurité.

339. En effet, si l'équilibre du système de liberté-sécurité consistait seulement en un intérêt individuel, alors l'intérêt général serait peu protégé. De même, si l'équilibre du système liberté-sécurité consistait seulement en un intérêt général, alors les intérêts individuels s'effaceraient et ne seraient protégés qu'*a minima*. Par exemple, la propriété, qui consiste en la liberté d'usufruit et d'abus sur la chose, peut être protégée par l'Etat à travers le droit sous la forme de la propriété privée (dans l'intérêt de l'individu), mais peut aussi l'être d'une autre façon en revêtant la forme de la propriété publique (dans l'intérêt général).

340. Dans le premier cas, si toute chose était propriété privée, alors ce seraient les intérêts individuels des propriétaires qui, de par leur propre initiative, créeraient une régulation défavorisant les intérêts individuels des non propriétaires, ce qui, *in fine*, desservirait

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p.19.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 78.

⁶⁰³ D. LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 103.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

l'intérêt général (qui selon Rousseau résulte de la volonté générale⁶⁰⁵). Or, si toute chose était propriété publique, alors ce serait l'Etat (censé représenter l'intérêt général) qui ferait primer, idéalement, l'intérêt collectif, en dépit de l'initiative individuelle et donc en dépit de l'intérêt individuel et des « talents » de chacun⁶⁰⁶.

341. On observe donc que l'intérêt général et l'intérêt individuel sont certes opposés mais en même temps complémentaires. Une telle opposition a d'ailleurs souvent été utilisée de manière rhétorique pour critiquer ou faire valoir le rôle directeur de la puissance publique face à une prétendue nécessité politique de limiter les intérêts particuliers⁶⁰⁷.

342. Il faut remonter jusqu'aux théories du contrat social pour affirmer que les individus délèguent leur pouvoir au bénéfice de la chose publique incarnée par l'Etat⁶⁰⁸, pourtant si le contrat social impliquait explicitement un degré d'aliénation de la part de chaque associé au dit contrat, elle ne prévoyait pas une soumission des associés à la volonté d'un seul individu ou d'un groupe d'individus. Bien au contraire, Rousseau imaginait un système fondé sur la liberté de tous, puisque, selon son principe « chacun se donnant à tous, ne se donne à personne »⁶⁰⁹. Pourtant le contrat social qui engendre cette dynamique de liberté-sécurité, qualifiée de 'liberté civile' (en opposition à la liberté totale de l'état de nature), ne garantit en rien l'autonomie d'un Homme face à sa dépendance vitale sur les ressources d'un autre Homme. En d'autres termes, et pour reprendre l'une des expressions utilisées par les *Enragés* durant l'été 1793, sous la plume de l'abbé J. Roux : « la liberté est une illusion si une classe d'hommes peut impunément en affamer une autre »⁶¹⁰.

343. En effet, bien que la Révolution française ait pu bouleverser le système politique, juridique et institutionnel de l'Ancien Régime au sens où le socle du pouvoir politique réside désormais dans des valeurs, jusqu'alors considérées comme inacceptables et subversives par l'Ancien Régime⁶¹¹ (telles que la liberté et l'égalité), elle ne va pas constituer une

⁶⁰⁵ O. NAY, entrée « intérêt général », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd. Paris, Dalloz, 2011, p. 275.

⁶⁰⁶ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 95.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 74.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 485.

⁶¹¹ M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », E. SALMÓN (coord.), *Miradas que construyen, Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos*, Lima, PUCP, 2006, p. 94.

révolution socialiste⁶¹² en ce sens qu'elle ne prévoit pas de droits d'intégration du « nous »⁶¹³ aptes à organiser la société sur le schéma d'une déclaration de droits garantissant des conditions matérielles aux individus⁶¹⁴. En deçà de ces attentes sociales, la Révolution de 1789 constituera un bouleversement juridique et institutionnel orienté vers les droits-libertés, qui sont eux-mêmes fondés sur la primauté de l'individualisme⁶¹⁵, concentrant l'action de l'Etat au bénéfice de l'individu « retranché dans l'enceinte de ses droits »⁶¹⁶. Tout ceci en dépit de l'idée de droits-créances qui durant la Révolution sera uniquement perçue comme « une obligation morale et non comme une véritable contrainte juridique »⁶¹⁷. En ce sens C.-M. Herrera soutient qu'à la différence des droits de l'Homme de contenu individuel, les « droits sociaux » apparaissent toujours comme le fruit d'une *révolution inachevée* qui ne pourra être finalisée que par le biais d'un changement d'ordre juridique⁶¹⁸.

344. Ce changement d'ordre juridique tentera d'opérer en essayant de bousculer le droit positif en matière de « droit à l'assistance », « droit au travail » et « droit sur la propriété ». Bien qu'au cours de la période révolutionnaire (1789-1799) ces trois thèmes aient été revendiqués comme le fondement du changement d'ordre juridique vers une société de partage matériel, chacune de ces idées connaîtra un moment historique d'essor, voire d'application partielle.

⁶¹² Bien délié de toute idée d'appartenance à un parti politique quelconque ce concept désigne la transformation de l'Etat vers des considérations de répartition solidaire des ressources, Voir en ce sens : A. MATER, « Le socialisme juridique », *Revue socialiste*, n° 40, 1904, p. 9.

⁶¹³ G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, p. 75.

⁶¹⁴ *Ibid.*, pp. 83 et s.

⁶¹⁵ F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances: Les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », CURAPP, *Le préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, Amiens, PUF, 1996, pp. 173 et s.

⁶¹⁶ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social*, vol. 31-1947, p.145, cité par F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances: Les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », *op. cit.*, p. 174.

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 19.

345. Les révolutionnaires tenteront d'associer les rudiments de la solidarité sociale et nationale⁶¹⁹ dans la théorie de la démocratie⁶²⁰. Ainsi, tel qu'il a été relevé par la minutieuse recherche réalisée par M. Borgetto, l'examen des textes issus des débats survenus à cette période historique nous montre que certains révolutionnaires ont légitimé la nécessité d'une solidarité sociale et nationale soit comme étant la conséquence du pacte social d'association politique, soit comme étant celle de droits naturels⁶²¹. Or malgré de multiples palliatifs de rhétorique déclarative sur la fraternité⁶²², et malgré quelques efforts davantage liés à la rationalisation des programmes d'assistance sociale et à leur laïcisation, qu'à la nouveauté des solutions proposées, la condition du pauvre évolue peu du point de vue empirique durant la période révolutionnaire⁶²³.

346. Alors il ne fait aucun doute que la Révolution française est bel et bien une révolution sociale, au sens où le concept de « social » fait référence au droit de la société et donc à une société bouleversée dans ses fondements et soubassements⁶²⁴. En termes d'égalité elle a permis de rompre avec un système social cloisonné en « Etats » (nobles, clercs et tiers état) dans lequel les charges étaient supportées par un seul groupe social au bénéfice des deux autres qui jouissaient de privilèges. Pour ce qui est de la liberté elle ouvrit, par exemple dans l'économie, la possibilité d'investir et de faire évoluer l'initiative privée. Il en ressort

⁶¹⁹ On préfère évoquer une solidarité rudimentaire car la politique d'assistance révolutionnaire repose davantage sur l'ordre public que sur un discours bien construit de solidarité (tel que systématisé par L. Bourgeois ou décrit par M. Borgetto) qui voit dans la solidarité un vaste système d'assurance collective sur les risques visant à prévenir et à réparer. V. en ce sens J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », CURAPP, *La solidarité: un sentiment républicain*, Amiens, 1992, p. 112.

⁶²⁰ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité, op. cit.*, p. 96.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 95. En effet, d'une part, le pacte social permettrait à tous les associés de créer une société qui pourrait les aider en cas d'indigence, alors que lorsque « l'homme resta dans l'état primitif, [il s']exposa [...] livré à lui-même [à] sentir son impuissance à satisfaire aux besoins dont il était entouré », Projet de décret sur l'organisation des secours à accorder annuellement aux enfants et aux vieillards, A.P., séance du 26 juin 1793, p. 477, T. 67. Cité par M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité, op. cit.*, p. 96. D'autre part, la solidarité serait l'expression incontestable d'un droit naturel selon Marat qui affirmait que dans l'état naturel l'Homme a « le droit de tout entreprendre pour sa défense et de s'approprier tout ce qui est nécessaire à sa nourriture, à son entretien, à sa sûreté, à son bonheur » et s'il se retrouve dans le besoin aurait la faculté face à l'autre « de lui arracher le nécessaire dont il regorge [plutôt que de] périr de faim [...] » le pacte social ayant pour seul motif, poursuit-il, de limiter ce caractère naturel de l'Homme en justifiant le recours à la force publique pour l'avantage de ceux qui forment le pacte social : Marat, *La Constitution ou Projet de la Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, suivi d'un plan de Constitution juste, sage et libre, p. 6-10 Lb 39, 7221, Bibl. Nat. Cité par M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité, op. cit.*, p. 98.

⁶²² V. en ce sens les exemples soulevés par : M. DAVID, *Fraternité et Révolution française*, Paris, Aubier, 1987, pp. 98-100 et pp. 133-134.

⁶²³ Se reporter aux conclusions de la thèse sur la politique sociale révolutionnaire d'Alan Forrest. A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, Paris, Perrin, 1986, pp. 223 et s.

⁶²⁴ M. WALINE, *L'individualisme et le droit, op. cit.*, p. 91.

en effet que la Révolution a été largement influencée par les courants politiques dominants du libéralisme⁶²⁵, ayant bénéficié en premier lieu à ceux qui disposaient du capital mais qui ne pouvaient pas le rentabiliser librement en achetant des terres ou des manufactures jusqu' alors contrôlées respectivement par la noblesse et des corporations⁶²⁶.

347. On l'aura compris, la Révolution renverse les paradigmes de la construction du pouvoir : on laisse de côté le système dans lequel le groupe social dominant demeure inaccessible pour l'individu lambda, quand bien même ce dernier aurait acquis toutes les caractéristiques objectives de celui qui se situe en position dominante. On s'oriente alors vers un système qui décloisonne la société « d'ordres » sociaux immuables, en créant une possibilité de mobilité à condition de réussir matériellement. C'est ce nouveau système qui s'exportera dans toute la zone d'influence occidentale en mettant en avant le fait que la propriété (I) et le travail (II) assurent la place de l'Homme dans la société tant pour sa subsistance que pour son inclusion sociale.

I- Le droit à la propriété comme outil d'une révolution individualiste

348. La révolution individualiste a fait apparaître le droit à la propriété comme un outil de légitimation de la force de l'individu (A), or de droit se confronte à des limites au nom de sa fonction sociale (B).

A. Une fonction libératrice du droit à la propriété

349. La conception précapitaliste mais libérale qui fut à la source de la Révolution intègre la propriété comme moyen pour la réalisation intégrale de l'individu⁶²⁷. C'est en effet dans l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qu'il est prévu que « [l]a propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé ». En l'état, cette garantie de la propriété constitue juste une protection contre la force arbitraire du plus fort. C'est-à-dire une forme de défense contre le pouvoir brutal qu'un groupe d'individus pourrait opposer contre ceux qui ont cumulé des biens par la force du travail⁶²⁸. Il est donc

⁶²⁵ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 488.

⁶²⁶ M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », *op. cit.*, p. 90.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁶²⁸ J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Barcelona, Orbis, 1983, pp. 42 et 68.

fort probable, comme l'affirme le doyen Rubio Correa, que les libéraux du XVIIIe siècle aient une fois de plus pensé aux sociétés des petits propriétaires⁶²⁹ et non à une société inégale contrôlée par des grands propriétaires. Bien au contraire, Rubio Correa démontre que dans ses théories libérales Locke avait imaginé une limite à la liberté de posséder qui consistait en une sorte d'abus du droit de propriété, en signalant notamment que « se fait prisonnier d'un châtement [celui qui dans] son droit d'appropriation allait au-delà de ces nécessités, et aurait pris plus qu'il ne serait nécessaire pour les commodités de la vie »⁶³⁰.

350. Ce ne sont donc pas les théories libérales qui ont conduit à l'inégalité matérielle mais plutôt la façon dont ce libéralisme a été exécuté qui a fait de lui la cause de l'injustice sociale. En effet, comme l'affirme J. Jaurès par rapport à la propriété, au-delà de changer le mode de propriété les réformes révolutionnaires tendant au partage des biens du clergé en parcelles conférées individuellement aux pauvres, ne faisaient que modifier le nombre et le nom des propriétaires⁶³¹. En d'autres termes la révolution ne consistait pas en une redistribution des terres. Il fallait encore changer l'ordre juridique positif au niveau du droit à la propriété, ce qui passait certainement par le fait de repenser la propriété de façon plurale (une propriété individuelle à l'existence certaine, mais aussi une propriété collective de type *sociale-fédérative*, ou collective *publique*⁶³²) en lui adjoignant une fonction sociale, apte à la restreindre et à la contrôler en cas d'éventuels abus⁶³³.

351. Le problème est que le libéralisme triomphant sous la Révolution, qui avait permis d'entreprendre, de s'associer, d'acquérir la possession d'un bien, sous couvert d'un droit tendant à la réalisation de l'Homme par la liberté, a également permis une augmentation et un colossal cumul de richesses de certains citoyens. Par exemple, dans le canton de Toulouse, entre 1791 et 1799, la thèse de J. Sentou, réalisée à partir d'une étude minutieuse et chiffrée des actes de mutation établis chez des notaires, établit que « la population toulousaine a réalisé pendant la Révolution un enrichissement foncier considérable »⁶³⁴.

⁶²⁹ M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », *op. cit.*, p. 93.

⁶³⁰ J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, *op. cit.*, pp. 43 et s. (traduction libre de l'espagnol).

⁶³¹ J. JAURES, *Histoire socialiste, Thermidor et Directoire*, T. V., Paris, Publications Jules Rouff et Cie., p. 8.

⁶³² V. en ce sens la typologie imaginée par G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, pp. 102 et s.

⁶³³ *Ibid.*, p. 163.

⁶³⁴ J. SENTOU, *La Fortune immobilière des Toulousains et la Révolution française*, Paris, Bibliothèque Nationale de France, 1970, p. 24, cité par L. BERGERON, « La Fortune immobilière des Toulousains et la Révolution française, Jean Sentou », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 26, n° 2, 1971. p. 415.

« [L]e quasi-monopole exercé par la bourgeoisie dans l'accumulation des profits immobiliers »⁶³⁵ en dépit des biens de la noblesse, « qui [fut] le seul groupe social à présenter un appauvrissement immobilier »⁶³⁶, et de l'Etat, avec la mise en vente des biens nationaux, a représenté un tiers des biens à vendre durant cette période. 47,97% de ces biens ayant été achetés par les grands bourgeois commerçants, selon J. Sentou ces derniers seront sans aucun doute « les grands gagnants de la Révolution »⁶³⁷ suite à ce véritable transfert de propriété⁶³⁸.

352. Jadis pensée comme un outil de liberté pour l'Homme, la propriété se convertit alors en un outil de domination⁶³⁹. Le droit à la propriété privée semble avoir été détournée des idéaux, ce qui est bien mis en évidence lors du mouvement qui donna naissance à la Constitution de l'an III. Le discours préliminaire de F.-A. Boissy d'Anglas présentant le Directoire, souligne en ce sens le contrôle du pouvoir entrepris par les propriétaires⁶⁴⁰, en qualifiant la France de « pays gouverné par des propriétaires et dans l'ordre social »⁶⁴¹.

353. En effet, grâce au renforcement du droit subjectif, « le droit à la propriété [devint] le pouvoir d'imposer à autrui le respect de ma volonté, d'user comme je l'entends de la chose que je détiens à titre de propriétaire »⁶⁴². A ce sujet, il est important de ne pas oublier que l'une des notions de base du système révolutionnaire de 1789, mais aussi du système napoléonien de 1804 (qui influenceront tous deux le droit positif latino-américain) consiste dans le droit subjectif. Il s'agit d'une notion complexe et souvent contestée du fait de son fondement métaphysique⁶⁴³ qui selon M. Michoud renvoie au pouvoir dont dispose le titulaire du droit subjectif à imposer ses intérêts et donc sa volonté à un autre individu⁶⁴⁴.

⁶³⁵ J. SENTOU, *La Fortune immobilière des Toulousains et la Révolution française*, op. cit., 1970, p. 56. Cité par L. BERGERON, « La Fortune immobilière des Toulousains et la Révolution française, Jean Sentou », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, op. cit., p. 416.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ J. SENTOU, *La Fortune immobilière des Toulousains et la Révolution française*, op. cit., p. 83. Cité par L. BERGERON, op. cit., p. 418.

⁶³⁸ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., 2001, p. 486.

⁶³⁹ G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, op. cit., 1946, p. 160.

⁶⁴⁰ V. aussi F. FURET, *La Révolution française*, Paris, Hachette, 2010, p. 259.

⁶⁴¹ Cité par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 486.

⁶⁴² F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Editions, 2009, p. 368.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 367.

⁶⁴⁴ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1906, pp. 131 et s.

354. Il est donc bien évident que cette théorie du droit subjectif associée à une conception essentiellement individualiste de la société et du droit objectif⁶⁴⁵ a pour conséquence l'échec de la propriété comme fondement de la liberté pour la société. Le droit subjectif, qui véhicule en effet le droit à la propriété individuelle, finira par imposer les intérêts individuels aux non-détenteurs de la propriété, puis dans son stade ultime, par fixer les règles de conduite à la collectivité personnifiée, c'est-à-dire à l'Etat⁶⁴⁶.

B. Un droit non absolu à la propriété, limité par sa fonction sociale

355. C'est en effet la Révolution qui affirme la protection de la propriété comme un droit subjectif à l'article 17 de la DDHC. Pourtant, si la garantie de la propriété est assurée par le nouveau régime, les fondements philosophiques de la Révolution ne furent jamais favorables à une liberté en mesure d'établir un cumul excessif des biens. C'est pourquoi Locke pensait que ce cumul était contraire à la loi naturelle⁶⁴⁷, mais encore, comme l'affirme le doyen Rubio Correa, le combat essentiel du projet libéral révolutionnaire consistait à libérer la propriété d'un statisme qui l'empêchait de circuler⁶⁴⁸. Robespierre avait d'ailleurs soulevé ce point en 1792 à l'Assemblée Nationale en signalant sa préoccupation face au manque de circulation des biens, en estimant que c'est bien là l'origine des manques du peuple⁶⁴⁹. Le but d'une telle plaidoirie ne consiste pas dans la privation « du bénéfice honnête » d'une « propriété légitime », il s'agit uniquement de priver certains « du droit de porter atteinte » aux droits des autres⁶⁵⁰. De même, on retrouve l'idée de *non abus du droit à la propriété* dans la doctrine de saint Thomas d'Aquin⁶⁵¹, même si elle est fortement influencée non pas par la solidarité mais plutôt par la charité. Saint Thomas affirme notamment que le propriétaire doit user de son bien de manière à le rendre utile à tous et à les faire participer facilement à ses avantages⁶⁵². Le religieux atteint par ce biais le raisonnement aristotélicien de *fonction sociale*, qui consiste à croire en la nécessité (assurément partielle) d'appropriation privée de biens (ce qui est une nécessité

⁶⁴⁵ F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie*, op. cit., p. 369.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, op. cit., p. 43; M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », op. cit., p. 114.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ ROBESPIERRE, *Discursos*, Madrid, Ed. Ciencia Nueva, 1968, p. 57.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁵¹ S. DEPLOIGE, « La théorie thomiste de la propriété (suite et fin) », *Revue néo-scholastique*, n° 7, 1895, p. 293.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 287.

naturelle d'ordre social selon saint Thomas) en ajoutant la vertu des citoyens à rendre commun l'usage des biens⁶⁵³.

356. Se contredisent alors deux courants, que L. Duguit théoriserait de façon assez claire quelque deux mille deux cents ans après les fondements aristotéliens⁶⁵⁴. D'une part, il existe celui qui conçoit la propriété comme un fait libérateur pour les Hommes et qui, influencé par l'individualisme, pense que l'ordre social consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, et *a fortiori* à avoir le droit de ne rien faire du tout⁶⁵⁵ ; de l'autre, celui qui conçoit toujours la propriété comme un fait libérateur pour les Hommes, mais qui, influencé par des conceptions d'ordre réaliste et socialiste⁶⁵⁶, estime que tout Homme a une fonction sociale à laquelle il ne peut déroger⁶⁵⁷. Dans ce cas, le propriétaire, en tant que détenteur d'une richesse reconnue et protégée grâce à l'existence de la collectivité organisée en Etat, doit remplir des devoirs (ou *fonctions sociales* si l'on reprend le concept utilisé par L. Duguit) consistant « à assurer l'emploi des richesses [détenues par le propriétaire] conformément à leur destination »⁶⁵⁸.

357. Cela implique que, de façon contemporaine, la liberté du propriétaire ne soit plus imaginée comme la possibilité de détenir un bien sans agir sur ce bien, bien au contraire le propriétaire est dans l'obligation d'agir. Par exemple, il est redevable de la taxe foncière qu'il doit payer chaque année. Mais encore, comme ce fut le cas au Pérou à partir de la loi agraire du 24 juin 1969, le propriétaire des terres agricoles doit cultiver son terrain faute de quoi⁶⁵⁹ ledit terrain est présumé être en état d'abandon et s'incorporer ainsi au domaine public⁶⁶⁰. Bien entendu la fonction sociale est aussi observable en France, par exemple en tant que fondement de l'ordonnance n° 45-2394 du 11 octobre 1945 qui reconnaît le pouvoir de réquisition de logements aux représentants de l'Etat dans le département. Le maire est le titulaire dudit pouvoir en vertu de l'article 2212-2 du code général des collectivités

⁶⁵³ ARISTOTE, *La Politique*, Livre II, chap. II, §4 et 5, (traduction de Barthélemy Saint-Hilaire), cité par *Ibid.*

⁶⁵⁴ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème éd., Paris, De Boccard Éditeurs, 1923, pp. 292 et s.

⁶⁵⁵ F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie*, *op. cit.*, p. 371.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 372.

⁶⁵⁹ Après un délai de trois ans, ou d'un an si les terres sont cultivées par un paysan n'ayant pas de lien contractuel avec le propriétaire, et si ce dernier n'a pas sollicité de mesures d'*amparo* légales. V. en ce sens le décret-loi du 24 juin 1969 n° 17716 art. 7 et s., (<http://fr.scribd.com/doc/16736857/Ley-N-17716-Reforma-Agraria> - dernière consultation le 22 mars 2014).

⁶⁶⁰ L. TOLENTINO, « Derecho agrario y reforma agraria », *Ciclo de conferencias sobre derecho agrario*, San José, Corte Suprema de Justicia, Instituto de Tierras y Colonización, 1973, p. 56.

territoriales seulement « en cas d'urgence et à titre exceptionnel lorsque le défaut de logement de la famille dont il s'agit est de nature à apporter un trouble grave à l'ordre public » (CE, 18 octobre 1989, *commune de Pugnac c/ Banque La Hénin*). Les biens susceptibles d'être réquisitionnés correspondent aux « locaux à usage d'habitation vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés », définis dans les articles R. 641-2 à R. 641-4 du code de la construction et de l'habitation.

II- La crise sociale du modèle individualiste à travers le droit au travail

358. À l'Assemblée française, le quarante-huitard F. Pyat affirmait que le monde consistait en un lieu occupé, divisé et donc organisé, dans lequel l'Homme échange des droits individuels contre des droits sociaux⁶⁶¹, ces derniers étant constitués de la propriété et du travail⁶⁶². La priorité appartiendrait cependant au travail car pour celui qui souhaite devenir propriétaire il s'agit là de la seule modalité d'acquisition de la propriété, c'est en ce sens que C.-M. Herrera affirme que le travail est la source et la garantie de la propriété⁶⁶³. Alors au-delà du fond de la question qui lie le travail à une solution face à la misère, il est évident que ce discours révèle la relation étroite existante entre la propriété et le droit au travail dans le sillage des droits sociaux. Dans l'économie politique la propriété des biens est en effet constituée par la cristallisation de l'effort entrepris à travers le travail actuel ou cumulé⁶⁶⁴.

359. De ce fait, le travail est pour l'Homme sa seule propriété originelle. C'est bien sur cette base que la Révolution a proposé deux conceptions de la liberté. En premier lieu, la liberté de l'Homme de disposer de sa force de travail comme il le souhaite : principe découlant de la liberté individuelle qui, selon l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Et en second lieu, la liberté pour le travailleur de disposer comme il le souhaite du fruit de son travail⁶⁶⁵, lui garantissant la sécurité des biens acquis avec ses salaires. En effet, aux libertés précitées, et contrairement à ce qui pourrait subvenir dans l'état de nature, la Révolution ajoute une

⁶⁶¹ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 26.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ R. SALAS, *Lecciones de derecho público constitucional*, vol. 2, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 81; Notons aussi cette phrase du parlementaire F. Pyat lors d'un discours à l'Assemblée Nationale le 2 novembre 1848 : « la propriété c'est le fruit du travail », cité par F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution: 1848*, Paris, Fayard, 1998, chap. II.

⁶⁶⁵ R. SALAS, *Lecciones de derecho público constitucional*, op. cit., p. 82.

protection ou sécurité appliquée aux biens acquis par le biais du travail : c'est le sens de la protection de la propriété conférée par l'article 17 de la DDHC.

360. Ce débat est certes riche mais bien qu'important, il ne se limite pas à la relation entre le respect du droit à la propriété et la garantie du droit au travail en contrepartie de la propriété. De façon plus globale la question du droit au travail correspond au besoin de cristallisation juridique d'une fonction active de l'Etat, qui jouerait le rôle de débiteur d'un emploi face à tout individu. Plus qu'anodine, cette mesure aurait pour conséquence de changer les relations juridiques, sociales et économiques pratiquées jusqu'alors sous le modèle de l'individualisme juridique. Par conséquent les résistances politiques seront multiples et toutes les tentatives en ce sens s'avéreront vaines (A) même si, à la suite de la révolution républicaine de 1848, il apparaîtra une nécessité de conciliation entre les principes libéraux et les idées sociales revendiquées par les travailleurs (B).

361. Enfin, si le débat sur le droit au travail s'est concentré en Europe et pour beaucoup en France, il est important de remarquer que ces considérations auront une incidence majeure sur la doctrine sociale du socialisme latino-américain et une influence, sinon déterminante, tout du moins importante, sur le développement des droits sociaux en Amérique andine ; même si, comme nous le verrons transversalement, la thématique du droit au travail n'a jamais fait l'objet d'un débat politique substantiel et *a fortiori* n'a pas été transposée juridiquement.

A. Le droit au travail comme source d'hésitation politique

362. Analysons tout d'abord les implications du droit au travail pour les droits sociaux au sens où il pourrait constituer un moyen de subvenir aux besoins et nécessités. Le travail est compris dans sa façon la plus simple comme l'« application nécessaire pour faire quelque chose [comportant] par extension, résultat de cet effort⁶⁶⁶ ». Le droit à la conservation et disposition du résultat du travail est garanti par la société par le biais du droit à la propriété et à la liberté (dans le sens général du terme). Il est donc admis que le travailleur a la possibilité d'acquérir, avec les fruits de son travail, des biens propres à sa subsistance. En

⁶⁶⁶ O. NAY, entrée « Travail », *Lexique de Science Politique, Lexique de Science Politique*, 2^e éd. Paris, Dalloz, 2011, p. 563.

ce sens le travail serait donc une garantie assurant, sinon une richesse matérielle, tout du moins les moyens d'exister.

363. Dès la seconde moitié du XVIIIème siècle le concept de création d'emploi dans le but de pallier au paupérisme a été développé dans des publications issues du mouvement humanitaire⁶⁶⁷. L'idée ayant fait son chemin chez les libéraux, en 1789 le Comité de Mendicité influencé par ces idées affirme que « chaque homme ayant le droit à sa subsistance, la société doit pourvoir à ses besoins⁶⁶⁸ » reconnaissant, en outre, que le travail est la clé de tout programme d'assistance efficace⁶⁶⁹. C'est pourquoi ils se référeront aux implications du droit au travail dans sa fonction de moyen de subsistance pour l'individu. Par exemple la Constitution de 1791 énonce dans son titre premier qu'« il sera créé et organisé un établissement général de secours publics, pour [...] fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer ».

364. Forts attachés au système d'assistance publique, les révolutionnaires aborderont à plusieurs reprises le sujet du droit au travail⁶⁷⁰ mais, faisant preuve d'une compréhension approximative du dispositif proposé, ils organiseront des ateliers publics de façon peu efficace. Certes les avantages des ateliers s'avèrent incontestables face à la misère populaire⁶⁷¹, pourtant le coût de ce programme donne lieu à des controverses : en effet alors qu'on voulait croire à la création d'entreprises publiques, il s'avère que les dépenses sont bien plus élevés que les recettes, ce qui démontre qu'il s'agit bien d'un programme d'assistance sociale et non d'une entreprise⁶⁷². De plus l'indiscipline intérieure pose de sérieux problèmes⁶⁷³, ainsi que le détournement de fonds⁶⁷⁴ auxquels s'ajoutent les accusations de paresse au travail⁶⁷⁵, arguments qui pèseront tous de façon importante en l'an III sur la décision politique de fermeture des ateliers.

⁶⁶⁷ A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, op. cit., p. 146.

⁶⁶⁸ RABAUD SAINT-ETIENNE, Préliminaire de la Constitution française, 1789, Le 29, 125, Bibl. Nat., cité par M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 98.

⁶⁶⁹ Premier rapport du Comité de Mendicité, 12 juin 1790, C. BOCH et A. TUETEY, Procès-verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante, 1790-1791, 2ème partie, p. 330 ; A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, op. cit., p. 146.

⁶⁷⁰ F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », 1848, Paris: Editions Creaphis, 2002, p. 160.

⁶⁷¹ A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, op. cit., p. 160.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 160-161.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 164.

365. C'est justement dans un contexte hostile aux ateliers que Bernard soutient face à l'Assemblée, le 13 juin 1792, un projet de décret concernant l'organisation des secours publics et la destruction de la mendicité, en énonçant notamment que « tout homme a droit à sa subsistance par le travail s'il est valide ; par des secours gratuits s'il est hors d'état de travailler⁶⁷⁶ ». Ce discours véhicule une idée de renforcement de l'assistance publique, or si l'idée d'universalité de cette assistance était révolutionnaire⁶⁷⁷, elle se développerait en dépit d'une consolidation du droit au travail comme moyen d'assurer la subsistance à l'individu. Il convient de remarquer que l'élu Bernard est un défenseur habitué aux questions sociales, mettant en exergue que la Révolution ne serait pas parfaite si les droits des pauvres étaient oubliés⁶⁷⁸. Cependant il pense que la solution à la pauvreté repose sur le travail et l'assistance et non sur le droit au travail. C'est-à-dire que l'Etat n'aurait pas une obligation d'agir pour octroyer un emploi au citoyen, mais il apparaît uniquement que le travail est reconnu de façon déclarative comme moyen de subsistance. Ceci implique, d'une part, que l'obligation d'action de l'Etat consiste uniquement dans le secours envers celui qui ne peut travailler. Et d'autre part, que tout au plus le travail est conçu comme un terrain d'action libre concédé par l'Etat aux relations privées. C'est-à-dire une abstention d'empêchement de la part de l'Etat contre le travailleur, afin que ledit travailleur puisse subvenir à ses besoins. Mais en aucun cas il n'est jusqu'alors question de repenser l'Etat comme un débiteur d'un emploi en faveur de l'individu, en particulier face à l'échec des ateliers publics qui représentent un appauvrissement du Trésor⁶⁷⁹.

366. Il faudra attendre le fameux projet de déclaration présenté par Robespierre en avril 1793 pour entrevoir les prémisses d'un engagement actif de la part de l'Etat par le biais du droit au travail, tout en réservant l'assistance à ceux qui ne peuvent travailler⁶⁸⁰. En ce sens, l'article 10 dudit projet énonce que « la société est obligée de pourvoir à la subsistance de tous ses membres, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à

⁶⁷⁶ Projet de décret sur l'organisation générale des secours publics et sur la destruction de la mendicité A.P., séance du 13 juin 1792, p. 138, T. 45, cité par M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 101.

⁶⁷⁷ « Bernard n'hésite pas à déduire du pacte social l'existence d'un droit de l'individu à l'assistance de tous » V. *Ibid.*

⁶⁷⁸ A.P., séance du 26 juin 1793, p. 476, T. 67, cité par *Ibid.*

⁶⁷⁹ A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, op. cit., p. 164.

⁶⁸⁰ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., pp. 99-100.

ceux qui sont hors d'état de travailler»⁶⁸¹. Or, dans son article 21, la Constitution de l'an I⁶⁸² remplacera le caractère obligatoire et donc l'idée d'une société active en matière « sociale », par une invocation au devoir « social » de la société (« ... dette sacrée » ; « la société doit... »), ce qui dénature complètement un engagement qui se veut objectif vers un autre qui serait davantage contemplatif.

367. Pourtant toutes ces considérations seront vaines car cette Constitution demeurera inusitée au profit de la Convention où se produira un tournant politique assez favorable pour le droit au travail. En effet, dès 1793 les Conventionnels ne manqueront pas de reconnaître le droit au travail dans le sens d'une obligation de fournir de l'ouvrage à tous ceux qui en seraient dépourvus⁶⁸³, dépassant ainsi la simple reconnaissance d'un devoir pour la Nation ou encore la mise en place d'un nouveau type de charité légale⁶⁸⁴. Juridiquement il s'agit désormais d'une déclaration comportant un droit universel à caractère social inhérent à l'individu. Politiquement parlant, il s'agit d'un véritable changement de point de vue de la majorité puisque, comme le déclare M. Borgetto, ces idées demeuraient marginales en 1789 et en 1791, devenant en 1793 quasi consensuelles chez les députés au point d'être expressément consacrées dans l'article 21 de la Déclaration montagnarde⁶⁸⁵. Elle devient opérative après la loi du 24 vendémiaire an II issue du rapport Bô destiné à éradiquer la mendicité non pas à travers la distribution de ressources sans contrepartie, mais plutôt par le biais de la distribution de ressources canalisées par des ateliers de travail, en contrepartie de l'activité que les nécessiteux en état de travailler pouvaient fournir. Ces ateliers sont pourtant loin de correspondre à l'universalité de la Déclaration montagnarde, il s'agit plutôt d'un texte réservé aux périodes hivernales (puisque durant les saisons où le temps est clément il existe davantage de possibilités d'obtenir un emploi), réservé aux seuls nécessiteux et uniquement orienté vers leur subsistance⁶⁸⁶. La fin de la Convention met en exergue l'échec de sa tentative de politique solidaire durant cette période, ce qui illustre

⁶⁸¹ A.P., séance du 24 avril 1793, p. 199, T. 63, cité par M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 99.

⁶⁸² L'article 21 énonce : « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. »

⁶⁸³ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 184.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*

bien qu'il s'agissait d'un temps de proclamations⁶⁸⁷ plus que d'une période d'effectivité autour des idées de solidarité.

368. Pourtant ce bilan assez décevant contraste avec des avancées nulles en matière de droit au travail en Amérique andine où l'individu pauvre et sans emploi est littéralement perçu, du moins par la société urbaine du XVIIIe siècle, comme un fainéant. Ainsi par exemple un article publié le 16 février 1794 dans le prestigieux *El Mercurio* fait état d'une population de gens « sans profession dans la République, et sans s'occuper à essayer d'acquérir le nécessaire [...] pour subvenir à ses urgences [...]. Cette mite tant préjudicielle pour les Etats doit se noyer pour qu'elle ne ronge pas la partie saine »⁶⁸⁸. Associée à la délinquance et aux vices, l'oisiveté était très mal considérée par la société⁶⁸⁹ péruvienne de Lima du XVIIIème siècle. Influencée par le catholicisme et les valeurs monarchiques, sa solution face aux pauvres sans profession consistait en leur enfermement dans un hospice religieux créé pour les faire travailler⁶⁹⁰. En quelque sorte cette démarche « d'obligation » au travail constitue davantage une « peine » qui, à l'image de la France du XVIIe siècle, avait pour objectif de dresser les hommes⁶⁹¹ et d'empêcher les gens oisifs de mendier ou de voler⁶⁹². C'est bien sur ce fond contextuel, qui était celui du vice-royaume du Pérou, que sera propice, après l'indépendance en 1821, l'instauration de la charité légale ou encore des courants du libéralisme philosophique qui influencèrent considérablement l'histoire du constitutionnalisme sud-américain depuis ses origines (c'est-à-dire depuis les indépendances) jusqu'aux périodes les plus récentes. Ceci en accordant une valeur assez importante aux principes libéraux issus de l'individualisme juridique cristallisés par la Révolution française sans pour autant agir en faveur de la situation des individus pauvres et sans emploi en leur accordant le droit à subvenir à leurs besoins par l'obtention d'un travail délivré par l'Etat. Jamais le droit au travail ne s'est produit ni dans l'expérience juridique andine, ni sud-américaine.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 198.

⁶⁸⁸ J.-I. LEQUANDA, « Discurso sobre el destino que debe darse à la gente Vaga que tiene Lima » *Mercurio Peruano*, 1794, T. X., n° 326, p. 112 (traduction libre de l'espagnol), cité par C. ROSAS-LAURO, « Vagos, ociosos y malentretenidos. La idea de pobreza en el Perú del siglo XVIII », C. ROSAS LAURO (éd.), « *Nosotros también somos peruanos* ». *La marginación en el Perú, siglos XVI a XXI*, Lima, PUCP, 2011, p. 115.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 122.

⁶⁹¹ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale: Repenser l'Etat providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 143.

⁶⁹² G. MONTAIGNE, *La Police des pauvres à Paris*, cité par J. NIKONOFF, « La République du droit à l'emploi pour chacun. Rapport aux candidats à la présidence de la République et aux partenaires sociaux », 1995.

369. Tout au plus et à une époque plus contemporaine, on peut relever l'expérience argentine en matière de législation sociale et du travail sous le gouvernement du Président Yrigoyen entre 1916 et 1922 qui véhicule une idée de nouvelle démocratie à travers la conquête de la liberté politique en tant que moyen pour exécuter ce que le député argentin V. Guillot appelle « l'idéologie et la justice sociale » inspirées par les fondements d'une nouvelle politique solidariste⁶⁹³ cristallisée par les révolutions ouvrières françaises et par la pensée de L. Bourgeois. Il s'agissait en effet de transformer les anciennes logiques du libéralisme qui expliquaient l'indifférence étatique⁶⁹⁴. Cependant les débats concernant l'amélioration des conditions sociales des travailleurs dissertèrent davantage sur la nécessité d'organisation des ouvriers face au pouvoir que les patrons détenaient de façon disproportionnée⁶⁹⁵. Ils portaient plus sur la régulation du travail, c'est-à-dire du repos, de la durée de la journée de travail, ou des conditions connexes au travail comme le logement des travailleurs⁶⁹⁶, que sur le fait d'accorder un droit à obtenir un emploi de la part de l'Etat. Et de ce fait aucune des normes approuvées durant cette période politiquement riche du point de vue des garanties sociales n'accorda d'autres droits que ceux correspondant aux droits d'amélioration de la qualité de vie et d'emploi. Bien entendu, il s'agit bien de droits des travailleurs, or, pour les obtenir, il fallait obtenir la qualité de travailleur, ce qui avait pour conséquence d'exclure les chômeurs.

370. Dans un contexte plus actuel, la Constitution colombienne de 1991 prévoit dans son article 25 que « le travail est un droit et une obligation sociale... ». Cependant ce caractère obligatoire ne doit pas nous induire à comprendre que c'est l'Etat qui s'engage, il s'agit plutôt d'une obligation pour l'individu, l'Etat garantissant uniquement un travail dans des conditions dignes et justes. Cette même idée réapparaîtra dans la toute aussi récente Constitution vénézuélienne de 1999, qui au surplus semble être le texte constitutionnel avec le contenu social le plus avancé de la région. En ce sens elle prévoit dans son article 87 que « toute personne a le droit au travail et le devoir de travailler » avant d'ajouter que « l'Etat garantira l'adoption de mesures nécessaires afin que toute personne puisse obtenir une occupation productive... ». C'est-à-dire que l'Etat s'octroie la fonction d'organe facilitateur

⁶⁹³ A.-N. MORRONE, *El derecho obrero y el presidente Yrigoyen*, Buenos Aires, Agencia general de libros y publicaciones, 1928, p. 7.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ *Ibid.*, pp. 106 et s.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, 1928, pp. 28-29.

pour l'emploi, ce qui bien entendu se distingue bien du rôle de débiteur d'emploi au bénéfice de l'individu.

371. Au Pérou enfin, la reconnaissance du droit au travail est tout aussi absente. Pire, les historiens et juristes ont renoncé à traiter la question ouvrière, comme il fut énoncé dès 1928 par le philosophe J.-C. Mariátegui⁶⁹⁷. Pourtant le prolétaire péruvien est particulier car il est constitué avant tout de mineurs⁶⁹⁸ et non d'ouvriers de l'industrie. En ce sens le prolétariat ne se situe pas, comme en France ou en Argentine, dans les zones urbaines, mais à la campagne, car les paysans expropriés de leurs terres par de riches compagnies minières se sont vus dans l'obligation de se constituer en ouvriers desdites mines⁶⁹⁹. C'est probablement à cause de leur éloignement de la capitale, que les divers Constituants n'ont jamais perçu leur situation comme prioritaire. En effet les Constituants se sont limités à considérer le travail comme une source de richesse propre au marché, et donc au-delà des capacités régulatrices d'un Etat non-interventionniste, hormis si la liberté du travail porte atteinte à l'ordre public. C'est pourquoi en référence au travail les Constitutions libérales péruviennes, comme celle de 1933 dans son article 42, reconnaissent une simple « liberté du travail » tant qu'elle « ne s'oppose pas à la morale, à la santé ni à la sécurité publique ».

372. La Constitution péruvienne de 1979, qui sera la plus avancée du point de vue social dans l'Histoire de cet Etat, se limitera, comme la constitution vénézuélienne de 1999, à déclarer dans son article 42 que « le travail est un droit et un devoir social » avant de l'assimiler à l'élimination de la pauvreté en évidente reconnaissance comme source principale de subsistance et revenus pour l'individu. Enfin, la Constitution de 1993, évoquera le travail notamment dans ses articles 2§15 et 22. En effet, l'article 2§15 est simplement consacré à la liberté d'exercice du travail⁷⁰⁰ ; l'article 22, qui énonce que « le travail est un devoir et un droit », est un complément de l'article 2§15 portant sur la liberté du travail en lui joignant un devoir face à nous-mêmes et face à la société⁷⁰¹. Pourtant il ne

⁶⁹⁷ J. BALLESTEROS, *Formación del proletariado en el Perú*, Lima, Centro peruano de historia económica, 1982, p. 8.

⁶⁹⁸ H. BONILLA, *El minero de los Andes*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1974, pp. 32 et s.

⁶⁹⁹ I.-K. SAMARKINA, *The community in Peru: An Essay socio-economic development*, Moscou, Nauka, 1974, p. 129; J. BALLESTEROS, *Formación del proletariado en el Perú*, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁰⁰ E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, ICS Editores, 1996, p. 120.

⁷⁰¹ M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima, Desco, 1994, p. 51.

faut pas comprendre ni interpréter à partir de ce « droit » une exigibilité du travail par exemple par la voie judiciaire⁷⁰².

373. En revanche il faut comprendre qu'il existe une obligation constitutionnelle pour l'Etat de prendre des décisions politiques qui génèrent l'emploi⁷⁰³. L'interprétation du concept de « droit » diffère donc de ce que l'on comprend comme une prestation individuelle ou créance de l'individu opposable à l'Etat, il s'agit plutôt d'une conception davantage subjective⁷⁰⁴ du concept de « droit » entendu comme une obligation générale pour l'Etat, sans obligation précise de résultats. Bien entendu, cela relève d'une restriction de la notion de droit au travail, qui au Pérou consisterait donc dans une liberté garantie à l'individu pour trouver une tâche rémunérée, assortie d'une garantie que l'Etat agira en faveur et non contre la création d'emplois.

374. S'il y a donc peu de matière à exploiter dans l'Histoire du droit au travail en Amérique du Sud, il n'en demeure pas moins qu'en France, depuis la Constitution de l'an III, ainsi que toutes celles qui lui succédèrent jusqu'à la Deuxième République, il ne sera pas entrepris de retour aux embryonnaires mécanismes de solidarité qui eurent lieu depuis la Révolution, et *a fortiori* il sera moins encore question d'un droit au travail.

375. À partir de 1795, en France tous les rapports économiques entre les travailleurs et ceux qui ont le plus de capital matériel et possèdent l'outil de travail ne sont pas modifiés : c'est donc seulement à travers la morale et une économie individualiste que l'on tente de pallier aux problèmes sociaux, en laissant de côté l'outil juridique pour reconnaître des droits aux pauvres. D'un côté, le droit et la société continuent de considérer les « indigents » comme des mineurs devant être placés sous tutelle par le biais de l'assistance, lorsqu'ils se trouvent dans l'impossibilité de travailler, d'autre part, ceux qui travaillent sont placés sous la tutelle du corps social patronal⁷⁰⁵. En effet, toute association ouvrière demeure prohibée, et les pauvres « ne sont pas seulement réduits à la passivité, comme en 1791 ou en l'an III, mais encore [ils sont] exclus du pays légal⁷⁰⁶ ». En d'autres termes, le lien social est brisé,

⁷⁰² E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, op. cit., p. 215.

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ La doctrine n'hésitera pas à la qualifier « d'interprétation absurde de la Constitution ». V. *Ibid.*

⁷⁰⁵ L. GAXIE, « Du "droit individualiste" au "droit social" Une histoire de la juridisation du social (1789- 1939) », op. cit., §2.

⁷⁰⁶ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 529.

encouragé par le libéralisme social de la monarchie de Juillet qui incitait les démarches de charité privée ou de charité légale⁷⁰⁷. De même qu'à l'époque de la grande Révolution, il est révélateur qu'en matière sociale les avancées aient été très maigres, les dons ne servant que de palliatif bien intentionné pour soulager les manifestations les plus flagrantes de la misère, sans s'attaquer aux causes fondamentales de celle-ci⁷⁰⁸.

376. Vers le début de la monarchie de 1830, les républicains manifestaient un discours timide sur le travail, propre à celui des sans-culottes de 1793 : « Vive le travail et Vive la République », pouvait-on lire sur une pancarte des Amis du Peuple⁷⁰⁹. Plus tard, en 1838, le discours républicain s'enrichit, tout d'abord Blanqui, puis les rédacteurs du *Moniteur Républicain* ne cachent plus leurs espoirs d'un changement de régime accompagné d'un changement social⁷¹⁰. Les participants au banquet de l'année 1840 affinent cette idée de changement en affirmant qu'elle se concrétise par la « réorganisation du travail sur des bases justes et durables »⁷¹¹. Un an auparavant, L. Blanc, créateur d'ateliers sociaux de travail groupant des ouvriers d'un même métier, exposa pour la première fois⁷¹² son projet de droit au travail, ce qui aurait pour conséquence une association des travailleurs et donc un changement d'organisation du travail, conduisant ainsi à la suppression du prolétariat. Cette mesure bouleverserait entièrement la société et l'économie libérale car elle consiste dans la création d'un nouveau lien social entre l'instrument de travail et le travailleur⁷¹³, qui jusqu'à ce moment était rendu dépendant des moyens de travail des groupes sociaux bourgeois⁷¹⁴. Ces bouleversements constitueraient un changement social tellement profond qu'ils révolutionneraient les rapports entre les individus eux-mêmes, et entre les individus et l'Etat.

⁷⁰⁷ F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *op. cit.*, p. 176.

⁷⁰⁸ A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, *op. cit.*, p. 145.

⁷⁰⁹ MORANGE, « Les idées communistes », p. 8. Cité par J. VALETTE, « Utopie sociale et utopistes sociaux en France vers 1848 », *1848 Les utopismes sociaux, utopies et action à la veille des journées de février*, Paris, CDU & SEDES, 1981, p. 33.

⁷¹⁰ J. VALETTE, « Utopie sociale et utopistes sociaux en France vers 1848 », *op. cit.*, p. 33.

⁷¹¹ *Journal du Peuple*, 9 août 1840, *Ibid.*

⁷¹² Avant d'être réédité dix fois entre 1841 et 1848. Voir en ce sens : F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution: 1848*, Paris, Fayard, 1998, chap. I.

⁷¹³ L. BLANC, *Organisation du travail*, Paris, 1841, pp. 67-68.

⁷¹⁴ L. BLANC, « Revue du Progrès Politique, Social et Littéraire 1839, n°1 (15 janvier 1839) », J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839- 1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, p.109.

377. Durant les années 1830 et 1840 une nouvelle misère apparaît en Europe occidentale avec la Révolution industrielle⁷¹⁵. Il s'agit d'une misère urbaine résultant d'un exode rural disproportionné et du manque d'emploi. Dans ce contexte de paupérisme, il est évident que les préoccupations des républicains se concentrent beaucoup sur le sort du peuple, c'est-à-dire sur les classes populaires qui à ce moment de l'Histoire, étaient représentées en grande partie par des ouvriers, chez qui certains républicains tentent de faire admettre leurs principes révolutionnaires⁷¹⁶, ayant la prétention d'être révolutionnaires car ils aspirent au changement du régime monarchique libéral, vers ce qu'ils appellent la République sociale, ce qui fait ainsi perdurer l'idée d'une continuation de l'œuvre de la grande Révolution. Ils sont donc porteurs d'une double utopie, tout d'abord concernant l'égalité civile et politique, et ensuite l'idée d'une organisation du travail⁷¹⁷.

378. Cependant tous les républicains ne sont pas de cet avis. Inquiet au sujet du paupérisme spécifique au prolétariat, Lamartine affirme en décembre 1844 que « ce problème ne peut être abandonné à la logique sociale du *laissez faire* et nécessite l'intervention de la puissance publique⁷¹⁸ ». Néanmoins, si Lamartine est un républicain convaincu, c'est aussi un farouche critique du socialisme et du communisme. En ce sens, il s'oppose à la charité véhiculée par la monarchie, tout autant qu'à l'organisation du travail défendue par les socialistes, considérant que ces réformes feraient de la société un vaste monastère industriel, qu'il associe à la servitude et donc à la monarchie⁷¹⁹.

379. Pourtant, alors que venait tout juste de triompher la révolution de février 1848, qui scellera la fin de toute monarchie en France, ce sont bien les travailleurs parisiens qui vont accélérer le mouvement réclamant le droit au travail. On se rappellera en ce sens, de l'interpellation directe de Marche, mécanicien des chemins de fer, aux membres du Gouvernement provisoire réunis à l'Hôtel de Ville, réclamant avec une foule armée, tout juste victorieuse des batailles de rue qu'elle venait de livrer : « l'organisation du travail, le droit au travail dans une heure !⁷²⁰ ». Lorsque Lamartine, grand orateur, voulut manifester

⁷¹⁵ E. LAURENT, *Le paupérisme et les Associations de prévoyance*, vol. I, Paris, Guillaumin et Cie., 1865, p. 7.

⁷¹⁶ J. VALETTE, « Utopie sociale et utopistes sociaux en France vers 1848 », *op. cit.*, p. 34-35.

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁷¹⁸ LAMARTINE, *Le Bien Public*, décembre 1844, cité chez : F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *1848*, Paris, Editions Creaphis, 2002, p. 164.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *1848*, *op. cit.*, p. 161.

ses réticences à l'égard de cette revendication, Marche l'interrompt en ces termes : « assez de phrases ! »⁷²¹. L. Blanc, qui était alors en minorité face à l'idée même du droit au travail, saisit l'occasion et rédigea le célèbre décret du 25 février 1848 que l'on connaît sous la formule de *droit au travail* mais qui en réalité n'énonce jamais cette formule et se limite à déclarer que : « Le gouvernement provisoire de la République française s'engage à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail. Il s'engage à garantir du travail à tous les citoyens. Il reconnaît que les ouvriers doivent s'associer entre eux pour jouir de leur travail ».

B. Une obligation d'aménagement des intérêts entre les droits libéraux et l'engagement social de l'Etat

380. Ce n'est donc qu'à partir de 1848 que la question travail revêt une signification jusqu'alors inédite⁷²². Bien entendu, d'une part ce droit devient effectif de par son exigibilité directe à l'Etat, bien que cette expérience ne dure que trois mois. Toutefois d'autre part, et surtout, cette réforme bouleverse l'organisation du travail et par ce biais également l'organisation sociale. Elle établit en effet une sorte de contrat entre les ouvriers et la République⁷²³ qui, en les plaçant tous à égalité de condition (sans prolétariat), leur permet « d'abandonner le royaume des rapports de force pour accéder à des rapports de droit »⁷²⁴. Une telle égalité permettrait de réaliser la fraternité inscrite dans le sillon de la grande Révolution⁷²⁵. Il ne faut pas oublier en ce sens que le mouvement ouvrier, bien que vigoureux, est un mouvement révolutionnaire héritier d'une « Révolution à reprendre et à achever⁷²⁶ ». On ne sera donc pas étonnés d'observer la rigueur dans la démarche du travailleur Marche, ou les formules radicales qui essayent visant à trouver des coupables à la misère. En effet, dans sa tentative de donner du travail à ceux qui n'en ont pas, la Révolution a failli à ses promesses⁷²⁷, créant une sorte de « dette » politique sur les implications d'une fraternité imparfaite. L'organisation sociale postrévolutionnaire individualiste crée de la richesse mais aussi du chômage frappant l'Homme dans son vouloir

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² *Ibid.*, p. 160.

⁷²³ *Ibid.*, p. 163.

⁷²⁴ J.-F. SPITZ, « Louis Blanc: La république démocratique et sociale », J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839- 1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, p. 42.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ H. HARTZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale (1850- 1940)*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1989, p.186.

⁷²⁷ A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres, op. cit.*, p. 165.

vivre le plus légitime⁷²⁸. Bien entendu, il s'agit là d'un sujet que la philosophie politique n'a jamais su résoudre⁷²⁹. Au contraire, elle s'est toujours majoritairement opposée à s'engager sur un droit au travail effectif en mesure de garantir la subsistance de l'individu.

381. A l'inverse, les critiques libérales du droit au travail de 1848 montrent les réticences sur l'action entrepreneuriale de l'Etat et confortent l'idée selon laquelle le rôle de l'entrepreneur et de l'employeur devrait émaner d'une initiative privée. Aussi, parmi les arguments les plus solides des libéraux il sera question de présenter le droit au travail comme une atteinte à la propriété. Ainsi, lors du débat constituant à l'Assemblée J. Garnier résume ces propos en soutenant que :

« Le Droit au travail des uns est si bien un droit à la propriété des autres, qu'il ne se conçoit pas sans cette corrélation. Je demande le travail à la société représentée par une autorité quelconque ; avec quoi celle-ci peut-elle occuper mes bras, fournir des avances à mon industrie ? Avec un Capital. Comment cette société peut-elle se procurer le Capital ? Par l'impôt. Or qu'est-ce l'impôt, si ce n'est un prélèvement sur la propriété des autres ?⁷³⁰ ».

382. En d'autres termes, « si l'on admet le droit au travail il faut renoncer au droit de propriété »⁷³¹ individuelle car « le droit au travail des uns est le sacrifice de l'avoir des autres »⁷³² dit-il, soutenu notamment par Thiers. L. Blanc répond qu'il faut observer la définition de propriété et que le droit au travail est en réalité une conséquence du droit à la propriété (la propriété est le fruit du travail cumulé), et non sa négation⁷³³. La conséquence, selon Blanc, c'est que la propriété est illégitime lorsqu'elle n'est pas issue du travail, et que tout travail qui ne conduit pas à la propriété est donc oppressif. Pourtant, poursuit-il, certains travaillent sans que cela aboutisse à la propriété, alors que certains sont propriétaires sans travailler, donc « la source du travail des uns c'est la propriété des autres⁷³⁴. C'est pourquoi

⁷²⁸ H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale (1850-1940)*, op. cit., p. 188.

⁷²⁹ « Quelle est l'impuissance de nos pactes sociaux pour fournir au pauvre une substance décente et proportionnée à son éducation, pour lui garantir le premier des droits naturels, le droit au travail ! [...] Qu'a-t-elle fait [la philosophie politique] pour assurer au pauvre dans les revers, non pas des secours mais seulement l'exercice de son travail habituel d'où dépend sa subsistance ? » J. BEECHER, *Fourrier*, Paris, Fayard, 1993, pp. 234-235.

⁷³⁰ J. GARNIER, *Le droit au travail à l'Assemblée nationale: Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin et Cie., 1948, p. XIII.

⁷³¹ *Ibid.*, p. XII.

⁷³² *Ibid.*, p. XIV.

⁷³³ J.-F. SPITZ, « Louis Blanc: La république démocratique et sociale », op. cit., p. 54.

⁷³⁴ *Ibid.*

le droit au travail implique la rupture avec ce système⁷³⁵, à travers la nécessaire organisation du travail, qui implique à son tour la transformation économique de la société⁷³⁶ : « Qui fera que chaque travail se traduira par une propriété et qu'aucune propriété ne pourra être acquise sans travail correspondant »⁷³⁷.

383. Cette interrelation thématique entre le droit au travail et la propriété privée, montre de façon claire l'existence d'une intention de transformation sociale pour aboutir aux droits sociaux, ce qui a un impact politique considérable puisqu'il s'agit bien là de rendre effectif le principe d'égalité non seulement dans son aspect formel (égalité de tous face aux lois) mais encore, depuis le point de vue matériel. Il n'est donc pas exagéré de conclure que les événements de 1848 constituent bel et bien une tentative de continuité avec 1789. La preuve en est que les défenseurs du droit au travail mettent en avant la valeur politique de cette reconnaissance en la théorisant comme une unité avec les autres droits de l'Homme⁷³⁸.

384. De plus, il n'échappera à personne que L. Blanc s'attaque à la propriété en la faisant passer pour un privilège⁷³⁹. Privilège qu'il essaye d'abolir, tel le vicomte de Noailles durant la nuit du 4 août 1789, à la différence que les révolutionnaires du XVIIIe siècle se montrent très attachés au droit à la propriété qu'ils considèrent axiologiquement fondamental pour l'Homme en raison de la liberté qu'il véhicule, alors que Blanc, faisant le bilan empirique depuis les réformes révolutionnaires, conclut à l'existence d'inégalités sociales découlant de l'inégale répartition de la propriété (moyens de production). C'est pour cette raison que ce n'est pas la nature de la propriété individuelle qui est remise en question par Blanc, mais plutôt l'individualisme disproportionné⁷⁴⁰ qui a permis le cumul de la propriété entre les mains d'une poignée d'individus. En d'autres termes, il s'agit désormais d'une crise du paradigme individualiste, usant d'un argumentaire social décomplexé et proposant une transformation sociale et politique qui consiste dans la substitution du régime individualiste par un régime fondé sur l'association⁷⁴¹.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ F. VIDAL, *Vivre en travaillant ! Projets, voies et moyens de réformes sociales*, Montargis, 1997, p. 28, cité par C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op. cit.*, p. 27.

⁷³⁷ J.-F. SPITZ, « Louis Blanc: La république démocratique et sociale », *op. cit.*, p. 54.

⁷³⁸ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op. cit.*, p. 28.

⁷³⁹ L. BLANC, « Socialisme, Droit au travail, réponse à M. Thiers », Paris, 1849, p. 18.

⁷⁴⁰ J. GARNIER, « Opinion de M. Louis Blanc », *Le droit au travail à l'Assemblée nationale: Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, *op. cit.*, p. 382.

⁷⁴¹ L. BLANC, « Socialisme, Droit au travail, réponse à M. Thiers », *op. cit.*, p. 19.

385. Pourtant Tocqueville (et d'autres libéraux) voulant briser toute continuité entre la révolution de 1789 et la révolution « sociale »⁷⁴², lors de son discours à la Constituante, le 12 septembre 1848, se charge de démontrer que le droit au travail, par le biais de ses ateliers, est voué à créer un Etat-entrepreneur d'industrie apte à grandir invinciblement (avec l'impôt en même temps qu'il conserve le pouvoir d'imposer les tâches) au point de devenir l'unique entrepreneur de l'industrie, et plus tard le propriétaire unique de toutes les choses, instaurant le communisme⁷⁴³. Puis, après avoir relevé le slogan de la révolution de février, à savoir « Vive la République démocratique et sociale », il profite de l'appui qu'il donne au concept « social » pour se lancer dans une critique du socialisme, le qualifiant de « méprisant » pour l'individu car il gêne la liberté humaine au sens où il cherche à se placer en maître de chaque Homme⁷⁴⁴. Ces principes, relevés par les barricadiers de 1848, seraient donc bien à l'opposé, conclura-t-il, de la Révolution française.

386. L. Blanc se défend de porter atteinte à la liberté avec la mise en place des ateliers sociaux. Lors d'une opinion présentée à la Constituante de 1848 sur le Préambule de la Constitution, il démontra tout d'abord que le prolétariat n'est qu'une forme d'esclavage⁷⁴⁵, pour ensuite relever le moyen d'affranchissement qui consiste dans la formule « Liberté, Egalité, Fraternité ». La liberté dit-il :

« [E]st, non pas seulement le droit, mais le pouvoir accordé à l'homme de développer ses facultés sous l'empire de la justice et la sauvegarde de la loi [...] l'égalité consiste dans la facilité donnée à tous de développer également leurs facultés inégales, que la fraternité enfin n'est que l'expression poétique de cet état de solidarité qui doit faire de toute la société une grande famille »⁷⁴⁶.

387. Pour Blanc, il s'agit donc de repenser la philosophie politique en donnant un poids plus important à la solidarité en dépit de l'individualisme qui ne s'adapte pas aux nécessités d'inclusion matérielle (et donc sociale) au bénéfice de tous (pauvres, faibles et ignorants, selon les termes de Blanc). Cependant si les réformes véhiculées par le droit au travail reposent sur l'idée de solidarité, elles ne sont nullement communistes, malgré les arguments

⁷⁴² C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., 2008, p.28.

⁷⁴³ F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie*, op. cit., p. 325.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 328.

⁷⁴⁵ J. GARNIER, « Opinion de M. Louis Blanc », op. cit., p. 382.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 383.

avancés par Tocqueville. En effet, en visant l'intérêt général sans s'opposer à l'intérêt de chacun mais au contraire en l'y incluant dans la recherche d'une égalité d'accès aux jouissances sociales⁷⁴⁷, Blanc vise à structurer la question sociale en raccommoquant des pratiques économiques par le biais d'une remise en question de la philosophie juridique (et notamment des concepts de « démocratie⁷⁴⁸ » ou de « liberté⁷⁴⁹ ») sans pour autant la déconstruire complètement, ce en raison du fait qu'il s'attache tout de même à l'existence de l'Etat⁷⁵⁰, contrairement à certains de ses contemporains tels que Proudhon, et à l'organisation de celui-ci par le système républicain (qui représente l'intérêt de tous) et qu'il défend face à la monarchie (qui est l'intérêt d'un seul)⁷⁵¹.

388. C'est pour cette raison que le droit au travail est, selon Blanc, « le centre nerveux de l'organisation politique » d'une république, consistant dans l'effort pour que tous les intérêts soient également ménagés⁷⁵². Cela aurait pour but de reconnaître chaque intérêt, car la république « reconnaît le sentiment individuel », mais en lui opposant le principe d'égalité qui empêcherait à « un intérêt quelconque de devenir dominant », ce qui aboutit en fin de compte au sentiment social⁷⁵³ républicain. De cette manière la propriété privée n'est pas non plus remise en question tant qu'elle sert l'intérêt individuel en même temps que l'intérêt de tous. Sur ce point, Blanc rejoint V. Considérant qui estime, en opposition à Proudhon, qu'« il ne s'agit pas de détruire la propriété, dont le développement est lié au développement intime de l'Humanité [...]. Il s'agit de trouver et de donner, au contraire, à la propriété, des formes plus parfaites, plus sûres, plus libres, plus mobiles et en même temps plus sociales en harmonisant, dans toutes les sphères l'intérêt individuel et l'intérêt général »⁷⁵⁴.

⁷⁴⁷ J.-F. SPITZ, « Louis Blanc: La république démocratique et sociale », *op. cit.*, p. 57.

⁷⁴⁸ V. en ce sens L. BLANC, *Doctrines de l'État. Plus de Girondins. La République une et indivisible*, Uzès, Inclinaison, 2008, p. 188.

⁷⁴⁹ « Si l'on me demandait quel est le mot dont on a le plus abusé dans notre civilisation moderne, celui qui a le mieux servi à masquer l'oppression [...] je répondrais : c'est le mot Liberté » : L. BLANC, « La liberté (1850) » J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839- 1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, p. 333.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 288.

⁷⁵¹ « Dans une république [...] la force publique [...] c'est pour tous, c'est au nom de tous qu'elle fait étinceler son glaive [...] Dans une monarchie, rien de semblable [elle agit de façon] égoïste » L. BLANC, « De la vertu considérée comme principe de gouvernement (1835) », J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839- 1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, p. 88.

⁷⁵² J.-F. SPITZ, « Louis Blanc: La république démocratique et sociale », *op. cit.*, p. 56.

⁷⁵³ De la vertu comme principe de gouvernement, Questions, I, 39, cité par *Ibid.*

⁷⁵⁴ V. CONSIDÉRANT, *Principes du socialisme, Manifeste de la démocratie au XIXe siècle*, Paris, Librairie Phalanstérienne, 1847, p. 45.

389. Au fond, ce débat doctrinal français montre que c'est le libéralisme qui est en pleine crise politique, car on lui reproche l'excessif intérêt individuel véhiculé par le droit à la propriété. Cette crise consiste bien dans un mouvement intellectuel et politique appelant à le repenser socialement, appelant aussi, par ricochet, à repenser le travail dans le but de le réorganiser, aussi bien sur les moyens de son obtention (recrutement), que de ses résultats pour le travailleur (la rémunération).

390. Cependant, observons bien ici que le droit au travail signifie *le droit à l'effort compensé par la rémunération*, autrement dit *le droit à la rémunération obtenue par l'effort*, mais en aucun cas il ne s'agit là d'un droit à la rémunération sans effort, ou d'un droit à l'assistance. Pourtant Thiers est décidé à démontrer le contraire et face à l'Assemblée il interpelle les partisans du droit au travail : « vous écrivez dans votre constitution le droit à l'assistance : est-ce que vous entendez outrager ceux auxquels vous accorderez l'assistance ? »⁷⁵⁵, bien sûr que non, se répond-t-il rhétoriquement ; avant de déduire que lorsqu'un ouvrier se présente aux ateliers nationaux et sans effort il reçoit 40 francs, ce qui s'appelle le secours, il souligne bien que l'ouvrier à qui on alloue cette pension, si modeste soit-elle, reçoit en réalité le secours public⁷⁵⁶. Bien entendu Thiers se garde bien d'appeler cela le « droit au travail », et surtout pas un *droit*, car ce que les socialistes qualifient de « droit au travail » déclare-t-il, « n'est qu'un droit d'une classe [et donc] ce n'est pas un droit ; un droit qu'on accorde à celui-ci et qu'on refuse à celui-là n'est pas un droit⁷⁵⁷ ».

391. Face à cette crise du paradigme libéral, la préoccupation des libéraux consistait à écarter l'idée d'un droit social sur l'Etat au profit des travailleurs⁷⁵⁸. Les libéraux tentent de prioriser un maintien de la bienveillance⁷⁵⁹, ou encore de la prévoyance individuelle⁷⁶⁰. Toutefois tous les discours s'avéreront inutiles car après les événements de février et de juin 1848, la rupture du lien social est évidente, et en septembre (lors du débat de la Constituante) il est « impossible de reconstruire un consensus, un lien social, sans définir une politique

⁷⁵⁵ A. THIERS, *Discours prononcé à l'Assemblée Nationale sur le droit au travail*, Paris, Michel Lévy frères Libraires-éditeurs, 1848, p. 29.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, pp. 29-31.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁵⁸ F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *1848*, Paris, Editions Creaphis, 2002, p. 174.

⁷⁵⁹ A. THIERS, *Discours prononcé à l'Assemblée Nationale sur le droit au travail*, *op. cit.*, pp. 5 et s.

⁷⁶⁰ F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *op. cit.*, p. 174.

sociale avancée qui nécessite l'intervention de l'Etat⁷⁶¹ ». L. Blanc ne perdra pas l'occasion d'affirmer à cet égard que ces questions (sociales) « sont soulevées parce que les évolutions de l'esprit humain présentent des phases qu'il est absolument nécessaire de traverser », elles ne sont pas posées, selon lui, par un Homme mais bel et bien par l'histoire⁷⁶².

392. C'est dans ce contexte que les libéraux vont comprendre qu'il sera impossible de revenir au libéralisme d'avant février 1848. L'Etat doit donc s'engager auprès des pauvres, mais de façon prudente. Il s'agira en ce sens, tout d'abord, de séparer le lien qui s'est créé entre le droit au travail (ou moyen d'existence) qui est la revendication sociale soulevée en février, et l'organisation du travail, renvoyant au système d'exécution socialiste du droit (moyen d'effectivité) que L. Blanc avait imaginé.

393. A ce stade, le droit au travail pouvait certes être déclaré mais ne serait point effectif, puisque sans réorganisation, le prolétariat subsisterait et avec lui les besoins matériels d'un groupe social économiquement plus pauvre que les autres groupes sociaux. Face aux libéraux, Rollinat leur garantit qu'il n'y aura donc plus de droit au travail dans le sens d'une créance directe, néanmoins il profite de l'occasion pour les inviter à reconnaître le droit d'exister et de ne pas mourir de faim⁷⁶³. A travers cette concession qui abandonne le danger (à la propriété et au libéralisme économique) d'une réorganisation du travail socialiste, en même temps on concède des droits à faible portée juridique. Finalement l'article VIII du Préambule associera l'assistance à la possibilité de leur procurer un travail dans la limite de ses ressources⁷⁶⁴, et l'article 13 de la Constitution établira que :

« la société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports, entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'État, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 176.

⁷⁶² J. GARNIER, « Opinion de M. Louis Blanc », *Le droit au travail à l'Assemblée nationale: Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, *op. cit.*, p. 387.

⁷⁶³ F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *op. cit.*, p. 177.

⁷⁶⁴ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Les Constitutions de la France de la Révolution à la IVe République*, Paris, Dalloz, 2009, p. 230.

*abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir*⁷⁶⁵ ».

394. De façon globale, un effort effectif a été fait pour imaginer le *citoyen républicain et social*, qui bénéficierait d'un certain nombre de droits civils, politiques, issus de 1789 et d'un engagement social de la part de l'Etat, ce qui nous montre que s'il y a eu une révolution en 1848, elle a consisté dans le bouleversement de la « philosophie politique [qui sera] bien moins individualiste que celle de 1789 »⁷⁶⁶. Il existe donc un premier pas dans la reconnaissance d'un engagement social de l'Etat, cependant il faut relativiser cette l'idée qui pourrait laisser croire que la Constitution de 1848 est une constitution sociale. Bien au-delà de cette théorie, d'une part elle ne concède pas de garantie sociale universelle au travail, puisqu'elle ne reconnaît pas de droit au travail⁷⁶⁷ opposable pour tous dans n'importe quelle circonstance. D'autre part, le droit à l'assistance, qui figure dans cette Constitution, comporte une faible portée juridique puisqu'il n'est pas réservé aux travailleurs et *a fortiori* pas à tous les pauvres.

395. C'est-à-dire que si le droit au travail était une garantie propre à chaque homme, le droit à l'assistance garantit des droits aux seuls enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources. Ce qui, selon C.-M. Herrera, est bien à l'image de la Constitution de 1793, avec toutefois une nouveauté qui consiste dans une concession de travail destinée aux seuls chômeurs et dans les limites des ressources de l'Etat⁷⁶⁸ (Herrera relève d'ailleurs que c'est à partir de ce moment que ce qui se rattache aux droits sociaux n'est plus conçu seulement par son lien à une particularité sociale mais aussi en fonction des moyens de l'Etat⁷⁶⁹).

396. Il est donc clair à cet égard, que la crise du libéralisme ne révolutionna point le droit depuis le point de vue social. La preuve la plus flagrante est que cent ans plus tard, ni dans le Préambule de la Constitution de la IVème République, ni *a fortiori* dans les normes constitutionnelles postérieures un retour possible au droit au travail effectif n'a été possible. Tout au plus, le Préambule de la Constitution française de 1946 proclame le droit à obtenir

⁷⁶⁵ *Ibid.*, pp. 232-233.

⁷⁶⁶ MINISTERE DE L'INFORMATION, « Les Constitutions de la France de 1789 à nos jours », *Notes documentaires et études*, n° 103, 1945, p. 4.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁶⁸ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op. cit.*, 2008, p.30.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

un emploi, sans grande portée juridique⁷⁷⁰. En effet, à l'image du cas de la Constitution du Pérou, ce « droit » est davantage interprété comme un objectif à valeur constitutionnelle, issu non pas d'une prérogative opposable à l'Etat, mais plutôt d'un but généraliste sur lequel l'Etat s'engage à agir en toute discrétion (sans forcément spécifier le moyen et le délai d'action).

397. Cependant malgré l'avancée modeste des concessions par le droit, tel qu'imaginé par V. Considérant, L. Blanc ou Proudhon, on se retrouve face à une évolution fondamentale, car le libéralisme républicain devra désormais toujours composer avec la question sociale. Ce qui veut dire que l'on se retrouve bien loin du libéralisme social (quasi absolutiste) d'avant 1848, ce qui revient à croire que l'imperméabilité aux compatibilités de principe entre libéralisme et droits sociaux est mise à mal dans ses fondements.

Section 2. Les fausses incompatibilités juridiques entre « l'État de droit » et « l'État social »

398. L'État représente une espèce de société politique résultant de la fixation sur un territoire déterminé d'une collectivité humaine relativement homogène régie par un pouvoir institutionnalisé⁷⁷¹. Dans ce contexte l'une des conditions de l'existence de l'Etat consiste en celle d'une collectivité, c'est-à-dire, d'un ensemble d'individus rassemblés autour de valeurs et symboles communs. La fonction de l'Etat consisterait donc, d'une part, à définir des valeurs communes afin de rassembler les individus en collectivité et, de l'autre, à représenter les intérêts de tous. Ainsi, si l'Etat réussit à fédérer sa population autour des mêmes valeurs il se créera une légitimité axiologique en tant que gardienne des préceptes et principes qu'elle a elle-même définis. Mieux, si l'Etat parvient à s'organiser de façon à garantir les droits de sa collectivité humaine, il s'assurera une légitimité matérielle puisqu'il deviendra, en même temps, un garant et une source d'éléments ou de conditions que sa collectivité humaine (la société) requiert pour se développer.

399. Ces éléments ou conditions nécessaires à l'intérêt général seront dégagés et organisés par les institutions de l'Etat afin d'établir un cadre normatif auquel nul ne saurait déroger.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 48.

⁷⁷¹ S. GUINCHARD, entrée « Etat », *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2013, p. 951.

Ainsi l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen prévoit que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi », ce qui met en lumière que le bénéfice individuel doit céder la place au bénéfice du plus grand nombre (la société) par le biais de la norme.

400. Ce sera précisément la loi qui apparaîtra comme le meilleur instrument d'imposition et de garantie des valeurs de l'Etat. Tel est le cas d'une part, parce qu'elle contient une injonction utile pour établir un ordre, mais de l'autre, du fait qu'elle correspond à une volonté légitimée par le collectif (« la loi est l'expression de la volonté générale » selon l'article 6 de la DDHC). Par conséquent, la fonction de la loi sera surdimensionnée par l'Etat, il l'imposera à son peuple, au point de créer une fiction juridique dont rend compte l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Cependant, d'après Locke la fonction de l'Etat n'étant pas simplement de rendre les Hommes heureux et vertueux, il s'agissait également d'assurer leur liberté individuelle⁷⁷² puisqu'ils cèdent leur pouvoir social à l'Etat pour fonder leur liberté à l'intérieur de cet Etat. Par conséquent l'Etat se voit limité par les libertés individuelles, ce qui se traduit par une soumission des institutions et des gouvernants à la loi. On observe ici que le principe de soumission universelle à la loi limite l'action de l'Etat empêchant « la raison d'Etat » par la théorie allemande de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*) qui est le fondement de l'Etat moderne⁷⁷³.

401. En effet, depuis sa conception formaliste, Kelsen admet qu'en théorie tout Etat est un Etat de droit, *in fine* on utilise donc cette expression afin de désigner une catégorie d'Etat qui répond aux postulats de démocratie et de sécurité juridique⁷⁷⁴. Cette caractéristique qui vient limiter le pouvoir de l'Etat prend tout son sens à l'égard de l'administration et constitue le principe essentiel de différenciation entre l'Etat de droit (*Rechtsstaat*) et l'Etat de police (*Polizeistaat*)⁷⁷⁵.

402. Dans ce contexte, il est évident que l'Etat de droit garantit la liberté des individus, ou ce que Carré de Malberg considérerait comme la sphère de liberté la plus large possible. En

⁷⁷² M.-P. DESWARTE, « Droits sociaux et Etat de droit », *RDP*, 1995, pp. 951-985.

⁷⁷³ J. CHEVALLIER, « L'Etat de droit », *RDP*, vol. 1, 1988, pp. 364 et s.

⁷⁷⁴ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 5^e éd., Paris, Montchrétien, 2010, p. 50.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 18.

ce sens, cette liberté appelle à une diminution de la puissance de l'Etat au bénéfice de la liberté de la société. Cependant, depuis la cristallisation normative des droits de l'Homme (fin du XVIIIe siècle) et de l'avènement de la théorie d'Etat de droit (début du XXe siècle), la conception des nécessités de l'Homme a été repensée et les rapports de celui-ci avec l'Etat ont évolué⁷⁷⁶. En effet, le développement théorique des droits sociaux y est pour beaucoup car leur incursion dans le champ juridique revendiquant des droits, repose sur l'argument qu'ils constituent un élément nécessaire au bien-être de l'Homme, au même titre que la liberté et la sécurité⁷⁷⁷. Or lorsque se pose la question de la réalisation des droits sociaux, celle-ci se confronte à une résistance fondée sur la nature même de l'Etat de droit qui est indissociable de l'image d'un *Etat minimal*⁷⁷⁸. En d'autres termes, expliciter juridiquement des droits sociaux ne consiste pas dans un simple élargissement de la liste des droits de l'Homme mais il s'agirait bien d'une atteinte au socle de l'Etat de droit⁷⁷⁹, car il existerait une incompatibilité fondamentale entre, d'une part, les droits sociaux qui requièrent une intervention de l'Etat dans la vie sociale et, de l'autre, les droits-libertés qui, pour être réalisés, nécessitent une abstention de l'Etat.

403. Il est vrai que l'Etat de droit peut paraître radicalement incompatible avec les droits sociaux, car il existe entre eux une différence dogmatique, comme le souligne J. Habermas dans son étude fondamentale sur les relations entre le droit et la démocratie⁷⁸⁰, en soutenant notamment que lorsque l'Etat de droit agit rarement en contenant les potentielles interventions de l'Etat dans la sphère privée il servirait assez bien les principes d'un « Etat minimaliste » issus des théories de la démocratie libérale⁷⁸¹. En effet l'Etat libéral qui inspire les fondements de l'Etat de droit, serait surtout équivalent à un Etat abstentionniste, alors que l'Etat providence qui mettrait en exergue les droits sociaux répond davantage à une régulation et une intervention issues de l'Etat promoteur voire de l'Etat social.

404. Pourtant la démocratie, qui est véhiculée par l'Etat de droit, doit proposer des aménagements en mesure de rendre possible la participation de tous de manière

⁷⁷⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., vol. 1, Paris, Fontemoing, 1928, pp. 21 et s.

⁷⁷⁷ Se référer à l'étude réalisée dans le Chapitre premier de : S.-A. BARBER, *Welfare and the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 183.

⁷⁷⁸ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 58.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p.92.

⁷⁸⁰ Se reporter en ce sens au raisonnement développé par : J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, 1992, Paris, Gallimard, 1997, p. 553.

⁷⁸¹ P. BRAUD, *La démocratie politique*, Paris, Seuil, 1997, pp. 113 et s.

égalitaire⁷⁸², tant dans l'aspect politique que dans l'aspect distributionnel⁷⁸³. Ce qui veut dire que de façon contemporaine, la culture démocratique, et donc l'Etat de droit, devraient rendre l'Etat actif, et par conséquent présent, dans la recherche de mécanismes en mesure de satisfaire les besoins (sociaux, civils et politiques) de la société⁷⁸⁴.

405. C'est en instrumentalisant les acquis axiologiques et juridiques de la théorie de l'Etat de droit, que l'on va fonder, auprès de la doctrine occidentale, deux types de critiques à l'encontre du développement juridique des droits sociaux⁷⁸⁵. Selon le premier type de critique les droits sociaux empièteraient sur la démocratie⁷⁸⁶, puisque, d'une part, ils imposent un modèle qui est loin de favoriser l'intérêt collectif⁷⁸⁷. Et, d'autre part, la constitutionnalisation des droits sociaux équivaldrait à l'imposition d'une conception du bien-être et d'une façon de dépenser les ressources, dirigée à l'encontre de la volonté de la société et du pouvoir législatif⁷⁸⁸ (I). Le second type de critique évoque une régression des libertés du fait des droits sociaux, puisque l'avènement de ces derniers pousserait l'Etat à intervenir, dans les structures économiques, mais aussi dans la vie privée des personnes, en limitant par exemple le droit à la propriété (II).

I- Les implications de la constitutionnalisation des droits sociaux sur la démocratie

406. Cette critique repose sur une conception dichotomique entre droits négatifs et droits positifs. Ainsi les droits négatifs seraient constitués d'une abstention de l'Etat, que les libéraux du « laissez faire » considèrent bénéfique puisque rattachée au principe de l'Etat de droit au sens où les droits négatifs préservent la société des abus du « Léviathan étatique » qui peut, par exemple, être tenté de restreindre le droit à la propriété ou d'empêcher la réalisation des libertés. Ainsi, les droits positifs seraient perçus comme une

⁷⁸² R. DWORKIN, *La vertu souveraine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 322.

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ Voir en ce sens J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *Droits*, vol. 49, 2009, pp. 191-211.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, pp. 192 et s.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ En d'autres termes, on instaure un système inégal puisque seul un segment de la société tirerait des bénéfices du social, par exemple les pauvres, alors que les charges qui créent ce bénéfice, pèsent sur toute la société, notamment sur ceux qui ont le plus de ressources et qui n'ont pas besoin du système social.

⁷⁸⁸ J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *op. cit.* p.192 et s.

interférence de l'Etat sur la façon dont les individus gèrent leur propriété et leurs vies⁷⁸⁹. De plus, cet argument est renforcé par le coût élevé des droits positifs qui constituent des prestations alors que les droits négatifs favorisent les libertés individuelles sans engager les ressources de l'Etat.

407. Pourtant, il convient de dire en premier lieu que cette distinction entre droits positifs et droits négatifs, qui est certainement utile pour qualifier l'action ou inaction du droit, est dépourvue de tout intérêt au moment de qualifier les droits de l'Homme. En effet, une telle distinction se base sur le devoir d'action des droits positifs et le devoir d'abstention d'action des droits négatifs. Or le cloisonnement existant entre l'action et l'abstention ne peut se calquer sur la division entre droits-libertés et droits sociaux. Tous les droits, quels que soient leur but ou leur génération, requièrent en effet, pour leur réalisation, une action de l'Etat en même temps qu'une abstention de celui-ci. En ce sens, il serait difficile de concevoir un droit qui, pour se réaliser, requière uniquement une abstention de l'Etat.

408. Suivant la méthodologie illustrative de J.-F. Spitz⁷⁹⁰, essayons d'observer cela en prenant l'exemple paradoxal issu des réflexions de R. Castel⁷⁹¹, à savoir : la similitude entre la sécurité civile (qui fait partie des droits dits de « première génération »), d'une part, et la sécurité sociale (qui fait partie d'une génération postérieure aux droits civils et politiques), d'autre part⁷⁹². De premier abord la réalisation des sécurités civile et sociale paraît antinomique, et pourtant toutes deux nécessitent une abstention de l'Etat et une action de celui-ci. Ainsi, la sécurité civile, requiert certainement un devoir de tous de s'abstenir de toute agression. Respecter le droit à la vie de l'autre signifie ne pas lui porter atteinte ; respecter le droit à la propriété de l'autre veut dire ne pas lui dérober contre sa volonté ce qu'il possède, ou encore ne pas limiter l'usage qu'il peut en faire.

409. Cependant s'il est idéal d'espérer que la société va s'abstenir de toute atteinte aux droits civils, dans toute société de grande échelle il a été nécessaire de mettre en place un système garantissant la sécurité civile. Pour ce faire, l'Etat agit en engageant des moyens dans le secteur de l'Education Nationale afin de prévenir les actes violents ; en engageant

⁷⁸⁹ *Ibid.*, pp. 191-211.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ CASTEL, R., *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Le Seuil, 2003, p. 95.

⁷⁹² Comme il a été manifesté, cet exemple a vocation à relever uniquement les similitudes et non les relations entre ces deux concepts, car l'aspect relationnel fait l'objet d'une autre étude.

des moyens pour organiser une force de police capable de contrôler et de prévenir les actes contre la sécurité civile ; en engageant des dépenses pour instituer des tribunaux en mesure de sanctionner les actions s'opposant à la sécurité civile.

410. De même la sécurité sociale, nécessitant apparemment des droits exclusivement positifs et donc une action en prestations de l'Etat, ne peut voir sa réalisation aboutir que par le biais de dépenses ou de liquidités accordées aux personnes. Il faut également tenir compte que cette palette de droits positifs se réalise aussi par le biais des droits négatifs qui rendent possible l'existence d'une sécurité dite sociale.

411. Par exemple, en matière de droit à la santé, l'Etat peut agir en construisant un hôpital mais il doit logiquement compléter cette action par une abstention à empêcher l'accès physique des personnes à cet hôpital. Bien que cette abstention s'avère implicite, elle constitue la raison pour laquelle les hôpitaux sont accessibles, se trouvant généralement proches des centres habités et non pas au milieu de vastes zones inhabitées. Autre exemple illustrant que les droits sociaux ne sont pas nécessairement constitués par les droits positifs ou des droits à prestation : le droit à l'alimentation. En effet, dans une très large majorité d'Etats ce droit n'est pas explicitement considéré par les normes internes comme un droit fondamental. Faute de juridicité et de moyens économiques, la sécurité alimentaire repose peu, voire pas du tout, sur l'action juridique de la part de l'Etat ou sur une idée de créance qu'on pourrait opposer à celui-ci. Dans ces conditions, les seuls moyens juridiques pour prévenir des catastrophes humanitaires consistent à ne pas empêcher l'action des tiers, ce qui équivaut à s'abstenir d'agir socialement tout en laissant agir l'autre au bénéfice de cette nécessité sociale. Ainsi par exemple, dans le cas de l'assistance internationale, l'Etat peut s'abstenir d'effectuer des contrôles douaniers sur les cargaisons humanitaires afin d'améliorer les délais d'expédition de nourriture. Et même, sans parler de crise humanitaire, l'Etat peut aussi protéger la collectivité contre les institutions qui provoquent un état de besoin alimentaire, en s'abstenant de grever des produits avec des taxes trop élevées sur les aliments de première nécessité.

412. On aboutit donc à une conclusion simple qui consiste à observer que les droits sociaux ne consistent pas seulement en droits positifs, mais qu'ils ne peuvent exister sans les droits négatifs destinés à empêcher que des tiers privent l'individu de l'accès aux produits de

subsistance ou aux droits sociaux. Il en va de même pour les droits civils et politiques qui ne consistent pas seulement en des volontés que l'Etat exprime à la société par le biais de normes sans coût pour la collectivité. La réalité est loin d'être celle-là, car tous les droits civils et politiques requièrent des institutions qui préviennent, régulent, contrôlent et sanctionnent les atteintes à ces droits. Ceci équivaut à une activité importante de l'Etat et à une présence de celui-ci, entraînant des dépenses colossales issues du budget collectif⁷⁹³. Il serait donc utile d'abandonner l'idée qui consiste à observer les droits sociaux comme des droits condamnables parce qu'ils génèrent des dépenses publiques alors que la mise en place des droits civils et politiques ne suscite pas ces dépenses⁷⁹⁴.

413. Il faut comprendre ici que tous les droits de l'Homme (civils ou sociaux) entraînent des dépenses, et que chaque dépense publique, même celle qui est engagée pour garantir les droits civils, constitue un transfert des ressources collectives par le biais de l'Etat⁷⁹⁵. Dans ces conditions émerge la nécessité de savoir à qui ces droits, et donc ces transferts de ressources, bénéficient.

414. Les critiques des droits sociaux qui fondent leurs arguments sur la base qu'ils sont antidémocratiques, prétendent en effet que, à la différence des droits civils, les droits sociaux créent une inégalité factuelle car ils bénéficient seulement à une catégorie de personnes alors que c'est toute la collectivité qui les finance (A). De plus, on déduit que l'imposition des droits sociaux au niveau constitutionnel serait antidémocratique car elle équivaudrait à imposer aux citoyens et au législateur une conception des objectifs de l'Etat et une façon de dépenser les ressources collectives, sans pour autant obtenir l'adhésion de la collectivité⁷⁹⁶ (B).

A. Les politiques sociales perpétuent-elles l'inégalité de traitement entre les individus ?

415. On peut penser que le système social fonctionne à partir d'une dichotomie opposant différents groupes sociaux : d'une part ceux qui sont bénéficiaires du système social et d'autre part, ceux qui ne bénéficient pas de ce dernier mais qui se voient dans l'obligation

⁷⁹³ J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *op. cit.*, p. 210.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p.199.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p.192.

légale de le faire subsister. Pourtant, le bénéfice des systèmes sociaux ne vise pas un état naturel de l'individu mais plutôt une condition passagère ou, dans certains cas, permanente de celui-ci. Ce qui signifie que le bénéfice n'est pas attribué à la nature de l'individu (inchangée) mais plutôt à sa condition (évolutive, même si c'est très peu probable).

416. Par exemple, au Pérou, le programme social familial de transfert monétaire aux plus pauvres dit « Juntos⁷⁹⁷ » est destiné aux foyers en situation d'extrême pauvreté composés soit de mères en état de gestation ; soit d'enfants entre zéro et quatorze ans ; soit d'adolescents scolarisés entre quatorze et dix-neuf ans⁷⁹⁸. C'est-à-dire que, dans tous les cas de figure, le programme bénéficie au foyer selon sa condition d'extrême pauvreté et selon une condition d'âge de ses membres. En d'autres termes, le programme social intervient à un moment précis en fonction de variables qui rendent le foyer éligible, or ces dernières sont potentiellement évolutives (puisque le foyer peut sortir de l'extrême pauvreté), ou sont définitivement évolutives (puisque les membres visés du foyer vont inexorablement atteindre l'âge de vingt ans). Par conséquent le foyer bénéficie du programme social en fonction de sa condition sociale et non pas sur le fondement d'une condition permanente. Autrement dit, les bénéficiaires actuels ne le seront plus dans un temps futur bien déterminé, ils seront seulement contributeurs du système social puisqu'ils payeront, au moins, lors de chaque achat une taxe sur la valeur ajoutée, qui est obligatoire pour tous. Cela montre bien que l'argument qui consiste à observer un groupe social comme éternellement bénéficiaire des services sociaux a vocation à être relativisé.

417. Pourtant, il existe des bénéfices sociaux qui paraissent être attribués de façon définitive. En France par exemple, où il existe l'Allocation Adulte Handicapé (AAH), on peut croire que ce revenu minimum a vocation à être perpétuel. Les conditions d'accès liées au handicap sont en effet naturelles et par conséquent elles semblent être définitives et non évolutives, ce qui comporte que les bénéficiaires de l'AAH seraient créanciers à vie du système social. Cependant cette affirmation n'est pas correcte pour trois raisons qui sont liées aux conditions d'accès à l'AAH⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Ce programme trouve des difficultés à desservir certaines personnes du fait de leur isolement géographique et des lacunes au niveau des infrastructures routières et bancaires et du coût prohibitif du transport de la monnaie. M. LANGEVIN, « La stratégie nationale d'inclusion financière péruvienne », *Revue Tiers Monde*, n° 225/2016, p. 107.

⁷⁹⁸ V. Résolution de Direction Exécutive N° 039-2011-PCM/PNADP-DE.

⁷⁹⁹ V. les articles L.821-1 et s. du Code de la sécurité sociale française.

418. En premier lieu, il existe une condition d'âge qui dispose un accès à l'allocation à partir de vingt ans et jusqu'à soixante-cinq ans, par conséquent l'AAH ne couvre pas la durée entière de la vie d'une personne en situation de handicap. En second lieu, la norme évoque une condition d'incapacité permanente fixée à quatre-vingts pour cent, ou à cinquante pour cent dans certaines conditions⁸⁰⁰, pour accéder à l'allocation. Or il n'est pas rare que des personnes considérées comme handicapées permanentes voient leur situation physique ou mentale s'améliorer et qu'elles atteignent une réduction de leur taux de handicap. Il en ressort qu'un individu, même en situation de handicap permanent, peut voir sa condition évoluer et ne plus remplir les conditions légales lui permettant d'accéder à l'AAH. En troisième lieu, le Code de la Sécurité Sociale dispose une condition d'accès liée aux ressources de la personne, qui ne doivent pas excéder un certain montant. Par conséquent, la personne handicapée n'est pas bénéficiaire en sa qualité d'individu ayant un handicap, mais plutôt en sa condition d'individu ayant des faibles revenus à cause de son handicap. Autrement dit, il n'est pas impossible qu'elle puisse sortir de sa qualité de bénéficiaire du système social si ses ressources évoluent par exemple lorsqu'elle se trouve en capacité de travailler dans un atelier protégé.

419. Tant dans l'exemple du programme social péruvien, que dans celui de l'allocation française, nous observons que les bénéficiaires du système social ne constituent pas des créanciers potentiellement perpétuels. Bien au contraire, ces exemples démontrent qu'il existe différents cas de figure qui prévoient une fin certaine ou possible à l'action sociale dont ils tirent des bénéfices.

420. Néanmoins, en même temps qu'il existe des critères qui excluent la personne des bénéficiaires sociaux, il y en a aussi d'autres qui peuvent accueillir des personnes qui jadis étaient contributrices au système social. C'est-à-dire que, lorsque l'adhésion au système social est obligatoire (c'est le cas lorsque l'on finance le système avec les impôts), alors tous les membres de la collectivité sont de potentiels utilisateurs du système social. En d'autres termes, il existe une potentielle capacité à permuter de camp entre ceux qui sont bénéficiaires et ceux qui sont contributeurs du système social.

⁸⁰⁰ V. Code de l'action sociale et des familles : annexe 2-4 : Guide-barème pour l'évaluation des déficiences et incapacités des personnes handicapées, et le Décret n°2009-554 du 20 mai 2009.

421. Ainsi, depuis la configuration de l'Etat social lors de la première moitié du siècle, notamment chez le *Welfare State*, se généralise l'idée démocratique d'universalisation du besoin social vers toutes les couches de la population et non seulement vers les plus démunies⁸⁰¹, comme c'était le cas dans les modèles d'assistance précédents. Désormais le système social sera conçu de telle façon que celui qui en bénéficie puisse être en capacité d'apporter demain, et que celui qui apporte aujourd'hui puisse devenir bénéficiaire demain s'il en a besoin.

422. Par ailleurs, il est peu logique de croire que les droits sociaux établissent une inégalité du fait qu'ils bénéficient seulement à un groupe de personnes éligibles aux services sociaux. En effet, les droits sociaux peuvent constituer un moyen de prévenir des situations mettant en péril la sécurité publique de la collectivité, en ce sens ils possèderaient un intérêt collectif⁸⁰². Par exemple, dans le cadre de la santé, lorsqu'en France le système accorde l'Aide Médicale d'Etat (AME) à une personne⁸⁰³, l'Etat n'en fait pas seulement bénéficier l'individu, mais c'est toute la société qui en tire bénéfice. En effet en octroyant la possibilité de se soigner à une personne, on prévient le fait que sa maladie, potentiellement contagieuse, se répande dans toute la collectivité. Il en va de même pour l'éducation publique, qui ne bénéficie pas seulement aux enfants détenant des savoirs et des connaissances, mais aussi la collectivité puisque l'école est un outil pour véhiculer les valeurs que l'Etat juge importantes.

423. Les politiques sociales qui tendent à constituer l'Etat providence ou l'Etat social ne servent donc pas uniquement l'intérêt de certains, c'est-à-dire celui des plus pauvres, à l'image de privilèges immuables. C'est plutôt l'intérêt de tous qui est garanti à travers une protection « sociale » du pauvre puisqu'en protégeant sa santé on protège finalement la santé du collectif, ou en formant les futurs citoyens on garantit finalement des bases solides en termes de pérennité de l'Etat de droit.

⁸⁰¹ C.-M. HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », *Droits*, n° 48, 2009, pp. 179-199.

⁸⁰² M.-P. DESWARTE, « Les droits sociaux et l'Etat de droit », *op. cit.*, p. 981.

⁸⁰³ Selon ce qui est prévu dans les articles L.251-1 à L.251-3, L.252-3, R.251-1 et R.252-1 du Code de l'action sociale et des familles.

424. Dans ce contexte la politique sociale ne constituerait un facteur d'inégalité de traitement que dès lors qu'une triple condition est observée. Elle doit être potentiellement applicable à tous lorsque l'individu remplit les conditions fixées par la norme, or ceci doit impérativement être complété par un paramètre de type temporel qui réside non pas dans la supposée nature de la personne (perpétuelle) mais plutôt dans sa condition de vulnérabilité (évolutive). Enfin, cet aménagement de type social doit avoir pour but de favoriser la société par le biais du bénéficiaire, ce qui veut dire que le bénéfice final consiste dans le bien-être de la société toute entière et non dans un seul bénéfice individuel. Par conséquent il est logique de croire que la politique sociale serait démocratique dès lors que c'est le tout qui est bénéficiaire, *et a fortiori* la majorité.

B. Les politiques sociales constituent-elles une imposition aux majorités ?

425. Que les droits sociaux soient le fruit d'une volonté minoritaire, rien n'est moins sûr, du point de vue scientifique. Cependant si on admettait une telle possibilité, cela signifierait certainement que les droits sociaux s'imposent contre la volonté de la majorité, mais ne voudrait pas dire qu'ils sont pour autant opposés aux valeurs de l'Etat et aux principes de la Constitution. C'est pourquoi il est important de faire la distinction entre démocratie majoritaire et démocratie constitutionnelle.

426. Admettons que les membres d'une collectivité (les citoyens) se revendiquent comme ressortissants de celle-ci, un tel sentiment d'appartenance constituerait une acceptation tacite des idéaux de la collectivité (dans une certaine mesure de l'Etat) compris comme des principes raisonnables et rationnels⁸⁰⁴. Cette prémisse met en évidence que la loi est acceptée par tous les citoyens en tant qu'outil de contrainte, légitime parce que fondée sur la volonté impersonnelle de tous traduite dans la Constitution. En ce sens, si le système constitutionnel est idéalement attentif aux intérêts de tous les membres de la collectivité, aucun membre ou groupe de membres, même majoritaire, ne peut demander aux autres membres d'obéir à ses injonctions (et donc se soumettre aux décisions de la majorité), à moins d'obtenir la garantie que cette soumission n'est pas en contradiction avec les bases d'un fonctionnement autonome de tous en qualité de personnes libres et égales⁸⁰⁵. Ceci

⁸⁰⁴ J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *op. cit.*, p. 202.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

équivalait à une limitation du pouvoir de la majorité qui se voit dans l'obligation de se conformer au système institutionnel. Dans ces conditions la démocratie n'est pas le pouvoir de la majorité, mais surtout le pouvoir constitutionalisé de la majorité. Une telle distinction n'est pas anodine, puisqu'elle nous permet de distinguer la démocratie majoritaire de la démocratie constitutionnelle.

427. En ce sens l'institution constitutionnelle sur laquelle repose l'Etat exige des membres de la collectivité, même s'ils sont majoritaires, qu'ils se conforment aux normes et aux principes de la Constitution, l'objectif étant de faire primer la « raison » collective face aux intérêts du moment⁸⁰⁶. Cette « raison », imbriquée dans la Constitution, constitue *in fine* une objectivation de valeurs sur lesquelles s'est fondé l'Etat, c'est pourquoi chaque norme est une forme de rappel des valeurs de l'Etat⁸⁰⁷. Or, si la protection des droits civils et politiques rappelle les garanties issues des valeurs de liberté ou d'égalité, il ne serait pas concevable que les normes qui garantissent l'égalité civile ou politique le fassent dans un contexte d'inégalités sociales⁸⁰⁸ portant préjudice au développement des individus.

428. En d'autres termes, la démocratie n'est pas un système passionnel où la force de la raison se situe là où sont les plus nombreux. Le système est bien plus compliqué que cela, puisque, comme nous l'avons vu, *il y a démocratie lorsque la majorité ne fait pas tout ce qu'elle veut*⁸⁰⁹. En réalité la démocratie est un système qui est plus proche des valeurs et des principes de la chose publique qu'est la République, que des passions du politique. En ce sens son rôle consiste à mener l'alternance du pouvoir des majorités dans le cadre limité des principes républicains garantis par la Constitution.

429. Ainsi, puisque la liberté est un principe qui vient limiter le pouvoir des majorités, on ne considère pas un Etat comme démocratique si, malgré l'appui de ses majorités, il se livre à une politique de restriction des libertés illimitées à la manière d'un *apartheid*. De même,

⁸⁰⁶ B. ACKERMAN, *We the people*, vol. 1, Foundations, Harvard University Press, 1990, J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *op. cit.*, p. 203.

⁸⁰⁷ Le droit en tant que système normatif ordonné est doté d'un caractère déductif, *axiomatisé* et formalisé. V. en ce sens G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique. Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, LGDJ, 1965, p. 30.

⁸⁰⁸ M.-P. DESWARTE, « Les droits sociaux et l'Etat de droit », *op. cit.*, p. 980.

⁸⁰⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, Londres, 1977, J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *op. cit.*, p. 203 ; Se reporter aussi au Chapitre III de : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, t. I*, Flammarion, 1993, p. 486.

puisque l'égalité est également l'un des principes de l'Etat, on ne pourrait pas considérer qu'un Etat est démocratique si la participation des individus aux décisions ne suppose pas l'égalité de principe entre eux⁸¹⁰.

430. En effet, y étant invité par la demande des individus, l'Etat assure une égalité formelle de la citoyenneté au même titre qu'une égalité réelle des conditions sociales⁸¹¹. Il convient d'observer ici que l'égalité est un outil à multiples variables, dès le XVIIe siècle il fait référence à un même traitement civil, puis politique, et enfin, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale il fait référence au volet social⁸¹². En effet le concept d'égalité sociale trouve son fondement dans le constat d'une inégalité matérielle, source d'une perception différenciée entre les personnes⁸¹³. Ainsi, cette nouvelle acception sociale du concept d'égalité aura des conséquences juridiques, ce qui conduit logiquement à constitutionnaliser un certain nombre de droits sociaux. L'Etat ne pourra en effet plus se soustraire à ses obligations sociales de même qu'il ne lui est pas possible de se soustraire à ses obligations civiles et politiques⁸¹⁴.

431. De plus, compte tenu que l'inégalité matérielle conduit à une inégalité sur la valeur attribuée aux individus, il existe un risque que les bénéficiaires de ce déséquilibre influencent davantage le pouvoir. Tocqueville considère à cet égard que la formation de nouvelles aristocraties présenterait un danger pour la démocratie⁸¹⁵. Ainsi, les droits sociaux seraient un instrument au service d'un certain rééquilibrage matériel qui serait utile à la démocratie parce qu'il s'agirait d'un outil au service de ce concept depuis son aspect intégral, c'est-à-dire celui d'un système permettant la participation de tous à égalité de conditions dans la société⁸¹⁶ sous la forme d'une culture démocratique incluant les droits

⁸¹⁰ P. BRAUD, *La démocratie politique*, Paris, Seuil, 1997, pp. 104 et s.

⁸¹¹ V. l'entretien à D. SCHNAPPER chez E. FOURNIER, « Les formes de l'État providence », *Sciences humaines* 12/2002 (N°133), pp. 26-27.

⁸¹² P. BRAUD, *La démocratie politique*, *op. cit.*, pp. 104 et s.

⁸¹³ « Les inégalités matérielles sont-elles dévastatrices pour l'égalité en valeur des personnes. La réduction de leur intensité et de leur durabilité est une mesure de sûreté indispensable à l'effectivité du principe d'égalité » E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55.

⁸¹⁴ De cette manière, il est important d'observer comment, à partir du concept d'égalité, la cloison subjectivement construite entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, cède face à l'évidente interrelation entre l'inégalité morale et l'inégalité matérielle.

⁸¹⁵ A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. II, 2^e part., chap. 20 : « Comment l'aristocratie pourrait sortir de l'industrie », G.F., 1981, p. 199-202 ; E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, *op. cit.*, p. 55 ; V. aussi C.-M. HERRERA, « Préface. Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'Homme », G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, p. XXI.

⁸¹⁶ R. DWORKIN, *La vertu souveraine*, *op. cit.*, pp. 174 et s., et p. 322.

sociaux⁸¹⁷. Ceci ne signifie pas que tous les individus devraient recevoir l'ensemble des prestations de l'Etat (même si potentiellement ils pourraient en être bénéficiaires) ; mais plutôt qu'ils auraient droit à ce que toutes les institutions de l'Etat s'organisent de manière à ce que chacun dispose des mêmes chances de satisfaire ses besoins de base par le biais de sa propre activité⁸¹⁸.

II- Les implications de la constitutionnalisation des droits sociaux contre les libertés garanties par l'Etat de droit

432. Depuis la théorie de l'individualisme juridique, constitutionaliser les droits sociaux modifierait en profondeur l'Etat de droit au sens où les limites libérales qui servaient de fondement à la théorie s'avéreraient bousculées⁸¹⁹. Certainement que *juridiciser* et rendre effectifs les droits sociaux implique une intervention de l'Etat qui empièterait sur les libertés individuelles. Pourtant il ne faudrait pas céder à la passion et croire que l'avènement des droits sociaux implique la dissolution de toutes les libertés individuelles. Il ne s'agirait pas de croire non plus que les seuls droits sociaux sont à l'origine d'une restriction des libertés de l'Homme. En effet, nous verrons que bien avant les droits sociaux, une partie des libertés de l'Homme ont été confisquées par la société aux fins de sa constitution (A). Ainsi, ce que nous connaissons comme la liberté en société est une liberté civile et politique, qui semble avoir été instrumentalisée par l'individualisme pour défendre de façon disproportionnée les intérêts de la propriété individuelle (B). En ce sens, l'individualisme coïncide avec l'Etat de droit sur le rôle minimal et non-intervenant que doit endosser l'Etat, ce qui va consolider la prééminence des libertés individuelles sur les droits sociaux, manifestant la profonde incompatibilité de forme et de fond entre l'Etat de droit et l'Etat social (C) qui doit tout de même être fortement nuancée, notamment à travers l'exemple du droit à la propriété (D).

A. La différence entre liberté humaine et liberté politique

433. Pour Kant l'Homme est libre s'il tire tout de lui-même⁸²⁰. En ce sens, l'humain se différencie de la bête au sens où cette dernière agit en qualité d'agent libre. C'est-à-dire que

⁸¹⁷ J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs: Une distinction dépourvue de pertinence », *op. cit.*, p. 211.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 91.

⁸²⁰ I. KANT, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1993, p. 190.

c'est en transcendant ses capacités naturelles, que l'Homme s'ouvre à son autonomie et peut se poser en sujet libre⁸²¹, ce qui, en fin de compte a pour résultat de le distinguer de l'objet et de l'animal⁸²². En amont de toute question politique, Rousseau fait une analyse plus pragmatique de la liberté humaine, en la calquant sur la capacité de l'Homme à s'affranchir de toute définition ou essence⁸²³. En d'autres termes, cet affranchissement rendrait l'Homme individuel et le délierait de tout autre individu ou groupe d'individus, constituant la base de la philosophie individualiste (bien loin de toute prétention d'égoïsme).

434. Cependant, puisque la grande majorité des Hommes vivent en société et notamment sous l'autorité d'une société, dont ils se réclament les ressortissants, il ne serait plus possible de se référer à la primitive liberté humaine décrite par Rousseau puisque les normes de l'Etat se poseraient en tant que limite à l'action de tous les Hommes qui s'accommodent de vivre dans cet Etat.

435. En effet, l'exercice de la liberté à l'intérieur de l'Etat ne peut concerner la liberté humaine à laquelle Rousseau faisait allusion au début de ses réflexions, puisque l'Homme dans l'Etat n'est plus l'Homme affranchi, mais *a priori* il devient Homme soumis à l'Etat. Désormais en effet l'individu se définira à travers une collectivité qui lui accorde protection mais qui nécessite de lui qu'il respecte des règles de vie en collectivité⁸²⁴. Il existe donc une différence entre la liberté humaine, d'une part, qui permet à l'Homme de disposer d'un terrain d'action inimaginable pour exercer sa liberté, et la liberté politique de l'autre qui, étant le fruit d'un pacte social tacite, permet l'exercice de la liberté de l'Homme dans le cadre des normes établies par la société⁸²⁵. Montesquieu énonce à cet égard que la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut⁸²⁶, puisque dans un Etat, la liberté ne peut

⁸²¹ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, n° 49, 2009, p. 228.

⁸²² *Ibid.*

⁸²³ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2012, p. 302.

⁸²⁴ V. en ce sens J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 72 qui exprime les implications de l'association entre le peuple et l'Etat dans son chapitre VI. Ainsi « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le Contrat social donne la solution. ».

⁸²⁵ F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *op. cit.*, pp. 213-242 ; J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, pp. 73 et s.

⁸²⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 486.

consister qu'à vouloir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir⁸²⁷.

436. Or, si l'Etat limite les libertés de l'Homme, pourquoi lui accordons-nous de la légitimité et donc du pouvoir ? Il existe deux explications à cela. D'une part, il est vrai que l'Etat, à travers ces normes, limite les libertés de tous ceux qui se trouvent sous sa juridiction. Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, l'Etat à son tour, est lui aussi limité dans son action par la théorie de l'Etat de droit⁸²⁸, ce qui a pour conséquence d'octroyer une garantie aux individus contre de possibles abus de pouvoir de l'Etat destinés à limiter davantage les libertés individuelles. C'est pourquoi même sous l'autorité de l'Etat, les individus demeurent capables de pouvoir effectuer un grand nombre d'actions sans ingérence et à bon escient. En d'autres termes, les individus soumis à l'autorité de l'Etat ne perdent pas toutes leurs libertés, ils confient juste une partie de celles-ci à l'Etat et exercent le reste de leurs libertés⁸²⁹. Ils gardent alors l'assurance que l'Etat ne va pas abuser de son pouvoir pour restreindre arbitrairement ce qu'il leur reste de liberté.

437. D'autre part, si les Hommes accordent du pouvoir à l'Etat et lui cèdent une partie de leur liberté, c'est bien parce qu'ils y trouvent un avantage. En effet, selon le courant philosophique contractualiste, en contrepartie de son pouvoir, l'Etat assure aux individus une capacité à pouvoir concrétiser leur parcelle de liberté⁸³⁰. Ceci se traduit concrètement par une sécurité contre les agressions⁸³¹, mais aussi par la reconnaissance de la propriété individuelle. C'est pour cette raison que les Hommes entrent en société et s'en remettent au pouvoir politique, affirme Marcou, ce qui répond au fait d'assurer la conservation de leurs biens⁸³². Il apparaît désormais qu'une relation paradoxale existe entre la liberté et la propriété⁸³³ puisque, d'une part, les individus cèdent une part de leur liberté à l'Etat afin

⁸²⁷ *Ibid.* (Se reporter au Chapitre III « *Ce que c'est que la liberté* »).

⁸²⁸ J. CHEVALLIER, « L'Etat de droit », *RDP*, vol. 1, 1988, pp. 364 et s.

⁸²⁹ Se reporter à l'idée de droits subjectifs ou « parcelles de liberté » E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, *op cit.*, pp. 8 et s.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁸³¹ Cet échange d'intérêts constitue une forme de contrat social, théorisé par Rousseau, il explicite que « trouver une forme d'association [a pour but de] défendre et protég[e]r de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé » : J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 27.

⁸³² G. MARCOU, « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », *Mélanges Charlier*, 1981, p. 637.

⁸³³ La confrontation de ces deux concepts a donné lieu à des critiques virulentes de la part de Proudhon concernant la propriété qu'il a initialement qualifiée de vol pour la société. Cependant il admettra plus tard que toute propriété n'est pas nuisible à la société, mais seulement celle qui sert les intérêts utilitaristes, c'est-à-dire celle qui maintient l'individu sans travailler. Ainsi, même si le risque de vol subsiste toujours, la propriété constitue

d'exercer leur droit à la propriété en toute sécurité, et d'autre part, la liberté consiste à pouvoir exercer leur droit à la propriété contre l'Etat⁸³⁴.

B. Des libertés individuelles justifiant les inégalités sociales

438. La pensée politique formatrice des droits de l'Homme, c'est-à-dire celle des déclarations des droits du XVIIe et XVIIIe siècles, voit apparaître un individu défini par le biais de sa propriété⁸³⁵ : c'est l'essor de l'individualisme fondé sur la possession. Une telle possession est certes rattachée à la nature humaine, mais devient le fruit d'une relation juridique lors de l'avènement de l'individu dans la société. C'est-à-dire que tous les caractères de la nature humaine se traduiraient en termes de propriété, ce qui aurait pour résultat que les rapports entre les Hommes se calquent sur des rapports d'échange et de marché⁸³⁶.

439. Par conséquent la liberté de l'Homme consiste à posséder toute chose, mais aussi à en user et en jouir comme par exemple en achetant, vendant ou établissant des contrats⁸³⁷. Nous l'avons compris, le but primitif de cette liberté réside dans l'assurance que l'Homme pourra s'approprier ce qui est vital pour lui. C'est sur ce point que la garantie de la liberté revêt toute son importance puisqu'elle permet à l'Homme de survivre. Le principe de propriété ne serait alors qu'un outil garantissant que les biens vitaux que l'Homme s'est procurés soient à sa disposition durant le temps que l'Homme le décidera.

440. Cependant, il n'en demeure pas moins que dans les sociétés contemporaines les Hommes ne s'approprient pas seulement ce qui leur est vital, mais accumulent des biens qui leur sont moins nécessaires. Ceci est mis en évidence par les théories libérales de Locke, ainsi que par l'apparition de la monnaie qui cautionne tacitement le fait que l'appropriation individuelle aille au-delà des nécessités vitales de l'Homme⁸³⁸, ce qui conduit inexorablement à l'inégalité entre eux-ci.

un rempart contre le pouvoir de l'Etat. F.-C. COPLESTON, *Social Philosophy in France, A History of Philosophy*, Vol. IX, London, Doubleday, 1994, p. 67 ; V. aussi P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 250.

⁸³⁴ *Ibid.* ; V. aussi E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, op. cit., p. 154.

⁸³⁵ F.-C. COPLESTON, *Social Philosophy in France, A History of Philosophy*, op. cit., p. 67.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Folio, 2000, pp. 222 et s.

⁸³⁸ G. MARCOU, « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », op. cit., p. 637.

441. La conséquence de cette conception libérale face à la propriété est que la liberté n'est plus une garantie de la propriété vitale pour l'Homme. Elle constitue plutôt une garantie du droit à la propriété illimitée pour l'Homme. En d'autres termes, l'Etat de droit qui s'abstient de porter atteinte à la liberté de posséder, c'est-à-dire au droit à la propriété, permet l'autonomie de l'Homme à travers la garantie de ce qu'il lui appartient. Mais si cet Etat de droit est associé à une garantie de la liberté illimitée de posséder la propriété, alors cette accumulation de biens de certains peut s'opposer au manque de biens (voire la nécessité de biens) des autres.

442. L'institutionnalisation juridique de la monnaie, constitue en ce sens le meilleur exemple de caution de la société et du droit à la propriété illimitée car elle facilite, et donc légitime, la possibilité d'accumulation de biens et donc les inégalités sociales⁸³⁹. C'est alors que la volonté d'appropriation illimitée devient conforme à la raison publique, ce qui permet au droit, à travers une interprétation d'abstention opposée à l'Etat de droit, de cautionner l'inégale répartition des biens dans la société.

C. Le soubassement libéral de l'Etat de droit et le paradoxe de ses incompatibilités avec les droits sociaux

443. Si, à travers le contrat social, on donne à l'Etat un pouvoir destiné à protéger les biens des atteintes que les autres individus pourraient perpétrer, cette méfiance des autres ne peut cependant exclure une méfiance de l'Etat qui, lui aussi, pourrait se méprendre contre la propriété individuelle. En ce sens, la liberté qui fonde la capacité à être propriétaire, ne garantit que partiellement la propriété. Ainsi, afin de garantir que l'Etat se montrera respectueux de la propriété individuelle, l'idée de contrat social sera complétée par la théorie de l'Etat de droit en utilisant trois principes énoncés par J. Chevallier : faire de la protection des libertés individuelles le pilier de sa théorie ; soumettre le pouvoir des représentants politiques à celui de la Nation ; et assigner l'Etat à un domaine de compétences restreintes s'abstenant notamment de fausser les jeux du marché⁸⁴⁰.

⁸³⁹ C.-B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971, pp. 254-261, G. MARCOU, « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 639.

⁸⁴⁰ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, pp. 51 et s.

444. De par son contenu l'Etat de droit affirme donc l'influence que le libéralisme classique a sur lui, car comme nous venons de le voir il sert, d'une part, d'instrument économique garantissant l'ordre spontané du marché ou « catallaxie » et, d'autre part, fait office d'outil politique de garantie des libertés individuelles⁸⁴¹. De ces deux mécanismes découlent ainsi la protection de la liberté de contracter, celle du marché ouvert, ou encore celle de la propriété privée, etc.⁸⁴².

445. Cependant, malgré tous les verrous institutionnels que le libéralisme avait apposés sur les théories de l'Etat de droit, l'avènement de l'Etat providence va modifier les équilibres fondamentaux des sociétés libérales⁸⁴³ fondées sur ce principe d'Etat minimal. En effet, la constitutionnalisation des droits sociaux implique, *a priori*, l'existence d'un droit « interventionniste »⁸⁴⁴ destiné à agir sur les équilibres sociaux. Il semble alors logique de prétendre que si la société ne peut se réguler de façon à atteindre si ce n'est l'égalité, tout du moins un certain équilibre social, il faille réguler le comportement de la société, ce qui impliquerait une restriction des libertés.

446. Pourtant, si l'engagement de l'Etat envers les droits sociaux peut impliquer une restriction des libertés caractérisée par une dose d'intervention étatique, il faut comprendre que cette restriction des libertés s'avère fort limitée. En effet, il ne s'agira pas d'encadrer directement la vie privée des personnes, mais plutôt de réguler certaines activités économiques et de réguler le droit à la propriété des individus. La cause de cette restriction n'est point le caractère arbitraire ou le bon vouloir du gouvernant puisque ces restrictions seraient encadrées par des normes. De même, le contenu de ces restrictions ne consiste pas dans l'atteinte à la société depuis l'Etat, mais il s'agit plutôt que l'Etat garantisse que la société ne soit pas atteinte dans ses nécessités élémentaires à cause de ses déséquilibres matériels. En d'autres termes, l'Etat s'autoriserait une capacité à agir, et non pas à laisser faire en matière de pauvreté, le moyen d'action étant l'instauration des droits sociaux et surtout la garantie du respect des devoirs sociaux. Faisant appel aux théories du pacte social, ces droits et devoirs sociaux vont être considérés comme inhérents à l'interdépendance des

⁸⁴¹ B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, Paris, La Découverte, 2012, p. 53.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 58.

⁸⁴³ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 91.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 93.

membres de la société⁸⁴⁵ car ils mèneraient à comprendre que faute d'autorégulation ayant pour résultat le « bien vivre » de l'ensemble de la société, l'Etat devrait réguler certaines relations sociales afin de les rendre plus équitables⁸⁴⁶. C'est ce que l'économiste allemand L. Von Stein appelle la « république des intérêts réciproques⁸⁴⁷ », dans laquelle se retrouvent notamment les droits et devoirs des propriétaires et travailleurs⁸⁴⁸.

447. Le solidarisme de la doctrine cristallisée par L. Bourgeois dès la fin du XIXe siècle, guidera par la suite cette conception d'un Etat actif en matière de déséquilibres sociaux. Ainsi la formule du philosophe suisse C. Secrétan, établit une complémentarité entre la liberté et la solidarité : nous sommes libres et en même temps nous faisons partie d'un tout solidaire⁸⁴⁹.

448. D'un côté la liberté, indissociable de l'Etat de droit, et les droits et devoirs sociaux, allant forcément de pair avec le solidarisme, ne seraient en ce sens pas contradictoires mais complémentaires⁸⁵⁰. Or d'un autre côté il est inévitable d'observer que les droits sociaux opèrent un changement dans la compréhension du rôle de l'Etat, qui deviendrait bel et bien actif suivant les buts du solidarisme, face à la conception libérale de l'Etat de droit, qui paraît incarner une représentation statique de l'Etat puissance⁸⁵¹.

449. Si cette action en régulation que « l'Etat social » prétend effectuer dans la sphère privée, si modeste soit-elle, est orientée vers le respect du droit, alors elle se ferait inexorablement à travers un constitutionnalisme économique et social, qui sera la caractéristique de l'Etat de droit social. En ce sens, la constitutionnalisation du droit social se fait sur un parcours comportant trois niveaux⁸⁵². Tout d'abord, selon C.-M. Herrera, les Constitutions procèdent à la reconnaissance des droits sociaux. En second lieu se met en

⁸⁴⁵ J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », CURAPP, *La solidarité: un sentiment Républicain?*, Amiens, Presses universitaires de France, 1992, p. 113.

⁸⁴⁶ « [...] par la mise en œuvre de la solidarité, la République se met au service du progrès de la société et l'Etat retrouve par là sa mission. » J. DONZELOT, *L'invention du social*, Fayard, 1984, cité par *Ibid.*

⁸⁴⁷ L. VON STEIN, *Movimientos Sociales y Monarquía*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1981, p. 342.

⁸⁴⁸ Selon ses fondements premiers, l'Etat serait obligé de faire primer tout d'abord le respect de la propriété privée, or il assumerait dans un second temps les demandes de la classe dépossédée, c'est à partir de ces fonctions « doublées » de l'Etat que naît véritablement l'Etat de droit social. V. *Ibid.*, p. 344.

⁸⁴⁹ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 611.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux? », CURAPP, *Le Preamble de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 143.

⁸⁵² C.-M. HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », *op. cit.*, p. 185.

place une régulation de l'économie, qu'on appelait « contrôle de l'ordre économique capitaliste », qui consiste à limiter la propriété individuelle en fonction de l'intérêt public, et à socialiser les entreprises privées⁸⁵³. Enfin, dans un troisième temps, la Constitution aménage plus concrètement ses déclarations primaires, et instaure un mécanisme d'association contractuelle⁸⁵⁴ entre chefs d'entreprise et salariés destiné à régler les droits et devoirs de chaque partie⁸⁵⁵. Nous l'aurons déjà compris, c'est bien le deuxième temps de cette constitutionnalisation sociale qui va engendrer la plus forte controverse à l'encontre des libertés, puisqu'il serait question de réguler l'économie et de limiter la propriété individuelle.

450. Pourtant cette régulation opérée par « l'Etat social » n'est point l'antithèse de l'Etat de droit, car la raison poussant les individus à agir ou s'abstenir repose tout de même sur une implication de l'Etat à garantir leur sécurité et liberté. Ainsi s'il est vrai que l'Etat doit garantir la liberté de tous dans la sécurité de tous⁸⁵⁶, il est vrai aussi que cette sécurité ne peut être que civile (à savoir une garantie étatique à être protégé contre les atteintes à l'intégrité de la personne ou des biens par exemple) ; car la sécurité civile suffit pour garantir ce que l'individu a déjà acquis, et ne sert point à lui garantir ce qu'il n'a pas et qui en même temps est nécessaire à sa subsistance, c'est pourquoi la sécurité civile doit se voir complétée par une sécurité de type sociale (à savoir une garantie étatique à être protégé contre les risques sociaux et satisfaire les besoins sociaux indispensables).

451. La fonction de l'Etat de droit social consisterait alors à garantir la liberté de l'individu, qui n'est pas conçue comme une liberté totale, mais comme une liberté limitée par les droits civils, et également par les droits sociaux. C'est pour cette raison que l'avènement du solidarisme (et des droits sociaux) se fait en dépit de certaines libertés, puisqu'en effet l'individu sacrifierait une partie de ses libertés en contrepartie d'une protection sociale, suivant le même schéma que celui du pacte social rousseauiste qui imaginait le sacrifice de libertés naturelles contre une garantie de sécurité civile pour les individus de la société.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ P.-J. PROUDHON, *Idée générale de la Révolution au 19ème siècle*, Paris, Librairie Internationale Lacroix, 1868, p. 227.

⁸⁵⁵ C.-M. HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵⁶ D. LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 103 et s.

452. En puisant dans la plénitude de ses fonctions de garant de la sécurité (civile et sociale) de la société, l'Etat républicain renforcerait alors sa légitimité puisqu'il dépasserait des contradictions évidentes. J. Chevallier relève en ce sens un exemple en matière de droit à l'égalité, dans lequel l'Etat se permettait d'agir en faveur de l'égalité politique laissant persister les inégalités sociales. Cependant grâce aux fonctions issues du solidarisme l'Etat se met au service de la société, et de ce fait se légitime⁸⁵⁷ davantage du fait d'une interprétation plus holiste de ses missions.

D. Une nécessaire régulation des libertés : l'exemple du droit à la propriété

453. L'idée de propriété est rattachée aux droits de l'Homme au sens où elle constitue le moyen de la liberté⁸⁵⁸. Ainsi, la propriété octroie à l'individu une capacité pour posséder de quoi se nourrir, se loger, se vêtir, en contribuant à l'autonomie de celui-ci⁸⁵⁹. Cette propriété libératrice est donc protégée en qualité de droit de l'Homme. Pourtant si la propriété se transforme en outil de domination, elle n'est plus un droit de l'Homme, et peut, sous certaines conditions, être reconnue comme un droit subjectif⁸⁶⁰. Ainsi, E. Dockès distingue entre la « propriété autonome », qui est un outil pour l'autonomie de l'individu, et la « propriété dominante » qui crée un lien d'asservissement sur autrui⁸⁶¹. C'est en effet à partir de cette ambivalence « justifiable-condamnable » de la propriété que Proudhon va déterminer le caractère contradictoire de la propriété.

454. Or si la fonction sociale de la propriété consiste à rendre l'Homme libre et qu'en ce sens elle constitue une liberté de l'Homme, Proudhon refuse que la liberté du droit à la propriété soit totale et incontrôlée⁸⁶². En effet, il nie le droit à la propriété lorsque l'individu qui l'exerce abuse de son droit. En effet, par la même logique qui empêche l'Etat d'abuser de sa puissance, l'individu n'aurait pas le droit d'abuser de ses facultés⁸⁶³. De ce fait la propriété deviendrait abusive ou dominante lorsqu'elle se transforme en un objet

⁸⁵⁷ J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », *op. cit.*, p. 113.

⁸⁵⁸ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, *op. cit.*, p. 153.

⁸⁵⁹ J. LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government*, Chap. V, sec. 44, Londres, 1764, p. 132.

⁸⁶⁰ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² Loin de suivre les communistes dans leur revendication de l'abolition de la propriété privée, l'auteur prône l'existence d'un nouveau système dans lequel la propriété serait rééquilibrée par l'application du principe de justice. Introduction de C. GAILLARD, p. XII, P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 246.

⁸⁶³ P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, *op. cit.*, p. 16.

d'accaparement destiné à profiter, à créer ou à faire perdurer un déséquilibre matériel dans la société⁸⁶⁴.

455. Par conséquent si l'individu abuse de son droit à la propriété, il abuse des facultés que la société et l'Etat lui confient, ce qui s'exprime en un abus de ses libertés et donc de ses droits de l'Homme. Détournant l'intérêt de la philosophie individualiste du droit à la propriété en un intérêt personnel et égoïste, « le propriétaire dominant » abuse de la responsabilité que la société lui confère, et s'oppose donc à la société⁸⁶⁵.

456. Le problème de cet abus ne consiste point dans l'avantage que l'individu rencontre, mais plutôt dans le préjudice que la société retrouve du fait de la domination matérielle qui profite au propriétaire⁸⁶⁶. En effet, cette domination par l'accumulation individuelle empêcherait les autres individus d'accéder à la propriété, ce qui aurait pour résultat de priver les non-propriétaires de tout espoir concret d'accès à la liberté à travers la propriété.

457. De même, la concurrence ne pourrait se développer et s'entretenir spontanément si l'Etat se limitait à garantir le droit de propriété, car si ce dernier était illimité, il aurait tendance à monopoliser l'économie et à créer des groupes d'intérêts⁸⁶⁷. Par conséquent, afin de garantir la libre concurrence économique dans une société, l'Etat régule depuis toujours le droit de propriété, ce qui représente une intervention de celui-ci dans le but de garantir une liberté⁸⁶⁸.

458. Dans la perspective où l'illimitation du droit à la propriété individuelle réduit les libertés des autres individus⁸⁶⁹, il est donc logique que l'Etat intervienne pour défendre les libertés publiques afin d'empêcher une concentration du pouvoir potentiellement

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 155.

⁸⁶⁵ Il est important de souligner que ce n'est pas la propriété en elle-même qui s'avère abusive. Ce n'est que lorsque le propriétaire lui confère une fonction de domination que ladite propriété va acquérir un caractère abusif : V. en ce sens *Ibid.*, p. 135.

⁸⁶⁶ Cette domination sera schématisée par Proudhon sous le concept de « droit d'aubaine », c'est-à-dire les rentes à perpétuité, les bénéfices, les gains et les profits, qu'il oppose au salaire qui est le prix légitime du travail : *Ibid.*, p. 20.

⁸⁶⁷ B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, *op. cit.*, 2012, p. 57 ; V. aussi L. WALRAS, *Etudes d'économie politique appliquée*, Lausanne, F. Rouge & Cie, 1936, p. 476.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ B. Mirkine-Guetvizévitch désigne en ce sens la propriété privée comme une forme de contrôle social de la liberté individuelle. S. PINON, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guézévitch », C.-M. HERRERA (éd.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, vol. t. II, Paris, 2005.

dangereuse pour la démocratie⁸⁷⁰. En effet, dans ces circonstances de danger pour les libertés, l'Etat disposerait d'une justification légitime⁸⁷¹ afin de s'interposer entre l'individu et la propriété utilisée en guise d'outil de domination.

459. Cette intervention serait loin d'être en contradiction avec les principes de l'Etat de droit, car si cette théorie relève la présence minimale de l'Etat, elle assure tout de même une présence certaine et une régulation sous certaines conditions. C'est pourquoi nous conviendrons tous que l'Etat de droit n'est pas un gage d'absence de d'autorité. En ce sens, l'Etat peut restreindre tout type de liberté (même de nature économique) lorsque l'individu détourne l'intérêt du droit de façon à l'opposer de façon disproportionnée à un droit-liberté. Par exemple, et de toute évidence, la liberté de commerce est restreinte (dans tous les Etats du Monde) face au respect de la dignité du corps humain puisqu'il est impossible d'établir des contrats de vente de dépouilles humaines.

460. Il n'est donc pas nouveau que l'Etat libéral limite certaines libertés lorsqu'elles se heurtent de façon disproportionnée au respect d'autres droits-libertés. C'est-à-dire que la pratique de restriction de libertés ne serait donc pas inusitée avant l'avènement du constitutionnalisme social. Ce qui constitue la preuve que la théorie de l'Etat de droit n'est pas incompatible avec la restriction des libertés. Par conséquent l'idée que l'Etat de droit meurt avec les droits sociaux (restrictifs de libertés) doit être fortement relativisée⁸⁷². En réalité le conflit doctrinal se concentre uniquement sur le fait de savoir quelle est la proportion ou le degré de tolérance à partir duquel l'Etat s'octroie la capacité légitime d'intervenir en limitant les libertés pour préserver d'autres libertés.

461. Ainsi, lorsque la liberté économique ou le droit de propriété individuelle seraient exercés de manière abusive, de sorte à établir une domination entre ceux qui l'exercent et le reste de la société, alors on pourrait considérer que ces droits-libertés le seraient de façon

⁸⁷⁰ A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. II, 2^e part., chap. 20 : « Comment l'aristocratie pourrait sortir de l'industrie », G.F., 1981, p. 199-202 ; E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, op. cit., p. 55 ; V. aussi C.-M. HERRERA, « Préface. Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'Homme », op. cit., p. XXI.

⁸⁷¹ V. en ce sens l'art. 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. »

⁸⁷² V. en ce sens les questions relevées par la conclusion de D. ROUSSEAU, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières? », *Mélanges Pactet, L'esprit des institutions, L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 7.

trop disproportionnée face aux droits dont disposent les autres individus pour satisfaire leurs besoins sociaux⁸⁷³. H. Laski parviendra à cette conclusion, en estimant qu'aucun privilège accordé à un citoyen ne peut entraver le droit à la satisfaction des besoins sociaux d'un autre individu⁸⁷⁴.

462. C'est donc sur la base d'un droit égal à la satisfaction des besoins sociaux qu'une limitation du droit à la propriété pourrait intervenir. Pour cette raison G. Gurvitch considérerait que le droit social est un droit d'intégration⁸⁷⁵ et de participation sociale dans la mesure où le droit à la propriété pouvait être limité par sa fonction sociale⁸⁷⁶. Cette dernière pourrait être comprise comme ayant une double mission : d'une part contribuer au profit de la société et non pas du seul individu, d'autre part et par conséquent, éviter que la propriété devienne un outil de domination lorsqu'elle est concentrée entre les mains d'un seul individu.

463. Bien évidemment, si cette limitation des libertés et du droit à la propriété était réalisée sans un balisage préalable des facultés de l'Etat, alors la société privée ne disposerait plus de garanties face à un Etat qui pourrait devenir tuteur de la société. Nous voyons bien que tout le problème se concentre sur ce point : à partir de quel seuil l'Etat peut-il réguler et inversement, doit-il s'abstenir de réguler.

464. Or au-delà du fait de déterminer un seuil d'intervention pour la régulation, il faut constater que lorsque l'Etat dispose de la faculté juridique d'intervenir, et donc de restreindre les libertés, proportionnellement à un but social, on emprunte tant des principes de l'Etat de droit que des principes de « l'Etat social », dans un type de système où aucun des deux ne peut être employé de manière radicale. Ainsi, l'Etat de droit social (*sozialrechtsstaat*), qui est formé à partir de la symbiose des deux notions⁸⁷⁷, soutire ce qu'il

⁸⁷³ Cette déduction est développée par C.-M. HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », *op. cit.*, p. 191.

⁸⁷⁴ H. LASKI, *Réflexions sur la révolution de notre temps* (1943), Paris, 1946, cité par *Ibid.*

⁸⁷⁵ Contrairement au « droit de subordination ou de coordination » d'inspiration individualiste selon G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, pp. 19 et 85 ; Voir aussi : C. JOBARD, « L'individualisme en droit public français », Thèse de doctorat en droit public, Université de Toulouse 1 Capitole, Toulouse, non publié, 2009, p. 282.

⁸⁷⁶ C.-M. HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », *op. cit.*, p. 192.

⁸⁷⁷ C'est la Constitution allemande de 1949 qui proclamera la notion d'Etat social (art. 20) à laquelle viendra s'ajouter l'Etat de droit utilisé comme qualificatif (art. 28) : C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op. cit.*, p. 136.

y a de plus important chez l'Etat de droit (c'est-à-dire la garantie de la liberté et de la démocratie, dans un contexte de sécurité civile) pour adapter ces éléments aux droits sociaux.

Conclusion du Chapitre 2

465. La démocratie nécessite l'intégration sociale de tous ses membres pour réussir. Il serait donc difficile de concevoir un système démocratique qui admet l'exclusion sociale ou les inégalités. C'est pourquoi, afin que certains individus n'abusent pas de leur puissance, certaines de leurs libertés économiques doivent être limitées afin de mieux garantir le bon exercice des droits fondamentaux de la société. Le but consiste à éviter une concentration des pouvoirs qui pourrait s'avérer dangereuse pour certaines couches sociales. C'est en ce sens que l'Etat de droit (qui est concomitant au respect des droits fondamentaux) n'atteindra pas son but de garantie démocratique s'il se positionne en garant d'un système dérégulé qui admet des libertés totales. C'est pour cette raison que les droits sociaux, ne peuvent pas être pensés comme une barrière à l'Etat de droit, tout le contraire ; les droits sociaux constituent un nouveau souffle pour l'Etat de droit, puisqu'ils permettent d'intégrer toute la société aux valeurs de la démocratie, aussi bien sur le plan politique que sur le plan social⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ « L'intervention de l'Etat est justifiée non pas seulement pour satisfaire les droits sociaux mais aussi pour favoriser les droits-libertés dans la mesure où la sécurité matérielle de chacun, offerte par les droits sociaux, est une condition de leur exercice par tous » D. ROUSSEAU, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières? », *op. cit.* p. 7.

Conclusion du Titre 2

466. La construction idéologique des droits sociaux a été fortement influencée par les débats européens issus de la relativisation du paradigme juridico-politique libéral et individualiste. En ce sens, l'Occident ne propose jamais ni pour l'Europe, ni pour l'Amérique andine, une version pratique et consolidée de révolution sociale. Les exemples des gouvernements socialistes, comme au Pérou avec Velasco, en France avec Mitterrand ou au Chili avec Allende permettent d'apprécier qu'au-delà des idéologies déclarées ou de la volonté proclamée, le bouleversement intégral des soubassements économiques ne s'est jamais produit. L'absence de révolution sociale a pour conséquence que le paradigme libéral se maintient comme fondement du système contemporain. Néanmoins, pour survivre aux multiples crises, le libéralisme a dû s'atténuer sur plan économique par le biais d'une appropriation de quelques idées issues des courants de pensée sociale.

467. L'apport de l'Amérique andine en ce sens semble pauvre. Hormis quelques essais issus du nationalisme de gauche durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle, et d'un effort d'adaptation des idées socialistes au contexte sud-américain (voir en ce sens Mariátegui au Pérou ou Allende au Chili), l'évolution des idées qui portent les droits sociaux se réalisent fondamentalement en Europe. Alors qu'il existe de particularismes profondément marqués comme par exemple des différences culturelles entre d'une part les couches sociales aisées et occidentalisées, et d'autre part les couches sociales pauvres et indigènes, l'Amérique andine s'est trouvée dans l'impossibilité de produire des idées du social qui soient révolutionnaires. Cela explique, sûrement et en partie, pourquoi le socialisme n'a pas pu s'imposer durant le XX^{ème} siècle comme alternative au libéralisme économique lorsque certains gouvernants andins ont eu l'idée de l'appliquer ou du moins lorsque certains constituants ont voulu insérer des doses trop grandes de droits inspirés des courants idéologiques socialistes.

468. Il reste à savoir donc, si dans le siècle actuel, porteur d'un contexte politique et économique plus apaisé, qui contraste avec les ruptures constitutionnelles et les crises

économiques des décennies précédentes, l'Amérique andine, à travers sa doctrine, ses constituants et ses juges, a su élever une proposition alternative pour fonder un système qui fasse évoluer les droits sociaux vers un chemin de reconnaissance et d'effectivité.

Conclusion de la Première Partie

469. Cette première partie montre que le processus de construction des droits sociaux passe tout d'abord par une lente construction idéologique du social qui remonte à des périodes historiques précédant la République aussi bien en France qu'au Pérou. Il semblerait qu'à l'image de tout le modèle juridique contemporain, fondé sur des valeurs philosophiques libérales, la construction idéologique du social se soit faite à partir de l'Histoire européenne et des débats doctrinaux qui ont découlé des différents moments historiques vécus en Europe. En ce sens, l'Amérique andine, qui disposait d'un modèle social originel issu des peuples précolombiens, semble s'être fait influencer depuis la colonisation et jusqu'à nos jours par les idées sociales occidentales ; aussi bien au niveau du substrat politique qui fonde les idées sociales (socialisme, comunisme, etc.), qu'au niveau de la transposition de certains programmes sociaux comme « le verre de lait » appliqué par P. Mendès-France en France, imité quelques décennies plus tard, par le maire péruvien A. Barrantes Lingán. Cette influence exercée sur l'Amérique andine a eu pour effet que l'on oublie un peu le rôle des acteurs de la solidarité originelle (la communauté et la famille) pour renforcer le rôle social des institutions publiques, alors même que ces institutions sont encore jeunes ou en devenir dans les États andins du fait des faiblesses de l'État.

470. Le socialisme, mais aussi le solidarisme, la social-démocratie, le social-christianisme, et plus récemment l'idée d'État de droit social, etc., sont des courants de pensée qui sont à la source des premiers droits sociaux ; or ils trouvent tous un développement doctrinal qui s'effectue pratiquement intégralement en Europe, exception faite des idées de *sumak kawsay* ou *buen vivir* qui paraissent être disqualifiées comme n'étant pas du droit par le positivisme juridique. À cela s'ajoute le fait que les critiques du paradigme juridico-politique libéral et individualiste trouvent aussi leur source fondamentalement en Europe, ce qui révélerait qu'il existe une prépondérance de l'influence européenne dans la construction idéologique du social en Amérique andine.

471. Cette influence européenne ne paraît pas être fondée sur les idées sociales françaises, mais plutôt sur des idées en provenance d'Allemagne, fondées sur le socialisme, sur les idées bismarckiennes et plus récemment sur la social-démocratie. Contrairement aux acquis libéraux de la Révolution française comme la liberté et l'égalité, le solidarisme et la notion de fraternité ne paraissent pas trouver un grand écho dans la doctrine andine qui ne l'utilise pas pour construire un discours social. Pourtant, aussi bien en France qu'au Pérou on se rend compte que la cohésion sociale est une condition impérative pour construire le social. Or ce qui différencie les deux terrains étudiés, c'est que l'Europe occidentale est constituée d'États-nation, alors qu'en Amérique andine, et notamment au Pérou, l'État existe mais la nation semble être, encore de nos jours, en devenir. La conséquence est que sans cohésion sociale réelle, il semble compliqué de penser des droits sociaux acceptés par une société émietée. C'est bien à ce défi que devront faire face les nouvelles constitutions andines postérieures à l'an 2000, issues pour beaucoup de phénomènes de revendication populaire indigènes (comme en Bolivie ou en Equateur).

SECONDE PARTIE

VERS UN DÉPASSEMENT DE L'INFLUENCE EUROPÉENNE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX

472. La construction idéologique des droits sociaux en Occident et en Amérique andine a été dominée par les valeurs et la doctrine européenne. Ainsi, les processus historiques des deux terrains étudiés se sont avérés plus favorables à l'Europe, ce qui a donné plus de légitimité au système pensé en Europe. De plus, l'Europe (notamment l'Allemagne, la France, l'Italie) s'est transformée dans un terrain fertile à la formation d'une doctrine moderne en matière sociale ce qui a irradié toutes les jeunes Républiques du monde et notamment celles qui avaient lien important avec les États occidentaux. En Amérique latine tel est le cas des deux anciens vice-royaumes d'Espagne : le Mexique et le Pérou.

473. La mise en œuvre des droits sociaux est un tout autre moment de l'histoire, bien distinct du moment où l'on a commencé à penser au social. Par exemple, si l'on parle des premières normes en matière sociale, on peut remonter sûrement aux périodes révolutionnaires, surtout républicaines, en Europe ou aux périodes post-indépendantistes en Amérique andine. Il est donc important d'étudier ce moment de l'histoire juridique afin de découvrir si lors de la constitutionnalisation des droits sociaux l'Europe a eu une place aussi prépondérante ou si un constitutionnalisme alternatif issu des États andins a pu émerger (Titre 1^{er}). De la même façon qu'il est important d'attarder sur le processus de reconnaissance juridique des droits sociaux, il sera aussi nécessaire d'interroger les similitudes ou différences entre les systèmes de protection des droits sociaux (qu'ils soient juridiques ou para-juridiques) (Titre 2).

Titre 1. L'amorce d'une reconnaissance juridique des droits sociaux

474. La mise en œuvre des droits sociaux survient à partir de la transposition de la pensée sociale en droit positif. Bien que cette reconnaissance se réalise par le biais de diverses normes, celle qui manifeste le plus grand engagement de l'État est bien l'échelon constitutionnel. Aussi bien en Europe qu'en Amérique andine, aussi bien en France qu'au Pérou, les constituants ont souvent hésité à constitutionnaliser les droits sociaux ; alors même que la doctrine avait déjà démontré qu'il était nécessaire de faire évoluer le droit vers une conception de garanties élargies envers l'individu. En effet la sécurité que l'État devait assurer aux individus ne se limitait plus à une sécurité de type civile, juridique ou politique, mais aussi à une sécurité de type matériel sur des éléments essentiels pour le développement de l'individu. C'est pourquoi on assiste à un dépassement du modèle constitutionnel classique (Chapitre 1^{er}). Ce modèle est remplacé par un autre qui octroie une place plus importante aux droits fondamentaux par le biais d'un élargissement de la liste de ces droits et la prise en compte des droits sociaux (par exemple, les droits des travailleurs ou le droit à l'assistance pour les personnes démunies). Pourtant, malgré le fait que le Pérou ait été précurseur des lois sociales en Amérique du Sud et que la doctrine française ait été avancée sur ses réflexions portant sur la question sociale, les évolutions constitutionnelles les plus remarquées se sont produites dans d'autres États, en périphérie de la France et du Pérou (Chapitre 2). En ce sens il semblerait que la France et le Pérou partagent comme dénominateur commun une hésitation à constitutionnaliser les droits sociaux (Chapitre 3).

CHAPITRE 1

Un lent dépassement de l'ancien modèle constitutionnel libéral

475. Ce chapitre soulèvera une critique liminaire à deux problèmes du constitutionnalisme contemporain, ce qui par ricochet aura des incidences sur l'évolution du constitutionnalisme social : Tout d'abord que les Constitutions contemporaines répondent à des valeurs et à une idéologie précise qu'il est difficile de faire évoluer si l'on ne se questionne par sur l'utilité primaire d'une Constitution (section 1). Puis que le constitutionnalisme libéral est une production européenne importée en Amérique andine, sans que celle-ci ait pu participer encore de son évolution (section 2).

476. Les Constitutions européennes et andines sont issues d'une révolution libérale, c'est-à-dire d'un phénomène politique qui a eu des répercussions sur la naissance d'un nouvel ordre juridique. Or au-delà du contenant idéologique actuel du constitutionnalisme, il est indispensable de se demander pourquoi une Constitution résulte utile pour une société. Cela permettrait peut-être de déterminer que les Constitutions peuvent porter d'autres valeurs, que celles que l'on connaît actuellement, pour le bien-être de la société.

Section 1. La Constitution : une définition qui tente de s'adapter à tout modèle positif

477. Il s'agit de mettre à l'épreuve la définition classique de la Constitution (I), en insistant sur la fonction sociale de celle-ci (II) et en relativisant la conception culturelle qui s'y attache (III).

I. Les critères de définition d'une Constitution

478. Pour G. Cornu, la définition qu'est faite de la Constitution en droit public doit distinguer un sens matériel et un sens formel. Au sens matériel, il s'agirait « d'un ensemble des règles écrites ou coutumières qui déterminent la nature et la forme de l'Etat [et] la

dévolution et l'exercice du pouvoir⁸⁷⁹ ». Au sens formel, on se référerait à un « document relatif aux institutions politiques, dont l'élaboration et la révision obéissent à une procédure différente de la procédure législative ordinaire⁸⁸⁰ ». Cette définition intéresse car elle inspire pour beaucoup la doctrine positiviste. D'une part, ce texte aurait un contenu organique, d'autre part, il s'agirait d'un document auquel s'attachent des procédures *sui generis* liées à sa suprématie parmi les autres normes.

479. A partir d'une interprétation quelque peu extensive de la définition précitée, une partie de la doctrine formaliste ira jusqu'à énoncer, comme le fait M. de Villiers, que « pour attester de l'existence véritable d'une Constitution, il est donc nécessaire qu'il y ait un formalisme qui identifie la Constitution comme telle. Ce formalisme suppos[ant] l'écriture de la Constitution et une procédure particulière de révision⁸⁸¹ ». Pourtant si on revient à la définition qui est faite par G. Cornu on remarquera que ce dernier ne se borne pas à considérer comme constitutionnel tout ce qui est écrit et évoque en ce sens un « ensemble des règles écrites ou coutumières ». Il est clair, selon cette définition et pour tout constitutionnaliste en devenir qu'une Constitution peut ne pas présenter un caractère écrit. Elle peut ainsi advenir des normes coutumières tant que son contenu révèle le sens matériel auquel G. Cornu fait allusion : déterminer la forme de l'Etat et la dévolution et l'exercice des pouvoirs.

II. La finalité sociale d'une Constitution

480. On peut observer qu'à partir du sens matériel de la Constitution il est possible de desceller un critère téléologique qui déterminerait l'existence des Constitutions. Ainsi il a été vu que la Constitution dispose d'une fonction organique ayant pour finalité l'organisation du pouvoir de l'Etat. Mais encore la Constitution peut disposer aussi d'une finalité de garante des droits et libertés des individus. Ainsi, au Mexique les théoriciennes du droit T. Geraldine Da Cunha et L. Villalon, définissent la Constitution comme un « ensemble de normes habituellement dotées de suprématie formelle sur le reste de l'ordre juridique, recueillies en général sur un document juridique écrit, qui déterminent les règles basiques sur l'organisation et le fonctionnement de l'Etat et garantissent les droits et les

⁸⁷⁹ G. CORNU, entrée « Constitution », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000, p. 952.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ M. DE VILLIERS (dir.), *Droit public général*, Paris, Lexis Nexis, 2011, p. 376.

libertés des citoyens⁸⁸² ». Cette définition, qui convient aux sens formel et matériel prônés par G. Cornu, semble insister sur le critère téléologique de celle-ci au niveau de la finalité du texte à l'égard de la société.

481. En effet la finalité du texte à l'égard des droits et libertés accordés à la société (citoyens et individus sur son territoire) est tout à fait compatible avec la dimension matérielle de la Constitution qui organise le pouvoir de l'Etat. Ainsi, lorsque la Constitution sépare les pouvoirs de l'Etat il n'est pas opéré une simple séparation entre les trois grands pouvoirs de l'Etat, mais avant cela on sépare les pouvoirs de l'Etat de la sphère d'action des individus. Autrement dit, la Constitution aurait aussi pour finalité de séparer l'autorité de l'Etat des libertés publiques, dégageant alors une « sphère d'action échappant à la contrainte sociale⁸⁸³ » profitable à l'individu.

482. Mais la finalité de la Constitution peut ne pas s'attarder uniquement aux libertés publiques. Comme il peut être observé dans la définition de T. Geraldès et L. Villalon il ne s'agit pas uniquement de garantie des libertés mais aussi de droits, qui de façon plus générale ont vocation d'atteindre aussi bien les droits civils et politiques que les droits sociaux. Ainsi comme il est énoncé par D. Roman, dans un postulat qui peut s'appliquer aux droits sociaux, « tout énoncé de droits, qu'elle qu'en soit la nature, fait peser à la charge de l'Etat une triple obligation : respecter, c'est-à-dire ne pas s'immiscer dans l'exercice du droit ; protéger, c'est-à-dire ne pas tolérer que des atteintes soient commises par d'autres particuliers ; réaliser, c'est-à-dire fournir les moyens d'un exercice effectif⁸⁸⁴ ». En ce sens, et *a fortiori*, la Constitution peut avoir une fonction sociale et économique car elle « détermine le cadre des relations sociales en partie en reconnaissant la réalité et en partie en essayant de la modifier [en promouvant le] progrès et le changement social⁸⁸⁵ » reflétant la volonté de consolider un projet économique fondé sur une orientation idéologique. La fonction sociale et économique de la Constitution, induit que la norme organique suprême

⁸⁸² T. GERALDES DA CUNHA et L. VILLALON, « La Constitución », *Teoría del Estado*, México, UMSNH, 2010, p. 157 (traduction libre de l'espagnol).

⁸⁸³ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, vol. 1, Paris, PUF, 2003, p. 5 ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 11.

⁸⁸⁴ D. ROMAN, « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », P. DU CHEYRON et D. GELOT (dir.), *Droit et pauvreté, Séminaire ONPES-DREES-MIRE*, Paris, ONPES- DREES-MIRE, 2007, p. 45.

⁸⁸⁵ T. GERALDES DA CUNHA et L. VILLALON, « La Constitución », *op.cit.*, p. 168 (traduction libre de l'espagnol).

régule l'action de l'Etat entre interventionnisme et non interventionnisme. Elément indispensable pour déduire la portée du rôle de l'Etat en relation aux droits et libertés : ainsi dans certains cas, le rôle de l'Etat peut se focaliser plus sur une garantie des libertés en délaissant les droits sociaux ; mais dans d'autres cas, le rôle de l'Etat peut garantir une protection des droits sociaux en dépit des libertés ; ou encore, dans d'autres cas, un mélange savant et équitable entre protection des libertés et des droits sociaux.

III. Le système organique inca et les principes sociaux originels andins, à l'épreuve d'une définition positiviste de la Constitution

483. De par les réflexions précédentes il pourrait être affirmé que depuis son strict sens matériel, un texte coutumier⁸⁸⁶ (voire non écrit) aurait vocation à avoir valeur de Constitution si son contenu se rapporte à l'organisation du pouvoir étatique et/ou aux droits et libertés accordés aux individus.

484. Dans le cas des Etats andins, en principe et à partir des définitions communément admises par la doctrine positiviste il serait possible d'admettre que si l'empire inca disposait de normes fondamentales d'organisation du pouvoir ou conférant des droits aux individus, il s'agirait alors au mieux de normes à valeur constitutionnelle, au pire de principes de type constitutionnel. Pourtant, rien n'est moins sûr et aucune étude juridique ne permet d'affirmer cela. Malgré le fait qu'il existait une organisation pré-colombine très avancée⁸⁸⁷ régie par des règles et des principes (plus que moraux). Tel est le cas de l'organisation fiscale inca qui établit les charges dues en travail (*mita*) et les foyers fiscaux imposables (*ayllus*). C'est encore le cas de la fonction publique inca qui disposait par exemple la succession du pouvoir impérial ou l'existence de chefs de communautés et précepteurs des impôts (*kurakas*). Mais c'est encore le cas de la devise de l'empire : *ama sua, ama quella, ama llulla* signifiant « ne pas voler, ne pas paresser, ne pas mentir »⁸⁸⁸. Plus important au

⁸⁸⁶ Même si on voulait admettre l'absence de tout formalisme au profit d'un sens matériel strict, le fait d'évoquer la coutume comme source du droit constitutionnel apporte déjà critère formel. En effet, pour que la coutume existe elle doit être soumise à la preuve de critères formels tels que l'existence de pratiques partagées par un groupe social qui les considère légitimes. V. en ce sens O. NAY, entrée : « coutume », *Lexique de Science Politique*, Paris, Dalloz, 2011, p. 112.

⁸⁸⁷ V. A. BELAUNDE, *Obras completas. El Perú antiguo y los modelos sociológicos*, Lima, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1987, p. 63.

⁸⁸⁸ H. HORNA, *La Indianidad: The Indigenous World before Latin Americans*, Princeton, Markus Wiener Publishers, 2001, p. 61.

niveau des droits sociaux, c'est le principe *sumak kawsay*, prônant l'existence d'un système où l'Homme andin utilise ce dont-il a besoin⁸⁸⁹ (fruit d'un imaginaire qu'on assimilerait à l'éco-socialisme en Occident).

485. Pourtant, s'il n'est pas possible d'affirmer de façon concluante que ces règles, devises et principes non écrits avaient un caractère constitutionnel, il ne paraît pas illogique de croire à leur caractère normatif fondamental pour l'organisation du pouvoir impérial et aux droits des individus. Autrement dit, il ne serait pas impossible d'induire à l'idée qu'il existait un droit constitutionnel au sens matériel et si on tient compte des critères téléologiques. Avancer cela briserait l'idée selon laquelle les indépendances coloniales auraient eu une vocation fondatrice du point de vue juridique (ce qui équivaldrait à dire que les Etats latino-américains sont nés au XIXe siècle), alors que, lorsqu'ils adoptèrent le constitutionnalisme à leur indépendance, l'histoire juridique de ces Etats avait déjà plusieurs centaines d'années⁸⁹⁰. Ainsi, si on suit le raisonnement élaboré par A. Giddens⁸⁹¹, contrairement aux sociétés tribales d'organisation locale prédominante, il existait chez les empires précolombiens d'Amérique un Etat organisé par la politique et l'économie. En conséquence, les indépendances ne furent que le point final d'une période caractérisée par l'occupation étrangère sur des territoires qui fonctionnaient déjà comme des Etats. Les indépendantistes ont alors repris le pouvoir sur ces territoires, sans que les nouvelles normes fondamentales qu'ils ont instituées viennent se calquer sur les modèles indigènes précolombiens, mais plutôt sur le modèle constitutionnaliste européen⁸⁹². Tout cela malgré le fait qu'il existait un

⁸⁸⁹ A. ACOSTA, *Le Buen Vivir. Pour imaginer d'autres mondes*, Paris, Les Editions Utopia, 2014, pp. 85 et s.

⁸⁹⁰ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela libre de derecho, 1992, p. 3.

⁸⁹¹ A. GIDDENS, *La constitution des sociétés. Eléments de la théorie de la structuration*, Paris, PUF, 2005, pp. 240 et s.

⁸⁹² Parmi les héros de l'indépendance en Amérique du Sud les plus familiarisés avec l'art de gouverner, Francisco Miranda et Simon Bolivar, qui souhaitaient donner des Constitutions aux nouveaux Etats indépendants reprirent, malgré eux, un nombre important des principes organiques européens, les comprenant surement mieux que les principes organiques originels aux sociétés sudaméricaines. Selon A. Rouquié, Bolivar était hostile à l'imitation législative, et Miranda souhaitait que le système républicain sudaméricain ne doive rien à l'Europe. Pourtant, toujours selon A. Rouquié, les premiers projets de Constitution rédigés par Miranda pour le Venezuela (1798 et 1808) ont beaucoup repris à la Constitution française de l'An III. Bolivar faisant de même pour sa participation à la rédaction de plusieurs Constitutions andines, en s'inspirant du modèle anglais et de la Constitution française de l'An VII. : A. ROUQUIÉ, « Bolivar législateur : construction nationale et souveraineté populaire », J. ORTIZ (coord.), *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui: l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, pp. 44-47.

droit public originel pratiqué dans les Amériques, et notamment au Pérou, réussissant à subsister à la colonisation et se différenciant du droit public espagnol⁸⁹³.

486. Il est vrai, comme l'affirme l'analyse faite par D. Rousseau, que la Constitution c'est un principe de réflexion des sociétés humaines contre « l'embrouillamini jusnaturaliste⁸⁹⁴ », loin des religions et de la métaphysique, selon D. Rousseau, les Constitutions seraient le résultat politique de la responsabilisation des Hommes, provoquant « une représentation de l'ordre social désirable⁸⁹⁵ » inhérente à chaque réalité. *In fine*, l'ordre social désirable correspond à l'histoire de chaque Etat et sa Constitution répond à des besoins exprimés par les leçons apprises lors des faits marquants de cette histoire (guerres, périodes autoritaires, crises). Sans doute chaque Etat intègre à sa façon une partie de sa philosophie, de ses idéaux et de sa façon de voir le Monde à l'intérieur du texte qui couronnera sa hiérarchie des normes. Et en retour, comme le dit D. Rousseau, chacun assimile à sa manière ces principes soit comme règles juridiques, soit comme principes philosophiques, soit comme idéaux politiques, ou un mélange des trois⁸⁹⁶.

487. Ainsi, les principes constitutionnels d'égalité, liberté, solidarité et laïcité sont inhérents à la France et à son histoire républicaine. Il paraît qu'au Pérou l'égalité, la liberté et l'union dans la diversité, soient des principes moteurs de son droit constitutionnel contemporain, or il se pose la question de savoir qu'est-il advenu de la réciprocité (*ayni*) ou du « buen vivir » (*sumak kawsay*) qui sont pourtant intégrés depuis plusieurs centaines d'années et encore pratiqués dans les Andes. Cela signifierait, en suivant l'idée énoncée par V. A. Belaúnde, que les cadres normatifs péruviens n'englobent pas toute la réalité juridique de ce pays⁸⁹⁷. Ce qui est d'avantage problématique pour l'étude des droits sociaux, étant donné que cette réalité juridique ignorée par le droit constitutionnel péruvien, aurait vocation à alimenter un système social et solidaire complexe. Cependant, loin du Pérou mais toujours dans les Etats andins, c'est en Equateur ou en Bolivie, motivés par des mouvements indigénistes, que la

⁸⁹³ V. A. BELAUNDE, *Obras completas. El Perú antiguo y los modelos sociológicos*, Lima, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1987, p. 58.

⁸⁹⁴ D. ROUSSEAU, « Question de Constitution », *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 3.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁹⁶ D. ROUSSEAU, « III- La constitution, principe de réflexion des hommes sans qualité », *op. cit.*, pp. 370-371.

⁸⁹⁷ V. A. BELAUNDE, *Obras completas. El Perú antiguo y los modelos sociológicos*, Lima, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1987, p. 61.

reconnaissance de ces droits originels à manifesté un progrès significatif⁸⁹⁸ dans leur nouveau constitutionnalisme.

Section 2 : Le modèle constitutionnel libéral. De son essor en Europe à son adoption en Amérique andine

488. Après une période où le constitutionnalisme avait un simple objectif organique (I), on assiste à une époque où le but est le citoyen dans une société démocratique (II), pour enfin entrevoir le début d'un constitutionnalisme social qui peinera à se légitimer (III).

I. La naissance de l'Etat constitutionnel en Europe et aux Amériques

489. Le constitutionnalisme, qui ne doit pas être confondu avec la Constitution ni avec droit constitutionnel⁸⁹⁹, est une « doctrine juridique qui défend la primauté des Constitutions sur les normes juridiques nationales⁹⁰⁰ ». Comme l'évoque J.-M. Denquin, il « vise à mettre en œuvre un idéal par les moyens propres du droit constitutionnel⁹⁰¹ », cet idéal consisterait, selon P. Brunet, de poser une « limite à la fois formelle et matérielle à l'action des gouvernants⁹⁰² ». Cette situation qui met en exergue l'Etat constitutionnel, constitue une forme juridique récente avec un peu plus de deux siècles d'ancienneté mais une histoire quelque peu accidentée⁹⁰³. Ainsi par exemple, en France depuis 1791 on ne compte pas moins de dix Constitutions et douze régimes politiques⁹⁰⁴, situation similaire à celle du Pérou qui depuis 1823 compte douze Constitutions⁹⁰⁵. Cet exemple n'est pas anodin car il

⁸⁹⁸ A. NOGUERA-FERNANDEZ et M. CRIADO DE DIEGO, « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n° 1/2011, pp. 15-49.

⁸⁹⁹ La Constitution désigne un document ; le droit constitutionnel fait allusion à la matière juridique en rapport au(x) document(s) constitutionnel(s) ; le constitutionnalisme ou Etat constitutionnel évoque une réalisation historique. Selon B. Bravo Lira, afin d'étudier ce dernier il est nécessaire « d'examiner le degré de validité de chaque texte constitutionnel, c'est-à-dire comparer le pays réel avec le pays normatif » : B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, Mexico, Escuela libre de derecho, 1992, p. 15.

⁹⁰⁰ O. NAY, entrée « Constitutionnalisme », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 97.

⁹⁰¹ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2009, p. 6.

⁹⁰² P. BRUNET, entrée « Constitution », *Encyclopædia Universalis* (<http://www.universalis-edu.com.faraway.u-paris10.fr/encyclopedie/constitution/> - Consulté le 18 décembre 2014).

⁹⁰³ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela libre de derecho, 1992, p. 5.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ D. GARCIA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, 2^e éd., Lima, Editor, 2005, p. 7.

illustre bien que le constitutionnalisme n'est pas un phénomène exclusif à l'Europe mais qu'il englobe aussi bien l'Europe que les Amériques⁹⁰⁶.

490. L'idée du constitutionnalisme a ses origines en Europe entre les XVIIe et XVIIIe siècles sous la plume d'une doctrine juridique soucieuse de limiter le pouvoir royal⁹⁰⁷. Il ne se rendra fonctionnel qu'à partir de la fin du XVIIIe et surtout du début du XIXe siècle, de façon presque simultanément en Europe et aux Amériques⁹⁰⁸. Aussi bien aux Etats-Unis qu'en Amérique latine où les *Libertadores*, comme Simon Bolivar, voulant consolider l'indépendance des Etats indépendants, eurent comme stratégie de créer des solides institutions républicaines par le biais du constitutionnalisme⁹⁰⁹. L'étape fonctionnelle du constitutionnalisme se manifeste d'une part, par le biais de la création de textes auxquels les constituants accordent une place suprême dans l'ordre juridique interne. Dès 1791 pour le cas français, et dès 1811 pour Amérique andine (Venezuela), suivie dans les quinze prochaines années par tous autres Etats andins nouvellement indépendants. Mais cette étape se manifeste aussi, d'autre part, par le travail des juges et notamment par le raisonnement du juge Marshall en 1803 aux Etats Unis, dans l'affaire *Marbury c. Madison*⁹¹⁰, qui tranchera la question du litige entre norme constitutionnelle et norme légale⁹¹¹, influençant considérablement la consolidation du constitutionnalisme. Mais aussi, comme l'évoque P. Brunet, la « Constitution ne sert ainsi plus à clôturer le système juridique sur lui-même (comme le posait H. Kelsen) mais elle établit un lien entre le droit et la morale : elle ouvre ce même système juridique à des préoccupations de type moral parce que les principes constitutionnels sont des principes moraux reconnus par le droit⁹¹² ». C'est grâce à cette ouverture que, plus tard, de nouveaux droits (dont les droits sociaux) pourront être proclamés et légitimés de façon suprême dans les ordres juridiques des Etats constitutionnels.

⁹⁰⁶ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, op. cit., p. 5.

⁹⁰⁷ O. NAY, entrée « Constitutionnalisme », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 97.

⁹⁰⁸ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, op. cit., p. 10.

⁹⁰⁹ A. ROUQUIÉ, « Bolivar législateur : construction nationale et souveraineté populaire », op. cit., p. 43.

⁹¹⁰ Affaire *Marbury Vs. Madison* (5 U.S. 137 [1803]).

⁹¹¹ V. en ce sens : R.-L. CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas City, University Press of Kansas, 1989, 344 p.

⁹¹² P. BRUNET, entrée « Constitution », *Encyclopædia Universalis* (<http://www.universalis-edu.com.faraway.u-paris10.fr/encyclopedie/constitution/> - Consulté le 18 décembre 2014).

491. Enfin, dans l'histoire constitutionnelle euro-latino-américaine une importante particularité doit être signalée, en effet la première Constitution espagnole (la Constitution de Cádiz de 1812) inspirée des mouvements constitutionnels européens⁹¹³, s'appliqua aussi bien en Espagne que dans certains territoires latino-américains qui étaient encore colonisés. Telle fut la situation du Mexique et du Pérou où la Constitution de Cádiz s'appliqua car l'Espagne considérait les domaines d'Amérique comme faisant partie intégrante de leur territoire⁹¹⁴. Plus qu'une curiosité, cela révèle ce qui sera par la suite (après les indépendances latino-américaines) une constante au niveau des influences constitutionnelles : l'Espagne jouera un rôle d'intermédiaire entre, d'une part, les développements de fond qui résulteront en Europe (en France et surtout en Allemagne) et, d'autre part, les Etats d'Amérique andine. Car, comme il aura sûrement été remarqué, le contenu du constitutionnalisme s'est développé initialement et durant beaucoup de temps en Europe, l'Amérique latine étant uniquement influencée par un modèle d'Etat constitutionnel qui semblait garantir stabilité et liberté politique. Pour observer un changement de dynamique il faudra attendre la toute fin du XXe siècle et le XXIe siècle afin qu'on voit apparaître, de façon encore embryonnaire, un constitutionnalisme propre à Amérique latine (et notamment à l'Amérique andine) avec un contenu social et démocratique, dénommé *nuevo constitutionalismo latinoamericano*.

II. Un constitutionnalisme traditionnel évoluant entre libéralisme et démocratie

492. Après une longue période où les régimes européens se heurtaient au féodalisme puis à l'absolutisme, comme fut le cas de l'Etat national westphalien d'origine monarchique. Les Constitutions sont apparues, soit comme un pacte politico-juridique démocratique conférant le pouvoir au peuple ; soit comme élément de limitation du pouvoir à travers la proclamation de droits fondamentaux⁹¹⁵.

⁹¹³ D. SEVILLA ANDRES, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, vol. 2, Madrid, UnMadrid, 1969, pp. 115 et s.

⁹¹⁴ La *Real Orden* du 22 janvier 1809 considérait que les domaines d'Amérique n'étaient pas des colonies mais qu'ils faisaient « [...] partie essentielle et intégrante de la Monarchie espagnole », J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, p. 35 ; V. aussi : D. GARCIA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, 2^e éd., Lima, Editor, 2005, p. 13

⁹¹⁵ G. RAMIREZ CLEVES, « Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización », G. RAMIREZ CLEVES (éd.), *El Derecho en el contexto de la globalización*, 2^e éd., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 201.

493. Au cours de l'histoire, comme l'indique J.-M. Denquin, le constitutionnalisme a longtemps eut pour objectif « la mise en œuvre et la préservation de la liberté politique [méritant] donc parfaitement l'appellation de constitutionnalisme libéral – au sens politique du terme évidemment⁹¹⁶ ». Ce constitutionnalisme, très répandu au XIXe siècle, avait, selon R. Gargarella, une fonction négative car il était uniquement destiné à élaborer des barrières de protection pour les individus face aux risques et attaques en provenance d'autres individus et surtout de l'Etat⁹¹⁷.

494. Or, cette doctrine politique correspondait plus à un contexte européen où la bourgeoisie avait pris le pouvoir à l'absolutisme et non à la philosophie, mentalité et dynamique latino-américaine⁹¹⁸. Pourtant le constitutionnalisme libéral influença l'Amérique latine conforté par le groupe minoritaire de *criollos* (espagnols nés sur le continent américain) qui prit le pouvoir lors des indépendances américaines. A. López Michelsen signale en ce sens, de façon très lucide, que le libéralisme qui « fut arme de guerre des commerçant contre les princes ; du capitalisme contre l'Eglise catholique » servit en Amérique andine « pour consacrer la doctrine de l'Etat à l'individualisme contre la tradition unitaire de la colonie », ce qui pour des Etats où les différences de classe sont aiguës provoqua une transposition du pouvoir économique dans le pouvoir politique nouvellement institué⁹¹⁹. C'est en ce sens qu'à côté du constitutionnalisme libéral on relèvera l'existence d'un constitutionnalisme conservateur, inspiré par les idées d'ordre et religion⁹²⁰, transposées dans la triade *dieu-patrie-légalité*⁹²¹. Marquant, selon B. Bravo Lira, « une réaction contre l'imitation du constitutionnalisme [libéral] étranger, principalement français et états-unien, qui n'avaient cueilli que des échecs⁹²² ». Selon, T.-E. Tascón, en dépit « des principes exagérés de la Révolution française », c'est soit vers le modèle anglais que certains Etats andins se

⁹¹⁶ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *op. cit.*, p. 6.

⁹¹⁷ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », présenté à « Coloquio Derecho Moral y Política », Universidad de Palermo, 2014, p. 17.

⁹¹⁸ L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, 5^e éd., Bogotá, Editorial Temis, 1977, p. 30.

⁹¹⁹ V. en ce sens : F. MAYORGA GARCIA, *Alfonso López Michelsen el retrato del intelectual*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, pp. 24 et s.

⁹²⁰ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », présenté à Coloquio Derecho Moral y Política, Palermo, 2014, p. 14

⁹²¹ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, *op. cit.* p. 23.

⁹²² *Ibid.*

tournerent⁹²³ ; soit, comme l'affirme B. Bravo Lira, vers le modèle espagnol d'Etat constitutionnel catholique national⁹²⁴.

495. C'est ainsi que les constitutionnalismes libéraux et conservateurs se disputeront la prédominance en Amérique andine (en Colombie par exemple la Constitution de 1843 est conservatrice, celle de 1853 est libérale⁹²⁵) jusqu'aux mouvements révolutionnaires socialistes européens, marquées notamment par l'année 1848, où par crainte de voir surgir le spectre socialiste, dans certains Etats les conservateurs et libéraux acteront des compromis dans les textes constitutionnels⁹²⁶ qui à moyen terme termineront par donner l'avantage aux libéraux.

496. Malgré les critiques et l'évolution constitutionnelle parfois chaotique, force est de constater qu'en Europe et en Amérique andine le constitutionnalisme libéral opérera un travail de consolidation de la citoyenneté et des droits individuels, élevés au rang de droits fondamentaux. Constituant selon R. Dworkin « des triomphes politiques entre les mains des individus⁹²⁷ ». Ceci signifie, selon une déduction de M. Carbonell, que, premièrement, les détenteurs de l'autorité publique ne peuvent limiter les droits fondamentaux en leur opposant un but de *bien commun, sécurité nationale, intérêt public, moral citoyenne*, etc.⁹²⁸ ; et que, deuxièmement, les propres individus ne peuvent pas, malgré l'unanimité, légitimer la violation d'un droit fondamental⁹²⁹.

497. A cela s'ajoute le fait que le constitutionnalisme libéral apportera une conscience de citoyenneté influant à la formation (réussie ou pas) d'une nation. Ainsi en France, après que

⁹²³ T.-E. TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano*, 2^e éd., Bogotá, Librería colombiana- Editorial Minerva, 1939, p. 13.

⁹²⁴ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, *op. cit.* p. 23.

⁹²⁵ V. en ce sens les annotations sur l'influence constitutionnelle des deux courants, transformés en partis politiques, en Colombie : L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, *op. cit.*, p. 30.

⁹²⁶ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano : Promesas e interrogantes », *op. cit.*, p. 14 ; Des exceptions doivent tout de même être signalées, notamment dans le cas du Venezuela où les Constitutions du XIX^e siècle ne reflétaient pas une idéologie mais plutôt le caprice de leurs dirigeants ; aussi le cas de la Colombie où la révolution socialiste de 1848 en France conforta les libéraux face aux conservateurs. Sur ces derniers points, consulter : J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, Lima, Ediciones libreria studium, 1973, pp. 32-33.

⁹²⁷ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

⁹²⁸ M. CARBONELL, « Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina », *Pensamiento Constitucional*, vol. 14, n° 14, 2010, p. 16.

⁹²⁹ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4^e éd., Madrid, Trotta, 2004, p. 85.

le fondement de la légitimité politique changeât du couple monarchie-Eglise au profit de la citoyenneté⁹³⁰, le sentiment d'appartenance commune dans la société s'est alimenté du patriotisme antimonarchique et anticlérical. De cela résultera dès 1789, la déclaration de la souveraineté de la Nation⁹³¹, et la proclamation officielle de celle-ci en 1790, lors de l'adresse au peuple du 11 février, acte qui sera renouvelé quelques mois plus tard lors de « la fête de la Fédération »⁹³². Dans le cas de l'Amérique andine, et notamment du Pérou, malgré les hésitations initiales entre constitutionnalisme conservateur et libéral, ce dernier réussira à s'imposer. C'est ainsi que la première Constitution du Pérou (1823) s'inspira des principes classiques de la démocratie individuelle et du libéralisme⁹³³ (sauf pour le cas de la liberté religieuse⁹³⁴) ; et que neuf des onze Constitutions qui se sont succédés jusqu'à nos jours furent soit des Constitutions libérales, soit des Constitutions modérées⁹³⁵. Selon J. Pareja Paz-Soldán, le libéralisme présent dans les Constitutions influença de façon puissante à la formation de la nation, car en accentuant l'idée de patrie, contre le despotisme, autour des idées d'égalité et de fraternité, se formèrent les éléments antagoniques d'intégration du pays⁹³⁶. Ce qui veut dire qu'au Pérou les droits libertés garantis par l'Etat constitutionnel ont constitué un esprit citoyen fédérateur de la société⁹³⁷.

III. La crise du constitutionnalisme libéral et l'avènement du constitutionnalisme social

498. Depuis la fin du XVIIIe siècle, l'individu était considéré avant tout comme un citoyen par le premier constitutionnalisme libéral (ou libéral-conservateur pour le cas de l'Amérique andine) ce qui lui garantissait des droits d'abord civils, puis politiques, en vertu de sa capacité à comprendre et participer des affaires de la Cité. Or cette première grande vague

⁹³⁰ D. SCHNAPPER, « La France peut-elle ne pas être une nation? », *Controverses*, n° 3, 2006, p. 82.

⁹³¹ V. l'art. 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

⁹³² H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 45

⁹³³ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, *op cit.*, p. 49.

⁹³⁴ La Constitution de 1823 n'admettait que l'existence de la religion catholique : M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, Lima, Editora Atlántida, 1981, p. 25.

⁹³⁵ Exception faite des Constitutions de 1839 et de 1920 qui furent ouvertement conservatrices. V. en ce sens M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, Lima, Editora Atlántida, 1981, pp. 18-19.

⁹³⁶ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, *op. cit.*, p. 49.

⁹³⁷ Cette position décrite chez J. Pareja Paz-Soldán doit cependant être nuancée car, comme le dit bien F. Eguiguren, au Pérou il y a eu plusieurs Constitutions mais peu de constitutionnalité, faute de niveaux d'application correcte et d'une effectivité réelle : F. EGUIGUREN, *Diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990). Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, Comisión Andina de Juristas- Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 27.

de constitutionnalisme fut remise en question à partir du milieu du XIXe siècle, à cause des situations de misère qui non seulement n'avaient pas été résolues par le système libéral, mais encore, qui avaient été aggravées par celui-ci.

499. Les principes classiques fondés sur l'individualisme initièrent alors une étape de crise structurelle, ce qui eut pour conséquence de repenser le rapport de l'Homme au droit⁹³⁸. Comme l'explique N. Bobbio, le passage de l'Homme abstrait à l'Homme concret, c'est-à-dire de l'individu considéré simplement comme citoyen, à individu considéré dans ses différents rôles ou statuts dans la société (auxquels s'assimilent des critères biologiques)⁹³⁹, ouvra un processus de spécification des droits avantageant une reconnaissance des droits des individus méritant une protection spéciale⁹⁴⁰. Cette reconnaissance de l'individu concret mène la doctrine scientifique, puis le législateur, à se poser une double question : tout d'abord, si la norme devait considérer une protection matérielle à ces personnes ; ensuite, quel devait être le degré de force de ces normes protectrices. Lorsque cette réflexion, se conjugua avec un phénomène revendicatif ouvrier en Europe et (en moindre mesure) avec un phénomène de révoltes paysannes-indigénistes dans certains Etats d'Amérique latine, la marche vers la constitutionnalisation des premiers droits sociaux sera entamée. En conséquence, il faut donc tenir en compte que le passage de l'Homme abstrait à l'Homme concret se fera d'abord en tenant compte du rôle social du travailleur. C'est pourquoi le processus de constitutionnalisation du social s'avérera dans un premier temps avantageux pour les travailleurs-ouvriers en Europe (par le biais de la régulation du travail par exemple), et les travailleurs-paysans en Amérique latine (à travers la régulation de la possession de terres par exemple).

500. Mais avant la constitutionnalisation du social, il faut considérer qu'entre la fin du XIXe et le début du XXe siècle, ce sont d'abord les doctrines sociales⁹⁴¹, puis la norme légale, qui construiront les socles de l'Etat social. Puisqu'en effet « dans cette quête de justice [sociale] le droit a tardé à emboîter le pas. [Durant] tout le XIXe siècle [...] demeur[ant] au contraire

⁹³⁸ M. TISSEMBAUM, *La reforma constitucional en Francia y los principios sociales*, Santa Fé, Universidad Nacional del Litoral, 1947, p. 8.

⁹³⁹ Enfants, personnes âgées, personnes en situation de handicap, travailleurs précaires, etc.

⁹⁴⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 62-70

⁹⁴¹ V. en ce sens : J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, op. cit., pp. 472-475.

étroitement associé aux pouvoirs établis et aux classes dominantes⁹⁴² ». Premièrement, la doctrine alimentera le travail théorique du social par le biais de propositions audacieuses et constantes menées d'une part, par les différents versants scientifiques du socialisme, notamment en France et en Allemagne⁹⁴³ ; et d'autre part, selon C.-M. Herrera, par les courants du libéralisme social renforcés en France et en Allemagne par un fort composant chrétien⁹⁴⁴, faisant primer la morale sur les valeurs matériels et économiques⁹⁴⁵. Ce courant se présenta d'ailleurs « soit sous la forme du *Social Gospel* des Eglises protestantes, soit sous celle de la doctrine "sociale" de l'Eglise catholique, notamment dans les encycliques sociales : *Rerum Novarum* et *Quadra-gesimo Anno*⁹⁴⁶ », ayant une influence importante aussi bien en Europe qu'en Amérique andine.

501. Deuxièmement, en dépit des courtes expériences constitutionnelles sociales de la moitié du XIXe siècle en Europe, ce sont les lois sociales qui contribuèrent au début de la construction de l'Etat social, par le biais de l'institutionnalisation légale des droits des travailleurs. Fondé sur le constat d'échec du libéralisme économique et sur la critique politique et scientifique du paupérisme et de la précarité des ouvriers industriels⁹⁴⁷, l'Allemagne bismarckienne, à partir de 1883 développera le droit du travail. De son côté, la France attendra le milieu de la IIIe République, notamment à partir de l'essor de la doctrine solidariste. De même pour l'Amérique andine qui développera le droit du travail, vraisemblablement sous l'inspiration européenne, pour la première fois dans la région en 1911 par le biais du législateur péruvien J.-M. Manzanillo⁹⁴⁸. Cependant il faut observer que, contrairement à l'Europe, dans le cas de l'Amérique andine, les lois sociales existèrent d'avantage pour une question d'influence doctrinale chez les législateurs, et moins à cause de mouvements de révolte chez les ouvriers andins qui étaient peu nombreux du fait de la faible industrialisation de la région.

⁹⁴² G. ROCHER, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », *Les cahiers du droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 874.

⁹⁴³ Sans que cette liste soit exhaustive, on reconnaîtra les apports de la plume de J. Proudhon, L. Blanc, J. Jaurès, L. v. Stein, mais surtout K. Marx et F. Engels pour le programme le plus largement connu et diffusé.

⁹⁴⁴ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 31.

⁹⁴⁵ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, *op. cit.*, p. 474.

⁹⁴⁶ G. ROCHER, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », *op. cit.*, p. 874.

⁹⁴⁷ Voir en ce sens la description de la misère ouvrière faite par K. Marx dans son œuvre : K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Livre 1^{er}, 4^e éd., Paris, PUF, 1993, 892 p.

⁹⁴⁸ V. notamment J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Proyectos formulados*, Lima, Imprenta de El Comercio, 1905, 80 p.

502. Il faudra attendre le début du XX^e siècle pour voir les projets de constitutionnalisme social, ou radical⁹⁴⁹, s'imposer. Pourtant, le mouvement qui porta ces projets ne fut pas uniforme dans les revendications qui forgèrent sa construction. D'une part on prôna le progressif avènement des droits sociaux destiné aux personnes vulnérables méritant une protection spéciale (enfants, personnes âgées, personnes en situation de handicap, travailleurs précaires, etc.) ; d'autre part, on pensa que le constitutionnalisme social devait s'atteler à créer des organes de production du droit social. Conception, cette dernière, qui avantagait presque exclusivement les travailleurs précaires en dépit des individus pauvres. Ce qui permet à C.-M. Herrera d'affirmer que « la revendication constitutionnelle des socialistes enfermait une tension, voire une contradiction, entre le projet d'établir des Constitutions programmatiques et la revendication de caractère flexible et relative de la Constitution comme forme juridique⁹⁵⁰ ».

503. Assez ignoré par la doctrine européenne, le premier Etat à avoir constitutionnalisé les droits sociaux fut le Mexique avec la Constitution de Querétaro en 1917, puis vint, en 1919, celle de Weimar en Allemagne. Cela dans un contexte de révolution paysanne-indigène pour le cas du Mexique, et de mouvements prolétaires fort bien organisés depuis un demi-siècle pour le cas de l'Allemagne. Contexte qui est renforcé sur le plan international par une préoccupation pour les questions liées aux droits des salariés, donnant naissance à l'Organisation Internationale du Travail (OIT) en 1919.

⁹⁴⁹ En reprenant l'expression « constitucionalismo radical » de R. Gargarella et C. Courtis : R. GARGARELLA et C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009, p. 25.

⁹⁵⁰ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 114.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

504. La traduction en termes juridiques du contrat social semble se refléter dans l'existence d'une Constitution. Or dans sa fonction de protection de l'individu, le droit constitutionnel ne pouvait se limiter aux garanties de ce que M. Tissebaum appelle « l'Homme abstrait », c'est-à-dire un Homme imaginé par un idéal, sans considérer les différents rôles qu'il emploie dans la société (comme par exemple le rôle de travailleur). En ce sens, pour acquérir une légitimité, les Constitutions doivent penser aussi aux droits de ces « Hommes concrets », ce qui donne lieu à la constitutionnalisation de certaines garanties sociales. Cela revient à penser qu'après l'élan de renouveau politique issu du constitutionnalisme libéral, fruit des révolutions européennes et inspirant les indépendances sud-américaines, advient une crise qui impulse l'essor d'un constitutionnalisme social ou du moins un constitutionnalisme insérant une dose de social.

CHAPITRE 2

L'évolution vers un nouveau constitutionnalisme à l'extérieur du Pérou et de la France

505. Il est indéniable que les constituants des différents États trouvent la source de leurs arguments et leurs idées dans la doctrine. Or il ne s'agit pas de l'unique source du constituant car il existe aussi des précédents constitutionnels étrangers qui sont le fondement de beaucoup d'évolutions par-delà les États où ils ont été mis en place pour la première fois. Dans ce chapitre il est donc question de trouver les fondements d'un nouveau type de constitutionnalisme, avec une composante d'avantage sociale, bien avant que ces évolutions soient prises en compte par le droit constitutionnel français ou péruvien. En ce sens on observera qu'il existe un courant constitutionnel fondateur du social vers le début du XXème siècle (section 1), puis qu'il existe une évolution plus contemporaine et assez dynamique dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain notamment vers la fin du XXème siècle (section 2).

Section 1. Le constitutionnalisme social du début du XXème siècle

506. Comme conséquence d'une crise du constitutionnalisme libéral (I), s'affirment des revendications de justice sociale qui donnent lieu à la formation d'un constitutionnalisme social qui se formera à travers un long processus (II).

I. Les conséquences de la crise du constitutionnalisme libéral

507. À la fin du XIXème et au début du XXème siècle, s'est déjà écoulé approximativement un siècle depuis les révolutions libérales en Europe et le triomphe des révolutions émancipatrices en Amérique latine. Or, au début du XXème siècle les garanties constitutionnelles en matière de libertés, droits civils et politiques, ne paraissaient plus suffire pour calmer les nécessités, notamment matérielles, des individus vulnérables peuplant ces deux régions du Monde. En effet, les Constitutions qui jusqu'alors

garantissaient à l'individu la déconcentration et le contrôle du pouvoir (en vertu du principe juridico-politique fondamental émanant de l'article 16 de la DDHC qui prévoit que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »⁹⁵¹) avaient réussi à bien maîtriser le pouvoir public mais non pas le pouvoir privé, et notamment le pouvoir économique détenu par les privés.

508. Sur la question du pouvoir économique, les Constitutions du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle, paraissaient moins vouées à défendre les individus qu'à consacrer des garanties au système économique libéral, par le biais d'une forte protection des contrats, de la propriété, et des libertés de commerce et de circulation des produits. Ce qui prête à croire, comme l'évoque R. Gargarella, que la structure constitutionnelle fut promue par le libéralisme pour montrer que l'Etat menace les libertés et qu'il est nécessaire de l'empêcher d'agir⁹⁵². Dans les sociétés libérales, surgit un consensus contre le rôle économique de l'Etat en matière de régulation et de protection ; alors que l'État est le seul à avoir la capacité de protéger les individus vulnérables contre les inégalités sociales⁹⁵³ provoquées par un système économique en perte de vitesse ou en décadence.

509. La nécessité d'un Etat qui dépasse le stade de l'« Etat de droit bourgeois⁹⁵⁴ », ayant un simple rôle de garant de la stabilité politique et des institutions publiques, paraissait donc s'affirmer portée par les revendications de justice sociale des ouvriers et des paysans, mais aussi par la préoccupation de la situation des personnes âgées, des enfants, des personnes malades, femmes, mais aussi des indigènes⁹⁵⁵. C'est donc par une impulsion populaire, que les nouvelles Constitutions du XX^{ème} siècle renoncent, du moins partiellement, à se retrancher sur des garanties bourgeoises de contrôle du pouvoir public, pour s'atteler désormais au contrôle d'une partie du pouvoir économique privé. Les Constitutions auront ainsi un volet social, repensant le modèle d'Etat de droit, et l'acheminant peu à peu vers un

⁹⁵¹ J. CARPIZO, « Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana », *Revista Derecho del Estado*, n° 27/2011, p. 15.

⁹⁵² R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *Coloquio Derecho Moral y Política*, Palerme, 2014, p. 16.

⁹⁵³ G. RADBRUCH, « Vom individualistischen zum sozialen Recht », A. KAUFMANN (éd.), *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 486.

⁹⁵⁴ Voir la réflexion de J. Carpizo sur les principes fondamentaux qui induisent l'Etat de droit bourgeois : J. CARPIZO « Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana », *op. cit.*, p. 16.

⁹⁵⁵ M. CARBONNEL, « Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina », *op. cit.*, p. 18.

modèle d'Etat de droit social (qui tardera à émerger d'abord dans la *Bonner Grundgesetz* en 1949, puis dans la Constitution espagnole de 1978 et dans celle de Colombie en 1991).

510. Cette nouvelle forme de constitutionalisme, qui reconnaît la coexistence et complémentarité des libertés avec les droits sociaux, va s'inspirer d'abord des développements précurseurs du Mexique et notamment de l'Allemagne. En effet, même si ces deux Constitutions eurent un impact majeur, celle de l'Allemagne, influencera directement en Europe et indirectement en Amérique andine, alors que celle du Mexique aura un impact fondamentalement en Amérique latine (et par conséquent en Amérique andine) mais presque nul en Europe. Pourtant, ces deux exemples constitutionnels s'avéreront précoces en relation avec l'évolution constitutionnelle de leurs voisins en matière sociale. Puisque dans les cas de l'Amérique andine et de la France on observera un retard vis-à-vis de leurs pairs mexicains et allemands. Dans les Etats andins, pour observer les premières influences il faudra attendre la Bolivie (Constitution de 1938) et l'Equateur (Constitution de 1945)⁹⁵⁶. Le cas du Pérou est plus ambigu car des garanties sociales embryonnaires apparaissent en 1920⁹⁵⁷ pour se développer réellement dans la Constitution de 1979⁹⁵⁸. En France des lois sociales de type constitutionnel se consolident dès la fin de la IIIe République, mais c'est véritablement la Constitution de 1946 qui leur apporte une véritable reconnaissance constitutionnelle.

511. Sans aucun doute, c'est en raison de leur impact que les Constitutions de 1917 et 1919, au Mexique et en Allemagne respectivement, peuvent être qualifiées, si on suit le raisonnement de T. Geraldès et L. Villalón, de Constitutions *originaires* en matière sociale, puisqu'elles portent des principes fondateurs nouveaux et originels au moment d'organiser le processus politique ou la formation de la volonté étatique⁹⁵⁹. Car ces nouvelles Constitutions ne cherchent plus à limiter uniquement le pouvoir public mais aussi à contrôler le pouvoir économique détenu par le privé. C'est en ce sens que la volonté étatique se transforme, puisque désormais l'Etat brise la logique du « *laissez faire laissez passer* »

⁹⁵⁶ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁵⁷ C'est sous la Constitution de 1920 qu'apparaissent pour la première fois au Pérou les « garanties sociales » sous l'impulsion de la politique « Patrie nouvelle » impulsée par le président A.B. Leguía : D. GARCIA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, 2^e éd. Lima, Editor, 2005, p. 6.

⁹⁵⁸ M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, Lima, Editora Atlántida, 1981, p. 13.

⁹⁵⁹ T. GERALDES DA CUNHA et L. VILLALON, « La Constitución », *Teoría del Estado*, México, UMSNH, 2010, p. 163.

dès lors que l'action entreprise par des personnes privées porte atteinte aux intérêts des groupes collectifs protégés par la Constitution (travailleurs, enfants, femmes, etc.). Tel est l'exemple de la Constitution mexicaine de 1917 où l'Etat assume un rôle actif contre l'action privée qui limiterait les droits sociaux ou les libertés de la personne⁹⁶⁰. Dans les deux cas, comme l'énonce H.-R. Horn, les constituants de Weimar et de Querétaro se sont rendu compte que l'Etat moderne avait des devoirs sociaux et qu'il ne pouvait plus se limiter à des fonctions libérales de sécurité publique, mais qu'il devait aussi protéger la société contre les dangers sociaux⁹⁶¹ : ce qui induit (du moins indirectement) à l'idée de fonction sociale de la Constitution. Chez les mexicains de Querétaro leur apport se focalise sur le fait qu'il s'agit de la première fois qu'une constituante, réfléchi, débat, et consacre la question sociale ; alors que dans le cas des allemands de Weimar l'apport se concentre sur le fait qu'elle agit comme vecteur des concepts juridiques nouveaux⁹⁶².

512. Plus tard, d'autres Constitutions se fonderont sur ce modèle précurseur de fonction sociale de la Constitution, par exemple les espagnols en 1931, et plus récemment les colombiens en 1991. Or ces dernières ne sont que des Constitutions *dérivées*, influencées par l'idée d'établissement d'un Etat de droit social (comme dans la Constitution de Weimar) et d'un Etat de garanties sociales constitutionnelles (comme dans la Constitution de Querétaro). La question qui se pose désormais consiste à savoir ce que ces deux Constitutions *originelles* contiennent de nouveau en matière de droits sociaux, tout en préservant un grand volet de libertés⁹⁶³. En effet, même s'il a été compris que la nouvelle logique de ces textes concerne une reconnaissance de limitation des abus du pouvoir économique, il reste encore à indiquer quelle est leur stratégie juridique. C'est-à-dire quelles sont précisément les libertés économiques qui doivent être limitées (et en quelle mesure) pour voir apparaître les droits sociaux.

⁹⁶⁰ A titre d'exemple, l'art. 5 de la Constitution mexicaine de 1917 dit que : « L'Etat ne peut pas permettre qu'ait effet le contrat, pacte ou convention qui ait pour objet l'amoindrissement, la perte ou l'irrévocable sacrifice de la liberté de la personne à cause du travail, de l'éducation ou de la croyance religieuse. » (traduction libre de l'espagnol).

⁹⁶¹ H.-R. HORN, « El constitucionalismo Alemán en las postrimeras del siglo XX », *El constitucionalismo en las postrimeras del siglo XX*, Vol. 3, México, UNAM, 1988, p. 219.

⁹⁶² C.-M. HERRERA, « Droit et gauche sur une recherche », *op. cit.*, p. 10.

⁹⁶³ Cette recherche d'équilibre constitutionnel entre, d'une part, la garantie de liberté et, d'autre part, la garantie des droits sociaux, exclue de cette étude à la Constitution bolchevique de 1918, car contrairement aux Constitutions de Querétaro ou de Weimar, celle-ci « radicalisa le contenu programmatique de transformation social dans sa *Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité* », dans le déterminisme historique de la lutte de classes : C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 102.

II. La formation du constitutionnalisme social

513. Dès lors que la logique du « laissez faire, laissez passer » ne semble plus protéger les individus mais tout le contraire, des nouveaux contrats sociaux se dessinent dans certaines sociétés sous l'impulsion de mouvements populaires ouvriers ou paysans. Ce sont les cas du Mexique et de l'Allemagne, respectivement, qu'il convient d'étudier en ce sens en vertu du caractère originel du constitutionnalisme social duquel ces États sont porteurs (A). Mais encore, il ne convient pas de s'attarder sur ces cas spécifiques si l'on souhaite comprendre l'influence du constitutionnalisme social en Amérique andine. À cet effet il faudra recourir à l'histoire constitutionnelle espagnole, car le droit de cet État semble agir comme un pont entre les nouveautés du droit dans les pays européens et les nouvelles constitutions andines (B).

A. Des Constitutions sociales *originaires* : le cas du Mexique et de l'Allemagne

514. Concernant la question sociale, deux Constitutions ont vocation à prétendre un caractère originaire, la Constitution du Querétaro (1) et celle de Weimar (2).

1. La Constitution mexicaine de 1917

515. La Constitution de Querétaro de 1917 est l'œuvre d'une Assemblée constituante convoquée par V. Carranza, chef victorieux de la révolution mexicaine. Cette révolution, réussit à dépasser l'influence et le clivage entre conservateurs et libéraux (qui jusqu'alors avaient construit l'histoire du Mexique)⁹⁶⁴, en prônant respectivement la laïcité⁹⁶⁵ et la fonction sociale de l'État. En outre, elle eut comme particularité de ne pas avoir été dirigée par des bourgeois comme lors de la Révolution française en 1789, ou par des ouvriers

⁹⁶⁴ T. ESQUIVEL OBREGON, *Influencia de España y los Estados Unidos sobre México*, Madrid, Casa editorial callejera, 1918, p. 337.

⁹⁶⁵ Ainsi, par exemple, l'article 3 de la Constitution déclare que l'éducation doit être laïque ; de même, l'article 27- II, reliquat des réformes libérales anticléricales établies entre 1855 et 1863, énonce que la propriété foncière des « associations religieuses » (cette notion est utilisée comme synonyme républicain pour dénommer les Eglises) devient de plein droit la propriété de la Nation.

organisés comme ce fut le cas lors de la révolution allemande de novembre 1918⁹⁶⁶ ; la révolution mexicaine fut faite par les pauvres⁹⁶⁷, et notamment par les paysans appauvris par un système, très répandu en Amérique hispanique⁹⁶⁸, où la propriété foncière était accaparée par une aristocratie possédant des grandes extensions de terres agricoles, et asservissant les paysans qui les travaillaient⁹⁶⁹. Ce contexte, plus qu'un ensemble de détails historiques autour de la révolution, constitue la clef pour comprendre la stratégie de reconnaissance des droits sociaux dans cette Constitution, qui sera la première à les reconnaître sous le moyen des *garanties sociales*. Selon C.-M. Herrera, l'apport de ce texte se focalise sur les droits des travailleurs, avec une spéciale incidence autour des femmes et des enfants, et à la limitation de la propriété privée⁹⁷⁰. Sans que le constituant omette d'accorder une attention spéciale à l'éducation, et qu'elle mentionne le rôle social subsidiaire de la famille et des institutions de secours public et privé⁹⁷¹.

516. Lors de la session inaugurale du débat constituant, le vendredi 1er décembre 1916, les constituants reconnurent que les droits individuels de leur Constitution de 1857, fondés sur les exemples de l'Angleterre et des Etats Unis, n'eurent au Mexique qu'une existence ineffective⁹⁷². Les principes républicains de séparation des pouvoirs et le respect des libertés attachent aussi une importance aux énoncés constituants, sachant qu'il existe la volonté

⁹⁶⁶ Même si ce fut aussi un mouvement impulsé par des ouvriers qui résistaient déjà contre les baisses arbitraires de salaire (par exemple dans le seul cas de l'usine textile *Miraflores*, dans le District Fédéral, on décompte une première grande grève due aux salaires le 4 novembre 1900; une autre le 30 novembre 1906 ; puis une le 2 janvier 1912, suivie d'une culminante le 19 septembre 1912) ; pourtant les manifestations étaient peu organisées et se terminaient souvent pas des violences, de même les leaders des mouvements ouvriers n'étaient pas issus du milieu ouvrier. Tel est l'exemple de l'avocat I. Favela : R. BLANCARTE, entrée «Isidro Favela», *Diccionario histórico y bibliográfico de la Revolución Mexicana*, Vol. 3, Instituto nacional de estudios históricos de la Revolución Mexicana, 1991, pp. 104 et 165.

⁹⁶⁷ F. MUGICA, *Las causas sociales de la reforma constitucional*, México, Imprenta de la secretaría de Relaciones Exteriores, 1936, p. 22.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 14 ; Selon E.-S. Urbanski de l'université de Wertern Michigan, la révolution mexicaine fut, à ses débuts, une révolution plus paysanne qu'ouvrière, pour devenir (quelques années plus tard) plus ouvrière que paysanne : E.-S. URBANSKI, « Tres Revoluciones de Hispano-América: México, Bolivia y Cuba », *Journal of Inter-American Studies*, Vol. 8, n° 3, 1969, p. 423 ; Il faut signaler ici que parmi les paysans on compte aussi des indigènes, ce qui se corrobore avec l'exemple du soulèvement d'Azoyú, du 10 février 1912, où 200 indigènes aidés par les zapatistes réussirent à battre le capitaine J.-A. Tapia. Voir en ce sens : R. BLANCARTE, *Diccionario histórico y bibliográfico de la Revolución Mexicana*, *op. cit.*, pp. 491 et 510.

⁹⁶⁹ L. MENDIETA Y NUNEZ, « La Propiedad de la Tierra », *Journal of Inter-American Studies*, Vol. 3, n° 1, 1961, p. 30; M.-A. DURAN, « El Desarrollo de la Agricultura Mexicana », *Journal of Inter-American Studies*, Vol.3, n° 1, 1961, p. 1; F. MUGICA, *Las causas sociales de la reforma constitucional*, *op. cit.*, pp. 12-14.

⁹⁷⁰ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op.cit.*, pp. 99-101.

⁹⁷¹ L'article 3 assure un accès gratuit à l'éducation de qualité ; l'article 27- III évoque l'existence d'institutions de secours public et privé ; l'article 123- VI reconnaît la nécessité d'un salaire minimum qui tienne compte du rôle du travailleur en tant que chef de famille.

⁹⁷² CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, t. 1, n°12, 1916, pp. 5 et s.

claire de parvenir à une « organisation politique [fondée] ni dans l'origine divine d'un monarque, seigneur de vies et d'haciendas » mais plutôt sur un Etat « qui organise le droit, c'est-à-dire qui garantisse les manifestations de la liberté individuelle »⁹⁷³. C'est en fonction du principe de liberté individuelle (qui jadis avait été bafouée par des contrats de travail engageant le travailleur à céder une partie de ses libertés⁹⁷⁴) que les constituants décident que l'Etat assume le rôle de garant du respect des droits civils et politiques des travailleurs par le biais d'une limitation de la liberté contractuelle en matière de travail. On l'aura compris, la volonté du constituant ne se focalisait plus dans la simple déclaration des droits, mais plutôt dans un système de garanties où l'institution assure son effectivité.

517. Vis-à-vis du droit du travail, les limites à la liberté de contracter, furent débattues par la commission constituante présidée par le député Múgica, et proclamées de façon assez extensive à l'article 5 de la Constitution. Bien que ce fût la première fois qu'une Constitution conférait au salarié des garanties portant sur le contrat de travail, il est nécessaire d'insister sur le fait que le but du constituant ne fut pas de palier l'injustice sociale matérielle, mais de garantir les libertés individuelles des travailleurs, comme par exemple le respect de la liberté d'aller et venir, ou le respect de la liberté d'exercer son métier⁹⁷⁵. Pourtant, indépendamment du but des constituants, la régulation du contenu des contrats de travail donnait à cette norme la caractéristique d'un droit social, car, comme l'explique G. Radbruch, « le droit social rend visibles les différences de puissance ou d'impuissance entre les individus » obligeant l'Etat à y donner solution⁹⁷⁶. Dans le cas mexicain, les différences de puissance étaient avérées, notamment par l'exposition de faits apportés par les propres constituants⁹⁷⁷.

518. Toujours en matière de droit du travail, les garanties de l'article 5 de la Constitution mexicaine seront complétées par l'article 123 (riche dispositif du Titre VI « du travail et la prévision sociale ») régulant ainsi le travail et conférant au travailleurs des droits à attention médicale, à la limitation de la durée de travail à huit heures, au repos hebdomadaire

⁹⁷³ *Ibid.*, pp. 7-8.

⁹⁷⁴ F. MÚGICA, *Las causas sociales de la reforma constitucional*, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁷⁵ L'article 5 interdit les contrats de travail prévoyant l'exil forcé ou la renonciation temporaire ou permanente à exercer son métier.

⁹⁷⁶ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op. cit.*, p. 105.

⁹⁷⁷ Voir notamment l'exposition élaborée par le député mexicain F. Múgica : CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, t. 1, n° 24, 1916, pp. 363-364.

obligatoire, au droit de grève, etc.⁹⁷⁸. L'étendue des textes en cette matière laissent supposer que la reconnaissance des droits sociaux se fit de forme taxative. Laissant peu de place, contrairement à Weimar, d'une part, aux normes complémentaires (lois sociales) et, d'autre part, à la régulation-création du droit social par des organes de négociation collective (rassemblant travailleurs et salariés). Premièrement, en ce qui concerne ce qu'on pourrait appeler l'*hyper-constitutionnalisation*⁹⁷⁹ des dispositifs sociaux, on aura compris que sur les épaules du constituant mexicain pesaient des attentes importantes sur des problématiques en matière de travail qui ne pouvaient se résoudre que par le biais d'un compromis de l'Etat scellé au plus haut niveau normatif. Deuxièmement, vis-à-vis de l'absence d'organes de négociation collective capables de créer et de faire évoluer les droits sociaux, il faut tenir compte de l'absence, au Mexique, d'une tradition de négociation collective ou une méthode de type social-démocrate comme en Allemagne, en Autriche ou en Suède. Car le pouvoir du patronat (propriétaires terriens et en moindre mesure industriels) soutenu par l'Etat⁹⁸⁰ était tellement important que la pression qu'il exerçait sur les travailleurs n'admettait pas un quelconque dialogue ou organisation de travailleurs. Vraisemblablement, dans ces conditions il eut été impossible qu'une tradition de négociation collective s'installe, et donc, faute d'assurance que celle-ci pourrait s'installer dans des conditions équitables, le constituant aurait préféré faire le travail lui-même. Néanmoins, il faut signaler l'existence d'un organe de dialogue prévu par la Constitution mexicaine (sous la forme de « conseils de conciliation et d'arbitrage ») servant avant tout à résoudre les différends entre patrons et salariés⁹⁸¹.

519. Enfin, l'autre grand pan de la constitutionnalisation des droits sociaux par le Mexique est la limitation du droit de possession foncière (ou droit de propriété). En effet, comme il a été évoqué auparavant, la révolution mexicaine fut un mouvement paysan. Ce mouvement débuta avec le début de la révolution mais se consolida dès 1905⁹⁸², avant d'atteindre un pic

⁹⁷⁸ F. MUGICA, *Las causas sociales de la reforma constitucional*, op. cit., pp. 22-23 ; C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 101; Voir aussi les débats constitutants, assez fluides sauf pour le cas du droit de grève: CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, t. 2, n°70, 1917, pp. 2057-2090.

⁹⁷⁹ C'est-à-dire une création excessive de normes constitutionnelles cherchant à garantir les droits sociaux.

⁹⁸⁰ F. MUGICA, *Las causas sociales de la reforma constitucional*, op. cit., pp. 14-15 et p. 18.

⁹⁸¹ Article 123- XX de la Constitution mexicaine de 1917 ; Voir aussi CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, t. 2, n°71, 1917, pp. 2094 et ss.

⁹⁸² Cette année le Prof. G. Ávila Díaz, précurseur de l'*agrarisme*, commence sa lutte dans l'Etat de Guerrero : R. BLANCARTE, entrée « Ávila Díaz, Gonzalo », *Diccionario histórico y bibliográfico de la Revolución Mexicana*, op. cit., pp. 419 et 507.

revendicatif en 1910 allant jusqu'à demander l'abolition de la propriété individuelle⁹⁸³. Suite aux triomphes militaires de la révolution, et après une série d'accords politiques⁹⁸⁴, le 6 janvier 1915 est dictée une loi qui ordonne que soient expropriées, puis données des terres aux peuples ruraux qui en ont besoin⁹⁸⁵. Deux ans plus tard, conscients de la transcendance du problème agraire⁹⁸⁶ et de leur devoir pour le résoudre⁹⁸⁷, les constituants de Querétaro allaient donner naissance à l'article 27 portant sur le droit à la propriété. Lors de débats constituants, les députés manifestèrent leur attachement à la propriété en tant que droit naturel, car « [...] l'appropriation des choses pour sortir d'elles les éléments nécessaires à la conservation de la vie, résulte indispensable.⁹⁸⁸ » En ce sens, le constituant qualifie d'utopique toute aventure d'abolir la propriété individuelle, reconnaissant le droit de propriété et condamnant la confiscation⁹⁸⁹ ; mais parallèlement, il rend fondamental le principe de limitation de la propriété privée au nom de sa fonction sociale⁹⁹⁰. Ainsi, l'article 27- XIV prévoit que : « [l]es propriétaires affectés par des résolutions donataires ou restitutives [...] en faveur des peuples [...] n'auront aucun droit, ni recours légal ou ordinaire, ni pourront se prévaloir d'un recours d'*amparo*.⁹⁹¹ ».

520. Ici, il n'est pas question d'élaborer un commentaire socio-agricole portant sur les effets et les résultats desdites mesures. Cependant il est plus important observer, depuis le prisme historico-juridique, que la réforme agraire entamée au Mexique en 1915 et institutionnalisée en 1917, influencera plusieurs réformes de ce type dans le Monde. Il faudra néanmoins

⁹⁸³ Lors de la 66ème séance de la constituante, le 29 janvier 1917, le secrétaire à la tribune énoncera ces mots : « Le désir d'abolir la propriété individuelle [...] est révélateur d'un intense mal être social [...] qui réclame remède sans avoir réussi à l'obtenir. » : CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, t. 2, n°79, 1917, p. 2394, (traduction libre de l'espagnol).

⁹⁸⁴ Tel est l'exemple de l'Accord de Toluca, du 20 juin 1913, portant sur le fractionnement et la cession des terres de l'Etat « susceptibles de servir à la culture ou au profit agricole des petits agriculteurs afin d'alléger leurs nécessités et contribuer ainsi à satisfaire en partie les aspirations populaires en matière de terres » : R. BLANCARTE, entrée « Acuerdo sobre deslinde y fraccionamiento de tierras », *Diccionario histórico y bibliográfico de la Revolución Mexicana*, Vol. 3, Instituto nacional de estudios históricos de la Revolución Mexicana, 1991, p. 33, (traduction libre de l'espagnol).

⁹⁸⁵ L. MENDIETA Y NUNEZ, « La Propiedad de la Tierra », *Journal of Inter-American Studies* 3, n° 1, 1961, p. 32.

⁹⁸⁶ Voir l'analyse des problèmes socio-économiques provoqués par la concentration des terres agricoles (pauvreté chez les paysans ; migrations forcées ; retard dans l'agriculture) : L. MENDIETA Y NUNEZ, « La Propiedad de la Tierra », *op. cit.*, p. 33 ; Voir aussi : M.-A. DURAN, « El Desarrollo de la Agricultura Mexicana », *Journal of Inter-American Studies* 3, n° 1, 1961, p. 4.

⁹⁸⁷ CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, t. 2, n°79, 1917, p. 2394, (traduction libre de l'espagnol).

⁹⁸⁸ *Ibid.* (traduction libre de l'espagnol).

⁹⁸⁹ F. MUGICA, *Las causas sociales de la reforma constitucional*, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁹⁰ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁹¹ Art.27 – XVI, (traduction libre de l'espagnol). La notion d'*amparo*, qui n'a pas été traduite ici, fait allusion à un recours en référé afin de réclamer protection des droits constitutionnels.

attendre plusieurs décennies en Europe et en Amérique andine pour que les réformes agraires prospèrent. D'abord en Pologne avec la loi du 27 juillet 1921 portant sur le fractionnement et répartition des grandes propriétés rustiques⁹⁹² ; en Espagne, bien que l'article 44 de la Constitution de 1931 n'évoque pas la question de la réforme agraire, il subordonne la propriété à la notion d'« utilité sociale », renvoyant pour les détails aux lois, dont la *loi agraire* du 15 septembre 1932 où sera proclamée la réforme agraire ; en Italie c'est la Constitution de 1948 qui reprend ces idées ; en Amérique andine la Colombie, le Chili, le Pérou et l'Equateur sont les premiers à dicter diverses lois afin d'améliorer la distribution de la propriété foncière agricole, tout en restant attachés au principe général de respect de la propriété privée⁹⁹³.

521. Deux ans plus tard le Mexique, c'est en Europe que les droits sociaux se constitutionnalisent, tout d'abord en Allemagne sous un contexte certes révolutionnaire mais différent de celui du Mexique.

2. *La Constitution allemande de 1919*

522. Dès la seconde partie du XIXème siècle, la question sociale s'est beaucoup développée en Allemagne. Notamment après la présentation du « programme des travailleurs » que F. Lassalle fit à Berlin en 1862, où il démontra scientifiquement la lutte économique provoquée par le libéralisme à l'encontre de la liberté et de l'égalité politique et économique de la société⁹⁹⁴. Ainsi, comme le signale C.-M. Herrera, vers le dernier quart du XIXème siècle, l'Allemagne devient le pays où la question sociale se trouve au centre de la politique institutionnelle⁹⁹⁵, menée par la réflexion juridique socialiste (qui en partie fut traversée « par le filtre des courants proches du christianisme social et des socialistes de la chaire.⁹⁹⁶ »).

523. C'est dans ce contexte idéologique et politique que la Constitution de Weimar se développe en 1919. Cette dernière étant l'œuvre d'une Assemblée nationale, chez qui

⁹⁹² L. MENDIETA Y NUNEZ, « La Propiedad de la Tierra », *op. cit.*, p. 32.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁹⁴ H. HELLER, « Introduction au "Programme des travailleurs" de Ferdinand Lassalle », C.-M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé, 2000, pp. 86 et s.

⁹⁹⁵ C.-M. HERRERA, « Droit et gauche sur une recherche », *op. cit.*, p. 10.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

siégeaient des députés élus en accord à un décret du *Conseil des mandats populaires*, qui était l'organe central des conseils d'ouvriers et de soldats, fondés durant la révolution de novembre 1918⁹⁹⁷. Dans cette Constitution c'est le Chapitre V portant sur « la vie économique », qui va affirmer le rôle de l'Etat dans l'organisation de la vie économique, notamment sur deux volets spécifiques pour qui la Constitution reconnaît des limites : les contrats (notamment la liberté contractuelle en matière de travail) et la propriété (c'est-à-dire la liberté de possession foncière). En matière de contrats, l'article 152 prévoit que : « Le principe de la liberté des contrats régit les rapports économiques, dans les limites établies par la loi. », alors qu'en matière de propriété l'article 153 énonce que : « La propriété est garantie par la Constitution. Son objet et ses limites sont établis par la loi. ». Dans ces deux cas il n'est pas question de reconnaître directement des nouveaux droits, mais plutôt de reconnaître que les libertés de contracter et de posséder se voient confrontées à des limites. Ce n'est qu'à partir de ces limites, qu'on pourra déduire l'apparition potentielle des droits sociaux. Or malgré l'importance que signifient ces limites, peu d'éléments la définissent, la Constitution se conformant de renvoyer cette question à la loi. Néanmoins, concernant la liberté de posséder le foncier, l'article 155 al. 1 et 2 évoque un contrôle par l'Etat de la répartition et utilisation du sol « de manière à empêcher les abus et à atteindre l'objectif d'assurer à tout Allemand une habitation saine » ; ainsi qu'une possibilité d'expropriation de la propriété foncière lorsque « l'acquisition est nécessaire pour satisfaire aux besoins résultant du manque de logements ». Concernant la liberté de contracter, il est d'abord prévu à l'article 157 que « Le travail est placé sous la protection spéciale du Reich », ce qui annonce une régulation du contenu des contrats de travail. Puis ce sont les articles 159 à 161 qui constitutionnalisent les acquis des lois sociales de façon à affirmer que des contrats ou conventions de travail ne peuvent limiter ou entraver ces droits (le droit syndical ; le droit à l'assurance santé, maternité, vieillesse, etc.). Enfin, pour écarter, du moins en théorie, toute idée d'étatisme, ou de révolution « par le haut », l'article 165⁹⁹⁸ reconnaît l'existence des conseils ouvriers et économiques afin que les acteurs sociaux construisent le droit du travail.

⁹⁹⁷ H.-R. HORN, « El constitucionalismo Alemán en las postrimeras del siglo XX », *El constitucionalismo en las postrimeras del siglo XX*, *op. cit.*, p. 217.

⁹⁹⁸ Rédigé par le juriste H. Sinzheimer, l'article 165 est celui qui condense la « Constitution économique » dans le texte weimarien : C.-M. HERRERA, « Droit et gauche sur une recherche », *op. cit.*, p. 11.

524. De cela se déduisent des apports substantiels de la Constitution de Weimar qui selon C.-M. Herrera, consistent à affiner le modèle de transformation sociale en plaçant au centre du dispositif constitutionnel, un ensemble d'institutions sociales servant à établir un dialogue et résolution des conflits entre le « capital » et le « travail ». Ce qui veut dire que la Constitution allemande « n'incluait pas une déclaration de nouveaux droits, mais [qu']elle établissait une série d'institutions et de mécanismes socio-constitutionnels pour réguler la vie économique.⁹⁹⁹ ». En effet, premièrement, Weimar affine le modèle de transformation sociale au niveau des droits des travailleurs qui avait déjà été introduit (infructueusement) par la France en 1848, par le Mexique en 1917, mais surtout par les lois allemandes dès 1883¹⁰⁰⁰, en constitutionnalisant, sinon une liste exhaustive de droits sociaux, du moins une volonté de « protection » de l'Etat contre les « abus » du droit de contracter. Deuxièmement, de façon complémentaire, la grande particularité de la Constitution de Weimar consiste dans la reconnaissance d'un droit du travail qui se crée par « en bas » et non pas par « en haut »¹⁰⁰¹, suivant un modèle social-démocrate, c'est-à-dire, comme évoquait G. Gurvitch, par l'intégration et la communion des acteurs sociaux, et non pas à travers une vision étatiste¹⁰⁰². Cela donne naissance à la notion d'« autonomie collective » qui, comme le résume bien M. Coutu, fondé sur les développements de Sinzheimer¹⁰⁰³, consiste en :

« [...] un ordre juridique spécifique, distinct de l'ordre interne de l'organisation ou de l'entreprise qui comporte ses propres organes administratifs de mise en œuvre et établit une « communauté de droit » (Rechtsgemeinschaft) dans le domaine du travail. L'autonomie conventionnelle apparaît en ce sens distincte de l'autonomie institutionnelle qui est celle des organisations syndicales et patronales. La communauté de droit ainsi réalisée demeure toutefois, en système économique inégalitaire : elle est traversée par un conflit permanent entre les règles du droit social et les règles du droit individuel.¹⁰⁰⁴ »

⁹⁹⁹ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica. op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁰⁰⁰ H.-R. HORN, « El constitucionalismo alemán en las postrimeras del siglo XX », *op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁰¹ Ces propos sont valables jusqu'au constat d'échec de la démocratie industrielle à partir de 1934 où G. Gurvitch se montrera critique de la méthode social-démocrate : C.-M. HERRERA, « Préface. Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'Homme », G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. XVI.

¹⁰⁰² G. GURVITCH, *L'idée du Droit social*, Paris, Sirey, 1932, p. 21.

¹⁰⁰³ Voir notamment : H. SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », *Le problème des sources en droit positif, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1934, pp. 73 et ss.

¹⁰⁰⁴ M. COUTU, « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », *Lex Electronica*, Vol. 12, n° 1, 2007, p. 4.

525. Enfin, troisièmement, la Constitution allemande de 1919 ne semble pas entendre que les droits sociaux sont le synonyme du droit du travail. Bien que très présents, le Chapitre V de la Constitution allemande et la doctrine contemporaine à Weimar, notamment sous la plume de G. Radbruch¹⁰⁰⁵, corroborent l'idée selon laquelle les droits sociaux concernent d'autres pans du droit où s'articulent les droits individuels et les droits collectifs, tel que la propriété foncière¹⁰⁰⁶.

B. Des Constitutions sociales *dérivées* : l'exemple de l'Espagne

526. Si, au-delà des Constitutions de Querétaro et de Weimar (qualifiés d'*originaires*), toutes les autres, parmi celles qui ont un contenu social, sont des Constitutions *dérivées* des deux premières, pourquoi retenir que l'exemple de l'Espagne, d'autant plus que notre étude se concentre sur le cas du Pérou et de la France ?

527. La place de l'Espagne est, pour le moins dire, stratégique dans cette étude, notamment en matière constitutionnelle, ce qui rend légitime d'accorder une place au développement du constitutionnalisme espagnol. En effet, l'Espagne est l'unique Etat européen qui a une histoire commune, de plusieurs siècles et de grande envergure, avec l'Amérique andine. Ainsi, malgré les blessures laissées par la colonisation, l'Etat espagnol est, par ses caractéristiques géographiques (qui le placent en Europe) et par son histoire commune avec l'Amérique andine (avec qui il partage une langue commune, une même religion, et certaines valeurs), un pays qui dispose de la particularité de véhiculer des influences sociales et donc juridiques. Ce qui se confirme vis-à-vis de l'évolution du droit constitutionnel andin où les premières sources en matière sociale sont tantôt allemandes ou en moindre mesure mexicaines, mais aussi espagnoles. Ainsi, selon le constitutionnaliste J. Pareja Paz-Soldán, la Constitution péruvienne de 1920 est influencée par celle de Weimar et de Querétaro, une décennie plus tard c'est aussi la Constitution espagnole de 1931 qui influencera la Constitution péruvienne de 1933¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ Voir notamment : G. RADBRUCH, « Vom individualistischen zum sozialen Recht », A. KAUFMANN (éd.), *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 485-495.

¹⁰⁰⁶ N. LE BOUEDEC, « Le concept de "droit social" : Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar », *Asterion* (<http://asterion.revues.org/497> - Consulté le 5 janvier 2015).

¹⁰⁰⁷ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, op. cit., p. 4 ; voir aussi : M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, op. cit., p. 18.

528. On connaît déjà l'influence qu'avait eue la France, puis l'Angleterre, en matière de libertés, et les Etats Unis en matière organique, lors de la construction du constitutionnalisme post-émancipateur en Amérique andine¹⁰⁰⁸. Or on sait aussi qu'au moins jusqu'à la seconde moitié du XXème siècle (au-delà du droit à l'éducation et de quelques droits collectifs) les systèmes juridiques anglais et étatsunien n'accordent pas de véritable importance à la question des droits sociaux ; de même pour la France où l'histoire de l'évolution juridique du social est parsemée d'hésitations, malgré quelques essais en matière doctrinale et des progrès en matière d'assistance publique et de lois sociales destinés aux travailleurs. Pourtant, si au niveau légal quelques projets sont naissants, au niveau constitutionnel, peu d'exemples en matière sociale sont à retirer de ces Etats. Compte tenu de ce contexte (où le libéralisme marque encore fortement les Constitutions qui avaient inspiré les premiers constituants andins) il est vraisemblable que l'attention des Etats andins se soit tournée, dès la première moitié du XXème siècle, vers d'autres modèles (allemands, mexicains, espagnols) ; en essayant de chercher une relativisation du libéralisme économique, tout en conservant sa portée en matière de droits civils et politiques. Et ce aux fins de garantir aux travailleurs, aux démunis, et en général aux citoyens, des conditions minimales d'existence réclamées par la doctrine et par le peuple. C'est à partir de là que très certainement le constitutionnalisme espagnol devient un modèle pour les andins, car la facilité de partager une langue commune permet le transfert d'idées, l'Espagne étant en ce sens le port d'exportation des tendances du constitutionnalisme européen.

529. Il n'est donc pas question ici d'étudier une Constitution espagnole en particulier, mais toutes celles qui ont manifesté un apport conséquent au développement des droits sociaux. En ce sens, par son influence en Amérique andine et sa portée historique on étudiera d'abord la Constitution de Cádiz de 1812 (1) ; puis, par l'influence weimarienne, on observera la Constitution de 1931 (2) ; enfin, même si cela échappe au cadre du début du XXème siècle, par le développement de la notion l'Etat de droit social, on relèvera quelques éléments utiles issus de la Constitution espagnole de 1978 (3).

¹⁰⁰⁸ Sur l'influence de la révolution française dans le mouvement émancipateur hispanoaméricain voir : L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, p. 32 ; sur l'influence française et étatsunienne au Pérou voir : J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, *op. cit.*, p. 3 ; sur l'influence française puis anglaise chez les *Libertadores* d'Amérique andine, voir : T.-E. TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano*, *op. cit.*, p. 13.

1. La Constitution de Cádiz de 1812

530. La première Constitution espagnole, qui fut celle de Cádiz, adoptée par *las Cortes* en 1812. Quoique très limitée en matière sociale, ce texte est caractérisé par deux particularités qui révèlent la place historique du droit espagnol dans la circulation d'influences. Tout d'abord, cette Constitution fut influencée par la Révolution française et la Constitution de 1791¹⁰⁰⁹. Dépassant même, comme disait B. Mirkine-Guetzevitch, les acquis libéraux français de 1791, pour devenir ainsi un modèle de libéralisme au XIX^{ème} siècle¹⁰¹⁰. D'autre part, la Constitution de Cádiz fut la seule à avoir régi simultanément sur les continents européen et américain, donnant naissance à une citoyenneté bi-continentale¹⁰¹¹.

531. Exception faite du Venezuela (qui avait déclaré son indépendance en 1811 et qui avait constitué un Etat moderne bien avant l'Espagne, et en toute circonstance avant l'influence de la Constitution de Cádiz¹⁰¹²) toutes les autres anciennes colonies espagnoles en Amérique andine furent influencées par la Constitution espagnole de 1812¹⁰¹³. Dans le cas du Pérou, sa première Constitution, en 1823, reçut l'influence de Cádiz. En matière sociale, le texte péruvien utilise un sens moralisateur en faveur de la bienfaisance et la justice¹⁰¹⁴ dans son article 14, reprenant la formule de l'article 6 de la Constitution espagnole de 1812¹⁰¹⁵. Mais encore, sous le modèle espagnol, la Constitution péruvienne reconnaîtra aussi la nécessité de consacrer un chapitre spécialement dédié à l'éducation publique (qui en Espagne eut la dénomination « instruction publique »). Dans ces deux cas, les Constitution n'ont pas obligé

¹⁰⁰⁹ V. PANIAGUA CORAZAO, « El proceso constituyente y sus principios rectores. Aspectos dogmáticos y particulares de la Constitución gaditana », A. AGUIAR (coord.), *Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino. La Constitución de Cádiz de 1812*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 53; A. GOICOECHEA, *La crisis del constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial voluntad, 1925, pp. 51-52.

¹⁰¹⁰ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen (Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée) », *Introduction à l'étude du droit comparé*, Vol. 2, Paris, LGDJ, 1938, pp. 211-219.

¹⁰¹¹ V. PANIAGUA CORAZAO, « El proceso constituyente y sus principios rectores. Aspectos dogmáticos y particulares de la Constitución gaditana », *op. cit.*, p. 46.

¹⁰¹² A. BREWER-CARIAS, « El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano) », A. AGUIAR (coord.), *Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino. La Constitución de Cádiz de 1812*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 225.

¹⁰¹³ *Ibid.* ; J. CARPIZO, « Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano », *Revista Derecho del Estado*, n° 23, 2009, p. 20.

¹⁰¹⁴ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰¹⁵ Le texte péruvien dit : « [...] sont des obligations que très particulièrement doit remplir tout péruvien, devenant indigne à cette appellation celui qui ne soit pas religieux, qui n'aime pas la Patrie, qui ne soit pas juste ou bienfaisant » ; alors que le texte espagnol dit : « L'amour de la Patrie est l'une des principales obligations de tous les espagnols ; et aussi celui d'être justes et bienfaisants. », (traductions libres de l'espagnol).

l'Etat à la gratuité, mais à assurer la garantie de ce droit à travers les établissements existants, en insistant d'abord sur le volet basique de l'éducation (« école de premières lettres » selon la formule espagnole ; « école primaire » selon la formule péruvienne) ; puis sur la nécessité de créer plus d'universités¹⁰¹⁶.

532. Sans grande transcendance, ni nouveauté, du point de vue social, les Constitutions espagnoles postérieures à celles de 1812 n'intéressent guère cette étude jusqu'à celle de 1931, qui s'avérera de grand intérêt pour la question sociale.

2. La Constitution espagnole de 1931

533. Le contexte qui convoque à l'assemblée constituante espagnole est avant tout un contexte de crise de la monarchie restaurée, dont les prémisses furent visibles au travers de conflits sociaux, au cours de la *Semaine tragique* en 1909 ou de la grève générale de 1917, ayant pour cause des problèmes de gestion militaire, de régionalisme-nationalisme ; la question ouvrière¹⁰¹⁷. C'est, en effet, une mauvaise gestion de l'institution militaire qui vaut à la monarchie d'être délégitimée par le peuple ; situation qui s'est aggravée avec la crise économique de 1930 où la peseta avait été dévaluée nourrissant un malaise social¹⁰¹⁸, conduisant à la fin de la monarchie et à la nécessité de former une Constitution proclamant une seconde République.

534. Vis-à-vis des droits sociaux, deux éléments sont venus caractériser le processus de genèse constitutionnel. Premièrement, l'influence des courants de gauche, notamment socialistes, car le nombre de ces représentants était le plus important aux Cortès chargées d'élaborer la Constitution¹⁰¹⁹ ; deuxièmement, l'influence notoire des Constitutions mexicaine de 1917, autrichienne de 1920, mais surtout l'allemande de 1919 qui illustra la doctrine et les juristes constituants de 1931¹⁰²⁰. Ces éléments résultèrent en un mouvement

¹⁰¹⁶ Voir en ce sens les articles 366 à 370 de la Constitution espagnole de 1812 ; et les articles 181 à 185 de la Constitution péruvienne de 1823.

¹⁰¹⁷ F.-M. GARCIA COSTA, *La Constitution de la II République espagnole*, Paris, Publibook, 2006, p. 17.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁰¹⁹ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, p. 48 ; S. JULIA, *La Constitución de 1931*, Vol. VIII, Madrid, Portal derecho, 2009, p. 38 ; O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1933, p. 17.

¹⁰²⁰ O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1933, p. 16 ; F.-M. GARCIA COSTA, *La Constitution de la II République espagnole*, Paris, Publibook, 2006, p. 38.

constituant espagnol particulièrement progressiste, défenseur de l'idée d'une Constitution qui ne devait pas être seulement la norme suprême de l'Etat, mais un instrument de « transformation de l'Espagne dans tous ses aspects et institutions juridiques, politiques et sociales »¹⁰²¹.

535. Ainsi, les travaux de la commission parlementaire présidée par l'éminent pénaliste M. Jiménez de Asúa, furent présentés aux Cortès pour discussion en prévoyant l'insertion des libertés publiques, mais aussi des droits sociaux. En relation à ces derniers, dans la version finale du texte c'est autour de la notion de « République des travailleurs de toute classe », proclamée à l'article 1^{er}, que se développa une batterie de dispositifs dirigés aux travailleurs, mais aussi à limiter la propriété foncière, en plus d'un chapitre dédié à la famille et à l'instruction.

536. En rapport avec l'article 1^{er} de la Constitution de 1931, le débat fut important car il s'agissait de choisir les notions clefs qui définiraient l'Espagne et donc ses choix politiques et organiques. A l'origine, le premier projet fut de caractériser l'Espagne en tant que « République démocratique », or cette formule ne s'avérait pas assez démonstrative de l'élan progressiste voulu par les constituants. Des débats assez longs furent donc consacrés. Ainsi en date du 10 septembre le député radical-socialiste F. Valera proposa la formule de « République de travailleurs, libérale dans son principe, démocratique dans son fondement et sociale dans l'orientation » qui, après avoir été débattue, ne fut pas retenue. Or sur une proposition du député socialiste L. de Araquistain (signée par ses collègues tel que Trifon, Jiménez de Asúa, Bujeda, de Francisco) il est nécessaire de retenir le mot « travailleurs » car cela renvoie à la composante fondamentale de l'Etat, c'est à dire aux personnes qui par leur travail matériel ou spirituel se rendent nécessaires à la société¹⁰²². Cette intervention, très applaudie, donna lieu à l'approbation de la proposition de L. de Araquistain. Etant par la suite amendée après que le président du gouvernement provisoire Alcalá-Zamora propose à ce qu'on retienne la phrase « République de travailleurs de toute classe », estimant que maintenir uniquement le mot « travailleurs » portait à confusion sur la dénomination d'une seule classe de travailleurs (à savoir les ouvriers)¹⁰²³. Finalement la formule de la version

¹⁰²¹ S. JULIA, *La Constitución de 1931*, Vol. VIII, Madrid, Portal derecho, 2009, p. 38, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁰²² O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰²³ S. JULIA, *La Constitución de 1931*, Vol. VIII, Madrid, Portal derecho, 2009, pp. 53-57, (traductions libres de l'espagnol).

définitive sera la suivante : « [l']Espagne est une République de travailleurs de toute classe, qui s'organisent en régime de Liberté et de Justice. [...] ». A ce sujet il sera clairement établi par les socialistes, et notamment par L. de Araquistain, que la motivation du socialisme ne consiste pas à anéantir les classes vaincues, mais plutôt à les intégrer dans une communauté de services, en égalité de devoirs, et dans une hiérarchie de fonctions¹⁰²⁴.

537. Cette position manifestée par L. de Araquistain, est le signe du changement paradigmatique que portait la Constitution de 1931, car la fonction de l'individu en société n'avait jamais été un critère pour articuler ce que L. Jiménez de Asúa appelle « les devoirs de l'Etat »¹⁰²⁵. Pourtant, ce qui demeure une curiosité du cas espagnol est d'avoir utilisé la notion de « travailleur » pour décrire la relation de l'individu au collectif, et non pas celle de « citoyen », ou encore celle de « chef de famille ». Seule la Constitution russe de 1918 avait jusqu'alors utilisé la dénomination « travailleur » dans son article 10 évoquant un « pouvoir [qui] émane des travailleurs »¹⁰²⁶. Or loin de toute analyse comparée, il faut observer que dans la formulation espagnole, c'est l'individu actif qui est déclaré centre de toutes les attentions de l'Etat ; mais aussi, c'est l'Homme dans la société et contribuant à la société qui est reconnu, ce qui justifie l'avènement des droits collectifs.

538. En effet, si l'Espagne est une « République de travailleurs », il est donc indispensable de protéger le travail et les travailleurs. Ce sont les articles 46 et 47 qui établissent ces protections, comme dans les Constitutions de Querétaro et de Weimar, mais sans être aussi exhaustif que de la Constitution de Querétaro, suivant plutôt un modèle weimarien de renvoi à la loi¹⁰²⁷.

539. Il est certain que l'article 47 se focalise plus sur la protection de l'agriculture, l'élevage et la pêche, notamment celles qui fonctionnent à échelle familiale ; alors que l'article 46 mélange une protection générale au début de son énoncé, pour se focaliser ensuite sur le travail ouvrier. Ainsi, l'article 46 - après avoir prévu la protection du travail sous la formule « [l]e travail, dans ses diverses formes [...] jouira de la protection des lois -, fonde ses choix sur la notion d'*existence digne* du travailleur ; reprenant, selon B. Mirkine-Guetzevitch,

¹⁰²⁴ O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española*, op. cit., 1933, p. 22

¹⁰²⁵ Voir C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 108.

¹⁰²⁶ *Ibid.* p. 26.

¹⁰²⁷ « [...] nous retrouvons une similitude assez grande entre la Constitution espagnole et les dispositions de la Constitution allemande. » B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, p. 59

l'idée sociale exprimée par la deuxième République française¹⁰²⁸. Ce même article renvoie pourtant (bien avant la France et le Front populaire de L. Blum) à des dispositifs législatifs assez avancés en matière de travail, essayant de réglementer « les cas d'assurance contre la maladie, les accidents, le chômage, la vieillesse, l'invalidité et la mort ; le travail des femmes et des enfants [...] la protection de la maternité ; la journée de travail et le salaire minimum et familial ; les vacances annuelles rémunérées, [...] la participation des ouvriers dans la direction, l'administration et les bénéfices de l'entreprise [...] »¹⁰²⁹.

540. Néanmoins, malgré la place centrale du travail dans la Constitution de 1931, le droit du travail n'est pas le seul à former le volet social de ce texte, puisqu'en effet, sous l'influence de nouvelles tendances constitutionnelles¹⁰³⁰, sera introduite, à l'article 44, la question de la propriété privée et de ses limites. Trois éléments peuvent être soulevés ici : premièrement, que tout ce qui peut faire l'objet de propriété est soumis « aux intérêts de l'économie nationale » ; deuxièmement, que la Constitution prévoit la possibilité de nationalisation, d'expropriation, ou de socialisation de la propriété (ce qui rend possible une réforme agraire par voie légale¹⁰³¹), en invoquant respectivement soit l'exigence des *besoins sociaux*, soit l'*utilité sociale* ; troisièmement, que le droit à la propriété n'est certainement pas absolu, mais il demeure garanti puisque l'application des éventuelles restrictions à ce droit devront faire l'objet d'indemnisation, interdisant aussi la confiscation des biens.

541. L'éducation, droit constitutionnalisé dès 1812, aussi retiendra l'attention des constituants de 1931 qui s'insurgent contre les inégalités d'accès à celle-ci. Ainsi, le député Llopis déclara « jusqu'à maintenant l'éducation était à la portée de celui qui la payait [...] ayant enseignement parce qu'ils payaient »¹⁰³². L'idée fut alors de rendre l'enseignement gratuit, comme le prévoit l'article 48, mais uniquement au primaire, facilitant corolairement « aux espagnols nécessiteux l'accès à tous les degrés de l'enseignement [...] ». Cet accès favorisé par des bourses et non pas par une gratuité systématique fut critiquée par les constituants, notamment par Llopis qui estimait que « les bourses ne résolvent pas le

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ Traductions de l'espagnol au français de F.-M. GARCIA COSTA, *La Constitution de la II République espagnole*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰³⁰ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰³¹ La loi agraire du 15 septembre 1932 expropriera, selon l'article 5, les terres de corporations, de domaines seigneuriaux, de grands propriétaires fonciers, etc. Voir la transcription du texte de loi : B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, *op. cit.*, pp. 120 et s.

¹⁰³² O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española*, *op. cit.*, p. 88.

problème [...] Ce qu'il faut faire c'est ce que nous disons : socialiser l'enseignement. Pour cela on demande dans l'amendement que l'Etat donne faculté à tous les espagnols pour accéder à l'enseignement dans tous ses degrés »¹⁰³³. Un élément particulier qui mérite d'être observé concerne une proposition pour prendre en compte l'enseignement destiné aux enfants en situation de handicap. López Goicoechea, soutenu par M. Antonio, tentera de raisonner ses pairs sur la priorité que devraient avoir ces enfants en matière d'attention éducative, et sur l'obligation de l'Etat envers eux¹⁰³⁴. Or malgré leurs efforts la proposition sera finalement rejetée.

542. Enfin, la Constitution de 1931 accorde aussi une grande importance à la famille, puisqu'elle l'utilise comme un de ses principes recteurs pour articuler les droits sociaux. Ainsi, à l'article 43, l'Etat s'oblige à accorder une « sauvegarde spéciale » à la famille ; une protection de l'enfance ; et une protection de la maternité (de la travailleuse à l'article 46, et en général à l'article 43), faisant allusion à la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant¹⁰³⁵. Aussi, la famille est reconnue par l'article 46 comme élément à prendre en compte pour établir le salaire du travailleur. Elle reconnaît en outre, une obligation sociale des parents envers leurs enfants en matière d'alimentation, instruction et assistance (partagée solidairement avec l'Etat à l'article 43), ce qui est une particularité inhérente à l'Espagne, puisqu'aucune autre Constitution ne confère aux parents des responsabilités sociales. L'inverse (la solidarité des enfants envers leurs parents) fut défendue par le constituant López Goicoechea¹⁰³⁶, or la proposition ne trouva pas assez d'écho pour prospérer.

3. La Constitution espagnole de 1978

543. La Constitution de 1978, élaborée après la fin du régime dictatorial de F. Franco, s'avère intéressante car, elle démontre le rôle de « pont juridique » joué par l'Espagne entre les développements du constitutionnalisme européen et l'évolution du constitutionnalisme latino-américain. D'une part, elle profite des influences européennes. Ainsi, au même temps que la Constitution espagnole de 1978 recueille beaucoup des principes présents dans sa

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁰³⁵ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne, op. cit.*, p. 58.

¹⁰³⁶ O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española, op. cit.*, p. 113.

précédente Constitution de 1931 (qui s'inspire elle-même de la Constitution de Weimar), elle recueille aussi les influences du processus constitutionnel européen d'après-guerre¹⁰³⁷. N'ignorant ni les libertés, ni les avancées en matière sociale de la Constitution française de 1946, italienne de 1947 et de la Loi fondamentale allemande de 1949, la Constitution espagnole de 1978 réussit à concrétiser avec prudence une transition de la dictature vers l'Etat de droit social, tel que se définit l'Espagne dans son article 1.1¹⁰³⁸. En effet, l'Europe du temps de Weimar et la Troisième République française, sont désormais révolues, emportant avec la première conception de l'Etat social. Ainsi, selon M.-C Pérez Villalobos, les changements de l'ordre économique et social en Europe ; une relativisation accrue du « laissez faire » au profit d'opportuns correctifs d'interventionnisme publique et de sens communautaire ; et surtout le renforcement du compromis démocratique, rendant proches le pouvoir public et le citoyen, finissent par modifier le modèle originel d'Etat social, pour adhérer à ce que la doctrine allemande de la seconde partie du XXème siècle appelle l'Etat de droit social¹⁰³⁹.

544. D'autre part, elle influence tout le constitutionnalisme latino-américain¹⁰⁴⁰. Cela s'explique par le partage d'une langue commune qui facilite les transferts ; mais aussi, selon J. Carpizo, c'est la coïncidence chronologique du retour au système démocratique en Espagne et en Amérique latine qui entraîne que, lors des travaux constitutionnels latino-américains, la Constitution espagnole de 1978 inspire plusieurs de ces Etats qui s'irradient alors des acquis institutionnels européens de l'après-guerre¹⁰⁴¹.

545. Pourtant les transferts reçus du constitutionnalisme espagnol ne sont pas homogènes d'un Etat andin à l'autre, puisque l'influence est moins marquée dans la Constitution du Pérou de 1979, que dans celle de Colombie de 1991 (qui reprend le principe fondamental d'« Etat de droit social » pour définir l'Etat). Mais le lien entre ces deux Constitutions n'est pas uniquement une curiosité juridique, puisque c'est la Constitution colombienne de 1991

¹⁰³⁷ R. HARO, « Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución Española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25 aniversario: 1978-2003) », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. 2, 2005, p. 61.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

¹⁰³⁹ M.-C. PEREZ VILLABOLOS, *Estado social y comunidades autónomas*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 15-17.

¹⁰⁴⁰ Voir notamment l'excellente étude : F. FERNANDEZ SEGADO (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 874 p.

¹⁰⁴¹ J. CARPIZO, « Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano », *Revista Derecho del Estado*, n° 23, 2009, p. 20.

qui entame les prémisses de ce qui sera par la suite le nouveau constitutionnalisme latino-américain. Dans les deux cas, l'Etat va accepter de nouvelles obligations au profit d'une meilleure qualité de vie des individus : c'est le cas de la santé publique. En Espagne c'est l'article 43 qui prévoit le « droit à la protection de la santé », recueilli dans l'article 49 du texte colombien. Les deux textes auront un lien en ce sens qu'ils ne commettent pas l'erreur de déclarer simplement « le droit à la santé », ce qui rend le droit imprécis ; mais ils tiendront compte de « la protection de la santé comme prestation susceptible d'être effectivement octroyée et exigée¹⁰⁴² ». La même influence (de reconnaissance du droit et de proclamation des moyens d'effectivité du droit) se répète en matière de protection de la famille et des droits conférés aux personnes en situation de vulnérabilité, tel que les personnes âgées, les jeunes et les mineurs¹⁰⁴³.

546. Au niveau du contenu constitutionnel de 1978, il est important de constater que la signification de cette grande palette de droits économiques et sociaux advient comme une correction et en contrepartie à l'inégalité sociale et économique¹⁰⁴⁴. C'est ainsi que le droit du travail (articles 40 à 42), et le droit à l'éducation (article 27), gardent, à l'image du texte de 1931, une place prépondérante. Or des nouveaux principes directeurs de la politique économique et sociale viennent s'ajouter ou s'améliorer. Une protection de la famille (article 39) ; protection du troisième âge (article 50) ; protection de la santé (article 45) ; droit à un logement digne (article 47) ; protection des personnes en situation de handicap physique et mental (article 49)¹⁰⁴⁵.

547. Cependant, l'élément qui constituera l'apport principal de la Constitution de 1978 au droit public ibéro-américain, c'est la proclamation des tribunaux constitutionnels¹⁰⁴⁶. Cela s'avère concomitant avec le développement de la notion d'Etat de droit social. Car cette

¹⁰⁴² D. VALADES, « La Constitución y el poder », *Pensamiento Constitucional*, n° 7, 2000, pp. 76-77; voir aussi E. SANCHEZ GOYANES, *Constitución española comentada*, Madrid, Paraninfo, 1990, p. 75.

¹⁰⁴³ Voir les similitudes de reconnaissance de la vulnérabilité entre les articles 39-4, 48, 49 et 50 de la Constitution espagnole de 1978 ; et les articles 44, 45 et 46 de la Constitution colombienne de 1991. On remarquera aussi que, plus tard, les articles 35 et 36 de la Constitution équatorienne de 2008 ne renonceront pas à reprendre ces formules ; D. VALADES, « La Constitución y el poder », *Pensamiento Constitucional*, n° 7, 2000, p. 77 ; R. HARO, « Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución Española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25 aniversario: 1978-2003) », *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁴⁴ M.-C. PEREZ VILLABOLOS, *Estado social y comunidades autónoma*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁴⁵ Vis-à-vis de ces droits, consulter les commentaires de : E. SANCHEZ GOYANES, *Constitución española comentada*, Madrid, Paraninfo, 1990, pp. 74-76.

¹⁰⁴⁶ R. HARO, « Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución Española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25 aniversario: 1978-2003) », *op. cit.*, p. 73.

dernière, à la différence de l'Etat social, induit à une force obligatoire du texte constitutionnel, cherchant ainsi à organiser les pouvoirs publics, loin de tout caractère programmatique et « attentiste » du travail législatif¹⁰⁴⁷. En ce sens, ce sont les tribunaux constitutionnels qui ont pour rôle de veiller à ce que les droits constitutionnels soient effectifs, ces derniers devenant donc exigibles par voie contentieuse. Ces développements espagnols en 1978, ne manqueront donc pas d'influencer à l'établissement (ou le rétablissement effectif¹⁰⁴⁸) de la justice constitutionnelle dans tous les Etats andins (dans la Constitution péruvienne de 1979, la chilienne de 1980, la colombienne de 1991, la bolivienne de 1994, l'équatorienne de 1998 et la vénézuélienne de 1999)¹⁰⁴⁹, conservant, dans tous les cas, ces mêmes institutions malgré les changements ou évolutions de leurs Constitutions. Pourtant, pour notre étude sur les droits sociaux, le problème de cette justice constitutionnelle est que, *in fine*, elle s'est montrée plus réactive en matière de protection des droits civils et politiques, qu'envers les droits sociaux.

Section 2. L'avènement du nouveau constitutionalisme latino-américain¹⁰⁵⁰

548. Vers la fin du XXème et au début du XXIème siècle émerge un nouveau modèle constitutionnel en Amérique latine. Ayant pour fondement primitif, d'une part, les influences de la Constitution de Querétaro, et d'autre part, le développement des droits sociaux dans le constitutionnalisme européen ; le modèle de constitutionnalisme social latino-américain affirme l'avènement d'un contenu nouveau dans le Constitutions (incluant le social), et surtout une légitimité nouvelle pour le social (fondée sur des conceptions extra-européennes).

549. Force est de constater que même si le nom que la doctrine utilise pour dénommer le courant du nouveau constitutionnalisme englobe toute l'Amérique latine, c'est en Amérique du Sud (notamment dans les Etats andins) où ces développements se trouvent concentrés.

¹⁰⁴⁷ M.-C. PEREZ VILLABOLOS, *Estado social y comunidades autónoma*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁴⁸ Dans plusieurs Etats andins, la justice constitutionnelle existait déjà mais elle n'était pas effective. Par exemple, en Équateur existait, depuis 1945, un Tribunal des garanties constitutionnelles or il était soumis au pouvoir législatif qui statuait en dernier lieu.

¹⁰⁴⁹ R. HARO, « Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución Española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25 aniversario: 1978-2003) », *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁵⁰ Dénomination utilisée par la doctrine juridique pour qualifier les processus constitutants et leurs résultats, chez certains Etats de cette région durant la fin du XXème et la première décennie du XXIème siècle : P. SALAZAR UGARTE, « Radiografía de un ornitorrinco : el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano », *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Miami, Inter American Institute for Democracy, 2012, p. 49.

Ainsi, la Constitution colombienne de 1991 est « la première manifestation constituante qui définit un point d'inflexion dans l'évolution constitutionnelle »¹⁰⁵¹. Puis les cas les plus représentatifs demeurent le Venezuela (en 1999), l'Equateur (en 1998 et surtout en 2008), et la Bolivie (en 2009). En marge de ce mouvement, le Chili et le Pérou ont cependant apporté, dans les années soixante-dix, quelques éléments, symptômes de l'évolution à laquelle se préparait le constitutionnalisme dans la région andine.

550. Pour étudier le nouveau constitutionnalisme latino-américain, on reprendra, en ce sens, la méthode inductive et chronologique utilisée par A. Noguera et M. Criado de Diego, qui observent tout d'abord, la crise du constitutionnalisme libéral (I) ; puis un renforcement du concept de Constitution et du constitutionnalisme dans la région andine (II) ; et enfin la création d'une logique constitutionnelle propre (III)¹⁰⁵². On signale que, aux fins de ce travail, l'étude de ces points se focalisera uniquement sur les évolutions constitutionnelles de la question sociale.

I. La crise du constitutionnalisme libéral comme prémisse du nouveau constitutionnalisme latino-américain

551. Dans son œuvre sur l'Etat constitutionnel en Amérique hispanique (publiée en 1992), B. Bravo-Lira analyse les étapes de construction de l'Etat constitutionnel et arrive à la conclusion que depuis les années 1920, il existe une crise de l'Etat libéral, caractérisée (entre autres causes qu'il traite de façon plus ample) par l'abandon de la neutralité de l'Etat en matière économique et sociale¹⁰⁵³. En effet, sans revenir sur ce qui a déjà été traité auparavant, il faut rappeler que les Constitutions libérales avaient eu pour mérite de bien savoir préserver les droits civils et politiques des individus. Or au nom d'une liberté conçue à l'extrême, elles ont aussi permis que certains membres de la société créent des situations d'injustice sociale envers d'autres membres de la société. Ainsi, les injustices sociales les

¹⁰⁵¹ A. NOGUERA-FERNANDEZ, M. CRIADO DE DIEGO, « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *Revista de Estudios Socio-Juridicos*, Vol. 13, n° 1, 2011, p. 17.

¹⁰⁵² *Ibid.* ; Même si on adhère sur le fond, aux considérations des auteurs, on fait remarquer qu'on prend distance de certaines formules avancées un peu ambitieusement. D'abord de la notion de « constitutionnalisme occidental traditionnel », alors que leurs développements font constater, qu'en réalité, ils se réfèrent au constitutionnalisme européen et à son développement libéral. Aussi concernant la prétention d'étude du droit latinoaméricain, alors qu'ils se reportent plus modestement à l'étude de la région andine.

¹⁰⁵³ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, op. cit., p. 28.

plus importants, en Europe et en Amérique, furent surement commises par un droit à la propriété illimité, et par une liberté contractuelle totale en matière de travail. Sur la propriété privée, L. Duguit avait comparé en 1913 « le *dominium* individuel » avec « la construction juridique de l'*imperium* royal »¹⁰⁵⁴, puisqu'à l'époque le système de propriété individuelle, sans régulation, ne différait guère du despotisme exercé par une monarchie absolue.

552. Au XIX^{ème} siècle, les écrits de Marx, de F. Lassalle, mais aussi de L. Blanc ou encore de J. Proudhon (parmi bien d'autres), auront une influence certaine pour dénoncer les situations de paupérisme et pauvreté provoquées par un libéralisme illimité, qui n'avait nullement été révolutionnaire pour les masses du point de vue économique et social ; sans parvenir à trouver, depuis sa propre doctrine, des solutions aux graves situations d'injustice sociale. En conséquence, ce sont des auteurs et intellectuels progressistes qui proposèrent des mécanismes d'atténuation du libéralisme, plus ou moins renforcé selon les auteurs. Le marxisme orthodoxe, le socialisme, le solidarisme, etc. ont émergé en ce sens, d'abord sous la forme de doctrines, puis de lois, et enfin de Constitutions ; obligeant le libéralisme sinon à être chassé et révolu, du moins à être atténué, contrôlé, régulé.

553. Plusieurs décennies s'écoulaient entre, d'une part, les premières crises du constitutionnalisme libéral et, d'autre part, l'apparition des nouvelles formes de Constitution en Europe occidentale et en Amérique latine. Ces évolutions interviennent d'ailleurs grâce au fait que les Etats (parfois sous le coup de révolutions) ont compris que l'adaptation de leur système libéral aux idées sociales, était indissociable des principes d'égalité (en droits et en opportunités) et de démocratie (politique et sociale). Ainsi, aux côtés de la liberté contractuelle, et du droit de propriété, désormais s'érigeront des principes juridiques nouveaux, tels que : le *droit social* (théorisé d'abord par O. Von Gierke¹⁰⁵⁵); l'*utilité publique* de la propriété (qu'on retrouve à l'article 11 de la Constitution française de 1848) ; la *dignité* de la personne (présente à l'article 46 de la Constitution espagnole de

¹⁰⁵⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, p. 5.

¹⁰⁵⁵ Au lendemain de la Première guerre mondiale, O. von Gierke propose « un modèle allemand de l'État permettant à la société civile de contribuer aux décisions politiques et en même temps de mettre l'État à l'abri des menaces que font peser sur lui les mouvements sociaux [...] Il développe ainsi la notion du droit social qui assure une médiation entre les revendications d'une partie de la société civile et politique et l'État, qui doit maintenir toute sa puissance pour ne pas être pris en otage par les mouvements sociaux. » : O. VON GIERKE, « L'idée germanique de l'État », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 1, 2006, p. 171.

1931) ; la *fonction sociale* de la propriété (thèse solidariste de L. Duguit qui influencera notablement la Constitution colombienne dès 1936¹⁰⁵⁶) ; les *besoins sociaux*, ou l'*utilité sociale* (présents dans le système juridique espagnol dès 1931-1932¹⁰⁵⁷).

554. Pourtant dans de nombreux cas, ces remises en cause du libéralisme économique furent proclamées *a minima* par les Constitutions (c'est le cas de la France jusqu'en 1946, et du Pérou jusqu'en 1979) ; ou elles furent proclamées mais sans disposer des mécanismes de pleine effectivité (c'est le cas de la Colombie). Cette situation entraîna un maintien, voire un accroissement, des problèmes d'inégalité matérielle et d'injustice sociale. Ainsi, tandis qu'à l'*Ecole de Chicago* une vague de rénovation « souterraine » de la pensée libérale commence à prendre forme¹⁰⁵⁸ ; en surface, les années soixante à quatre-vingt, marquent une accentuation de la crise des doctrines libérales, ce qui renforce d'avantage les idéologies qui promeuvent le pouvoir de l'Etat par le socialisme ou par l'économie sociale de marché¹⁰⁵⁹. En ce sens, la régulation des marchés est renforcée, et la responsabilité sociale de l'entreprise émerge ; toutes les deux servant de palliatifs aux abus commis par ceux qui profitent des larges libertés économiques.

555. C'est à cette époque, que le Pérou et le Chili se démarquent avec des projets de gouvernement inspirés des idées anti-impérialistes et donc antilibérales. Au Pérou par le biais d'un coup d'Etat en 1968, et au Chili par la voie démocratique en 1970, parviennent au pouvoir les premiers mouvements andins contestataires du libéralisme ; essayant d'institutionnaliser sinon une révolution sociale, du moins des profondes réformes du système économique de leur pays.

556. Dans le cas du Pérou, le gouvernement *de facto* du général J. Velasco Alvarado n'abroge pas la Constitution de 1933, mais il la subordonne au *Statut du gouvernement révolutionnaire de la Force armée*¹⁰⁶⁰. Ce document, auquel on lui attribue une valeur constitutionnelle, fonde les motivations d'un gouvernement qui dénonce « l'injuste ordre

¹⁰⁵⁶ L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, 5^e éd., Bogotá, Editorial Temis, 1977, pp. 366 et s.

¹⁰⁵⁷ Voir en ce sens la loi agraire du 15 septembre 1932 qui permet l'expropriation des grandes propriétés foncières ou des terres inutilisées.

¹⁰⁵⁸ S. BOISARD, « L'émergence d'une nouvelle droite: monétarisme, conservatisme et autoritarisme au Chili », Thèse de doctorat nouveau régime « Etudes sur l'Amérique latine », Toulouse le Mirail, 2001, pp. 120 et s.

¹⁰⁵⁹ J.-M. EASTMAN, *Constituciones políticas de los países del Pacto andino*, Bogotá, Secretaria ejecutiva del Parlamento andino, 1991, p. 18.

¹⁰⁶⁰ Décret-loi n°17063, 3 octobre 1968.

économique et social » ; « les [classes] privilégié[e]s » ; le manque de politiques de « transformation pour dépasser le sous-développement »¹⁰⁶¹. Face à cette situation où c'est bien le système libéral qui est remis en cause, l'objectif du gouvernement sera « la transformation des structures économiques, sociales et culturelles du pays » afin de « [p]romouvoir à des niveaux de vie plus élevés [...] les secteurs les moins favorisés de la population¹⁰⁶² ». Sans revenir sur ce qui a déjà été traité par ailleurs, il suffit de dire que le *Statut du gouvernement révolutionnaire de la Force armée* de 1968 donnera légitimité à une série de réformes profondes de l'économie nationale (agraire, industrielle, banque, pêche, etc.).

557. Dans le cas du Chili, en novembre 1970, l'*Unidad popular* (parti d'affiliation socialiste chilien) triomphe dans les urnes, portant S. Allende à la présidence de la République. Conscients que la doctrine libérale, en tant que système économique et social, était en déclin (même avant l'arrivée d'Allende au pouvoir¹⁰⁶³), c'est l'Etat qui assume le rôle de donner satisfaction aux aspirations sociales des chiliens par le biais d'une réforme à la Constitution de 1925¹⁰⁶⁴. En ce sens le point n°6 de la loi de réforme constitutionnelle du 9 janvier 1971 (réformant l'article 10 de la Constitution chilienne) prévoit la « création de garantie générale des droits économiques sociaux et culturels et devoirs de l'Etat », obligeant l'Etat à adopter toutes les mesures qui tendent à leur satisfaction. Cela induit bien évidemment à une atténuation du libéralisme économique, notamment en ce qui concerne la soumission du contrat de travail aux règles de sécurité sociale, rémunération minimale, droit de grève¹⁰⁶⁵.

558. Or l'élément le plus intéressant de cette réforme est peut-être son contenu idéologique avant-gardiste. Ainsi, toujours dans le point n°6 de la loi de réforme de 1971, il est remarquable que la motivation pour fonder les mesures sociales soit « le libre développement de la personnalité [...] humaine ». Car cela n'est pas sans rappeler les travaux d'A. Sen, qui deux décennies plus tard développera sa théorie sur la prise en compte

¹⁰⁶¹ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho constitucional peruano, op. cit.*, pp. 600 et s.

¹⁰⁶² Article 2-b, Décret-loi n°17063, 3 octobre 1968.

¹⁰⁶³ S. MOLINA, « La planificación y la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia económica y social », *Reforma constitucional 1970*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 77.

¹⁰⁶⁴ Loi de réforme constitutionnelle n° 17.398, 9 janvier 1971.

¹⁰⁶⁵ Voir le point n°8 portant sur la réforme de l'article 10 de la Constitution de 1925, loi de réforme constitutionnelle n° 17.398, 9 janvier 1971.

des *capabilités* de la personne pour lutter contre la pauvreté¹⁰⁶⁶. En effet, à la différence des doctrines économiques et sociales qui réduisent la pauvreté au simple revenu par habitant, A. Sen croit important de s'attacher à la diversité de fonctionnements interdépendants que la personne peut effectuer. Ce qui veut dire que le traitement de la pauvreté serait concomitant avec la prise en compte de la liberté de conduire et de construire sa vie¹⁰⁶⁷ ou, autrement dit, serait concomitant avec la prise en compte du « libre développement de la personnalité » comme l'indique textuellement la norme chilienne.

II. De la consolidation de l'Etat constitutionnel, à la première vague du nouveau constitutionnalisme latino-américain

559. Le nouveau constitutionnalisme latino-américain, est une dénomination utilisée pour qualifier les processus constitutants et leurs résultats, dans certains Etats de cette région durant la fin du XXème et la première décennie du XXIème siècle¹⁰⁶⁸. Même si, comme l'affirme R. Uprimny, il est possible que ce mouvement associe les acquis de différentes Constitutions du XXème siècle, donnant aux plus jeunes Constitutions des caractéristiques distinctives face à d'autres constitutionnalismes du monde ou à d'autres systèmes dominant la région dans le passé¹⁰⁶⁹. Selon R. Uprimny, certaines de ces caractéristiques sont : la constitutionnalisation de droits nouveaux (notamment des droits sociaux) à côté des droits-libertés incorporant la formule idéologique de « l'Etat de droit social » développée en Europe au cours du XXème siècle ; la valorisation du pluralisme dans toutes ses formes (protégeant en conséquence des groupes traditionnellement soumis à discrimination comme les indigènes) ; la constitutionnalisation de conceptions issues de la tradition indigène ; la protection ou garantie juridique de ces droits, notamment par le biais du renforcement de la justice constitutionnelle¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶ P. JACQUET, L. JAUNAUX, et al. « Amartya Sen, la pauvreté comme absence de capacité », *Revue Projet*, n° 3, 2004, pp. 72-77.

¹⁰⁶⁷ A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 66.

¹⁰⁶⁸ P. SALAZAR UGARTE, « Radiografía de un ornitorrinco: el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano », *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁶⁹ R. UPRIMNY, « Las transformaciones constitucionales recientes en América latina: tendencias y desafíos », C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2011, p. 126.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, pp. 127-134.

560. C'est pourquoi ce volet d'étude observera brièvement que des phénomènes politiques et constitutionnels andins ont agi comme prémisses au nouveau constitutionnalisme latino-américain (A), qui apparaît véritablement avec le processus constituant de 1991 en Colombie (B), avant de se développer, sous d'autres ancrages idéologiques, au Venezuela en 1999 (C).

A. Une évolution contemporaine vers l'Etat constitutionnel

561. Les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix marquent une double étape, en matière sociale, dans les six Etats d'Amérique andine. En premier lieu, c'est un temps de doute et de choix entre, d'une part, l'influence étatsunienne (clivé entre le courant monétariste néolibéral et le courant libéral modéré keynésien), et d'autre part, l'influence européenne (clivé entre un réformisme économique, et un libéralisme-social qui préfère de plus en plus le marché à l'Etat). Deuxièmement, c'est un temps de stabilité institutionnelle où se constitutionnalise l'idée de désengagement de l'Etat¹⁰⁷¹ (ce qui ne fait pas progresser les droits sociaux), mais paradoxalement aussi ce temps de consolidation du socle institutionnel permet une incursion des droits sociaux dans certaines Constitutions.

562. Comme l'évoque M. Carraud, à partir des années quatre-vingt, une vague de démocratisation émerge dans Etats andins¹⁰⁷² (l'Équateur en 1979, le Pérou en 1980, la Bolivie en 1982), à l'exception du Chili encore sous la dictature d'A. Pinochet (1973-1990). Bien que cet espace de démocratie, qui débute dans les années quatre-vingt, n'ait pas été exempt de troubles voire d'intermèdes autoritaires¹⁰⁷³, il permet de construire progressivement des valeurs républicaines contemporaines (c'est-à-dire de démocratie mais aussi une préoccupation pour la justice sociale). Il faut observer que cette nouvelle période signifie d'abord l'institutionnalisation des gouvernements civils, qui finirent par l'emporter sur la tradition d'intervention militaire. Puis, ce sont les divers mouvements populaires, qui auront lieu au cours de cette période, qui obligeront les gouvernants à faire évoluer le droit

¹⁰⁷¹ M. CARRAUD, « Les mutations constitutionnelles récentes dans les Etats andins », M.-J. BERNARD et M. CARRAUD (dir.), *Justice et démocratie en Amérique Latine*, Grenoble, PUG, 2005, p. 164.

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ C'est le cas en Equateur où différents mouvements populaires provoquent la destitution de plusieurs Présidents entre 1997 et 2005 ; c'est aussi le cas du Venezuela qui fut au bord de la révolution en 1989, et qui vit la destitution du Président C. Andrés Pérez en 1993 ; c'est encore le cas en Bolivie où, entre 2003 et 2006, connaît de sérieux troubles menant deux Présidents à la démission ; enfin dans le cas du Pérou, c'est un peu différent car la démocratie cède face à une montée de l'autoritarisme entre 1992 et 2000.

constitutionnel. Ce qui signifie que les crises politiques et sociales provoquèrent une « nécessité constituante » chez les Etats du nouveau constitutionnalisme latino-américain¹⁰⁷⁴. Ainsi par exemple, dans le cas colombien, c'est un mouvement d'étudiants (« *Séptima papeleta* ») qui en 1990 appela à une constituante ; en Équateur ce furent nombreuses révoltes paysannes qui ont conduit à une nouvelle Constitution en 1998 ; en Bolivie après trois Constitutions qui ne s'ajustaient pas aux nécessités de la société (1994, 2004, 2008), est advenu un mouvement aux revendications pluriculturelles aboutissant à une nouvelle Constitution en 2009 ; au Venezuela, ce furent les révoltes antilibérales depuis le *Caracazo* en 1989, suivies par un malaise social et des mouvements populaires, qui créèrent le substrat d'appui de masse nécessaire au changement de Constitution proposé par le socialisme d'Hugo Chavez en 1999.

563. Le Chili, une fois libéré de la dictature, est resté en marge de ce mouvement, car malgré une quinzaine de réformes, la Constitution de 1980 (encore assez influencée par le courant économique néolibéral inoculé par l'*Ecole de Chicago*) n'est pas parvenu pas à être remplacée. Reste le cas paradoxal du Pérou, qui fait aussi figure d'exception au mouvement constitutionnaliste social, à contrecourant des autres Etats andins. En effet, en 1979 ce pays parvient à se donner une Constitution assez progressiste en matière de droits sociaux, *a contrario* de la situation constitutionnelle de tous autres les Etats de la région. Alors que, durant la période plus récente à laquelle les autres Etats andins admettent des Constitutions sociales, le Pérou se replie sur une Constitution dont le volet économique est fortement influencé par le libéralisme, et ne reconnaît qu'*a minima* l'existence des droits sociaux (malgré une reconnaissance de protection aux peuples indigènes).

564. A ce stade deux idées peuvent déjà être admises. Premièrement, que du point de vue juridico-politique, la région tend à évoluer globalement vers un Etat constitutionnel. Deuxièmement, que ce système constitutionnel tend à se renouveler, encouragé par des mouvements sociaux. A cela va s'ajouter un troisième élément qui consiste à prendre en compte que, depuis le point de vue substantiel, ces nouvelles Constitutions vont proclamer des nouveaux droits, de type progressiste. La Colombie étant le premier Etat de la région à les développer en 1991, et à constituer ce qu'on appellera la première vague du nouveau

¹⁰⁷⁴ P. SALAZAR UGARTE, « Radiografía de un ornitorrinco: el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano », *op. cit.*, p. 57.

constitutionnalisme latino-américain (caractérisée par reconnaître les droits sociaux sans les fonder sur des critères originels mais plutôt sur l'influence des courants européens).

B. La première expérience du nouveau constitutionnalisme latino-américain : la Constitution colombienne de 1991

565. Contrairement à ce qui va se passer quelques années plus tard pour les cas de l'Equateur et de la Bolivie, les juristes colombiens entendent apprivoiser la crise du constitutionnalisme libéral non pas en renonçant à celui-ci, mais plutôt en essayant de dépasser ses limites. Ce qui revient à réutiliser le libéralisme pour mieux le construire, ou autrement dit, il s'agit de réformer l'utilisation du libéralisme faute de pouvoir l'abandonner. Il s'agit là d'une position tout à fait propre à la Colombie, qu'on peut assimiler au *courant de pensée de libération* (où versent les influences de la théorie de la dépendance, de la pédagogie libératrice du brésilien P. Freire, la théologie de la libération et même l'esthétique du réalisme magique dans la littérature de G. Garcia Márquez¹⁰⁷⁵). En ce sens, selon le Professeur N. Solórzano, l'inversion idéologique prônée par le *courant de pensée de libération*, s'explique premièrement par un élément herméneutique et, deuxièmement, par un facteur critique¹⁰⁷⁶. Le premier cherche à combler la scission entre la théorie (*theoria*) et la pratique (*tecné*) ; tandis que le second cherche à surpasser la crise du droit et de la raison juridique par le dépassement (ce qui n'implique pas « abandon » mais meilleure « réutilisation ») des méthodes positivistes (exégétiques et dogmatiques)¹⁰⁷⁷.

566. C'est ainsi que sur les terres de Colombie aura lieu le rapprochement entre, d'une part, le contenu du droit constitutionnel et, d'autre part, les nécessités des colombiens (nécessités de paix et de justice sociale manifestées par le mouvement pro-constituant *Séptima papeleta* en 1990). Mais encore, que vont se rapprocher les droits proclamés et les individus destinataires. Afin de parvenir au premier rapprochement (entre contenu et nécessités) la Constitution de 1991 va reconnaître, à la différence de la Constitution précédente, d'une part, une longue liste de droits économiques, sociaux et collectifs, qui n'étaient pas constitutionnalisés ; et d'autre part, un développement de contenu plus étendu pour les

¹⁰⁷⁵ Ce lien est fait par : N. SOLÓRZANO ALFARO, *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, San Luis Potosí, Facultad de derecho de la universidad autónoma de San Luis Potosí, 2007, p. 131.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.* p. 132.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

droits qui existaient déjà¹⁰⁷⁸. Et afin de parvenir au second rapprochement (entre droits proclamés et individus destinataires) la Constitution de 1991 va créer des mécanismes d'exigibilité juridictionnelle des droits constitutionnels.

567. De ce fait, on peut constater quatre éléments caractéristiques de la Constitution colombienne qui s'avèrent novateurs pour la région andine : premièrement, qu'une conception nouvelle de l'Etat repose sur le principe d'Etat de droit social (1) ; deuxièmement, qu'il existe une reconnaissance étendue des normes à contenu social (2) ; troisièmement, que ces droits sont proclamés universels (3) ; quatrièmement, que ces droits ont vocation à être garantis par un juge (4).

1. L'Etat de droit social colombien

568. L'article 1^{er} de la Constitution colombienne de 1991 constitutionnalise pour la première fois dans la région andine le principe d'«Etat de droit social » organisé sous la forme de République, qui se fonde sur le respect de la dignité humaine, le travail, la solidarité des membres de société et la prééminence de l'intérêt général¹⁰⁷⁹.

569. Cette Constitution affirme son attachement aux acquis de l'idéologie libérale traditionnelle par la proclamation qui est faite de l'Etat de droit et par la volonté de s'organiser en République (ce qui implique, au moins, qu'il existe une séparation des pouvoirs et un régime démocratique de respect des libertés fondamentales). Or force est de constater que l'influence de ce libéralisme s'avère désormais complétée par d'autres courants de pensée qui s'écartent de la philosophie individualiste. Ainsi, en 1991, la Constitution colombienne prévoit que la République est dans l'obligation de respecter la « dignité humaine », « le travail », « la solidarité » et la prééminence de « l'intérêt général ». Chacune de ces notions renvoyant à un substrat d'idées qui aura pour but de justifier la relativisation de l'individualisme économique, ce qui revient à initier un processus de régulation du pan économique du libéralisme.

¹⁰⁷⁸ A. NOGUERA-FERNANDEZ, M. CRIADO DE DIEGO « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁷⁹ L'article 1^{er} dit textuellement : « La Colombie est un Etat de droit social, organisé sous la forme d'une République unitaire, décentralisée, avec autonomie de ses entités territoriales, démocratique, participative et pluraliste, fondée dans le respect de la dignité humaine, le travail et la solidarité des personnes qui l'intègrent et dans la prééminence de l'intérêt général. » (Traduction libre de l'espagnol).

570. Sur « la dignité humaine » il y aurait beaucoup à dire, mais paradoxalement il est très difficile d'assimiler cette notion à une idéologie. Car de la même façon qu'un droit libéral dignifie la personne, un droit social peut en faire autant. Cependant un élément ressort objectivement de cette notion : c'est la volonté de faire primer l'humain sur toute autre considération (comme le progrès matériel ou individuel par exemple). Sur un autre bord, « le travail » est une notion qui va s'avérer plus perméable aux idéologies, car elle peut être rattachée au droit du travail et à la classe des travailleurs, selon le modèle espagnol de 1931 et surtout de 1978, qui est lui-même inspiré de Weimar et de la loi fondamentale allemande de 1949. L'influence paraît être donc issue du socialisme et de la social-démocratie européennes, non pas sous la forme d'une « République des travailleurs », mais sous celle d'une « République fondé dans le travail ». Ce qui annonce qu'une attention particulière est attachée aux normes qui se rapportent au travail. Enfin, peuvent être observés les notions de « solidarité » et « d'intérêt général » où l'influence française semble être active. Sur ce dernier point deux choses peuvent être dites. D'une part, que l'allusion de la Constitution colombienne à la « solidarité des personnes qui l'intègrent [la République] », évoque la solidarité telle qu'employé dès 1859 par P. Leroux. Dans le sens où ce dernier cherche à démontrer l'idée d'une dépendance réciproque tout en dépassant la charité chrétienne¹⁰⁸⁰ (jusque-là très présente en Colombie notamment à travers l'influence du *conservadurisme* politique qui privilégia l'assistance). D'autre part, et de façon complémentaire, que le fondement de l'action de l'Etat sur « la prééminence de l'intérêt général » renvoie directement aux influences solidaristes de L. Duguit¹⁰⁸¹. Or contrairement à ce qu'on pourrait croire, ce phénomène d'influence n'est pas nouveau en Colombie car le Doyen de Bordeaux avait déjà inspiré la doctrine et les députés colombiens lors de la réforme constitutionnelle de 1936 qui introduit la notion de « fonction sociale » afin de justifier l'idée selon laquelle la propriété implique des obligations¹⁰⁸².

¹⁰⁸⁰ BORGETTO, M. *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 350-351.

¹⁰⁸¹ Cherchant à s'éloigner de l'individualisme, L. Duguit reconnaît un lien entre le fait social qui est le fondement des obligations juridiques des gouvernants et l'idée d'interdépendance sociale. C'est ainsi qu'il détermine que les gouvernants doivent assurer et contrôler les services publics de leur Etat parce que cela résulte indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale. De ce fait, le droit public moderne renonce à son caractère nettement subjectif de commandement et devient « un droit objectif ». C'est-à-dire un ensemble de règles qui déterminent le fonctionnement des services publics, conférant ainsi une fonction sociale à l'Etat : L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, pp. 41-53.

¹⁰⁸² L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, *op. cit.*, pp. 366 et s.

571. Il aura donc bien été compris que le principe d'Etat de droit social colombien ne résulte pas tant de l'alliage entre les doctrines libérales (de l'Etat de droit) et sociales (de l'Etat social) ; mais plutôt de la « neutralisation idéologique » du déterminisme porté aussi bien par l'individualisme que par le collectivisme¹⁰⁸³. En ce sens la Constitution arrive à trouver un point d'union entre, d'une part, les acquis du libéralisme et, d'autre part, les conceptions humanistes, sociale-démocrates et solidaristes du droit. Quoi qu'il en soit, cela se traduit par le fait que l'Etat de droit social colombien repose sur une conception où le collectif paraît être prioritaire face à l'individuel, sans pour autant abandonner les droits individuels.

572. Cette relativisation de l'individualisme aura une conséquence sur les normes constitutionnelles qui vont être proclamées en 1991, et notamment sur le modèle économique. Qui selon A. Julio, correspond à une modèle « mixte », car il mélange des éléments de nature libérale avec d'autres inhérents d'une économie dirigée, typiques du constitutionnalisme de l'Etat social¹⁰⁸⁴.

573. Cependant la Constitution de 1991 peut difficilement être considérée comme étant révolutionnaire du point de vue économique, tout d'abord, car ce n'est pas elle qui introduit l'idée solidariste de « fonction sociale », présente dans le constitutionnalisme colombien dès 1936. Mais encore, car elle ne freine pas tout le libéralisme économique, puisqu'elle impulse une libéralisation très poussée des marchés colombiens en vue de promouvoir l'intégration économique avec l'international. Ainsi, selon S. Matías Camargo, l'article 150 n°6, permet la cession de souveraineté nationale aux entreprises étrangères soutenues par des traités internationaux¹⁰⁸⁵. En effet, l'ambiguïté de la Constitution sur le plan économique est latente dans tout le texte ; même si certains éléments portent à croire que les influences néolibérales du Nouvel Ordre Mondial¹⁰⁸⁶, alors en vogue, ont eu raison des reliquats du solidarisme. Ainsi par exemple, à côté du maintien du principe d'intervention

¹⁰⁸³ J.-C. UPEGUI MEJIA, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2009, p. 40.

¹⁰⁸⁴ A. JULIO, « Economía y ordenamiento constitucional », H. CUEVAS (dir.), *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 192.

¹⁰⁸⁵ S. MATIAS CAMARGO, « El Nuevo Orden Constitucional Colombiano », *Papel Político* 16, n° 1, 2011, p. 26.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p.32.

étatique (article 334) – qui désormais est fortement limité¹⁰⁸⁷ –, est reconnue l'image d'entreprise privée comme « base du développement » (article 333)¹⁰⁸⁸.

2. Une reconnaissance étendue de normes à contenu social

574. Le contraste avec la Constitution de 1886 est assez révélateur de l'évolution du constitutionnalisme colombien, car au-delà de l'éducation et de certains droits des travailleurs, ce texte n'incluait pas les droits sociaux en tant que règles de droit avec une force normative¹⁰⁸⁹. C'est à travers la reconnaissance des droits collectifs, économiques, sociaux et culturels, que se dévoile la constitutionnalisation de la question sociale, avec sa vocation transformatrice, puisque ces droits contribuent tous (chacun dans son domaine) à atteindre une société plus juste¹⁰⁹⁰.

575. Sans qu'il soit nécessaire établir une liste exhaustive des droits sociaux constitutionnels, on peut évoquer le cas de certains droits collectifs. Comme le droit du travail où l'article 53 de la Constitution garde un schéma weimarien et renvoie à la norme légale au même temps qu'elle reconnaît un « minimum de principes fondamentaux » pour reprendre les mots dudit article. Parmi lesquels figurent le droit à une rémunération minimale ; l'interdiction pour le contrat de travail de porter atteinte contre la dignité humaine ; le droit de grève (article 56) ; ou encore les facultés données aux partenaires sociaux pour discuter et négocier les normes de travail qui seraient incertaines (articles 53 et 55).

576. Mais encore, il peut être relevé le cas de certains groupes de personnes, comme les droits de l'enfant, où l'article 44 reconnaît leur prééminence sur le droit des autres. Consacrant ainsi le caractère fondamental du droit à la sécurité sociale, à la santé (la gratuité étant uniquement accordée aux enfants de moins d'un an à l'article 50), à l'alimentation, à l'éducation des enfants. De plus, en prévoyant un partage de l'obligation

¹⁰⁸⁷ Par exemple l'article 336 de la Constitution prohibe les monopoles étatiques à l'exception de ceux établis pour générer des rentes ayant une finalité d'intérêt public ou social et en vertu de la loi

¹⁰⁸⁸ S. MATIAS CAMARGO, « El Nuevo Orden Constitucional Colombiano », *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁸⁹ A. NOGUERA-FERNANDEZ, M. CRIADO DE DIEGO « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁰⁹⁰ R. UPRIMNY, « Las transformaciones constitucionales recientes en América latina: tendencias y desafíos », *op. cit.*, pp. 138-139.

d'assistance et de protection de l'enfant entre l'Etat, la famille et la société, la Constitution *juridicise* une particularité historique propre aux systèmes sociaux andins où la famille et la communauté ont *de facto* un rôle social actif. Il va de même pour le cas des personnes du troisième âge (article 46). Mais c'est uniquement l'Etat qui assume un rôle social pour élaborer une politique de prévision, réhabilitation et intégration sociale des personnes en situation de handicap (article 47). Enfin, la Constitution accorde une attention particulière aux travailleurs agricoles, pour qui l'article 64 prévoit la promotion d'un accès progressif à la propriété et aux services de santé, logement, éducation et sécurité sociale.

577. Dans le cas des droits assimilés à prestation, l'article 48 définit la sécurité sociale comme un service public de caractère obligatoire, garanti de façon universelle à tous les habitants (articles 48 et 49). Cependant même si la direction et le contrôle appartiennent à l'Etat, l'article 48 prône la participation des capitaux privés pour améliorer progressivement le système social. De son côté l'éducation est reconnue, à l'article 67, comme un droit de la personne et comme un service public à fonction sociale, ce qui infère la gratuité dans les établissements de l'Etat. La Constitution admet aussi que l'initiative privée puisse créer des établissements d'éducation (article 68) sous contrôle de l'Etat. Enfin, à l'image de ce qui a déjà été évoqué pour les droits de l'enfant, l'Etat est coresponsable de l'éducation avec la famille et la société (article 67 al. 3).

578. Aussi, peut être signalée une particularité tout à fait propre aux Etats habités par des indigènes, car l'article 330 de la Constitution accorde une autonomie de gouvernement (sous le respect des normes constitutionnelles et légales) aux territoires indigènes. En ce sens, ledit article reconnaît leur droit coutumier pour l'exercer des fonctions notamment en matière de développement économique et social (en accord avec le Plan national de développement).

579. Comme il aura été constaté, la liste des droits sociaux s'amplifie substantiellement, ce qui caractérise le phénomène du nouveau constitutionnalisme, dans la mesure où cette Constitution intègre les principes d'abord sociaux, puis du libéralisme économique. Ainsi, d'un côté opère une libéralisation du marché et de la possibilité d'introduire le capital privé comme élément subsidiaire à la fonction publique de l'Etat dans le domaine de la santé et de l'éducation. D'un autre côté, cette Constitution traite le sujet social depuis les différences

de capacités (se focalisant par exemple sur le cas de l'enfant ou de la personne en situation de handicap) ou de conditions de la personne (comme c'est le cas des travailleurs). Cela est fait afin que leurs désavantages naturels ou sociaux ne constituent pas des limites à la reconnaissance de leurs droits, mais que, au contraire, ces personnes adviennent à se réaliser humainement¹⁰⁹¹.

3. Des droits sociaux proclamés universels

580. Sur la question des titulaires des droits constitutionnels, le constitutionnalisme colombien brise une tradition répandue dans les Etats andins mais aussi européens qui prétend réserver de façon discriminatoire¹⁰⁹² les droits (de façon directe ou indirecte) à ses citoyens ou à ses nationaux. En ce sens l'article 13 de la Constitution colombienne reconnaît l'universalité des droits¹⁰⁹³. Elément qui est réaffirmé à dans le cas de la sécurité sociale (article 48) ; mais qui demeure plus ambigu pour le cas de l'éducation où il est énoncé que l'« éducation forme le colombien [...] »¹⁰⁹⁴ ; ainsi que pour le cas du droit au logement où il est prévu que « tous les colombiens ont le droit à un logement digne »¹⁰⁹⁵.

581. Contrairement à ce qui sera le cas des Constitutions vénézuélienne, bolivienne et équatorienne, la Constitution colombienne demeure peu claire en matière de garantie des droits constitutionnels pour les étrangers¹⁰⁹⁶. Car à partir de l'utilisation du mot « colombiens » il peut être déduit que les non-colombiens ne bénéficient pas des mêmes droits. Le juge constitutionnel sera alors dans l'obligation de combler cette ambiguïté confirmant « le principe d'universalité comme élément central de l'Etat social »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹¹ Se reporter en ce sens aux théories de R. Arango, inspirées par la doctrine d'intégration des droits d'A Sen, sur les droits sociaux constitutionnels : R. ARANGO, « Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial », *El Otro Derecho*, n° 28, 2002, p. 115 ; Voir aussi : R. ARANGO, « La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales », *Revista Derecho Público*, n° 12, 2001, pp. 200 et s.

¹⁰⁹² L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 119 et s.

¹⁰⁹³ L'article 13 énonce que : « Toutes les personnes naissent libres et égales face à la loi, elles recevront la même protection et traitement des autorités et jouiront des mêmes droits, libertés et opportunités sans aucune discrimination pour raison de sexe, race, origine nationale ou familiale, langue, religion, opinion politique ou philosophique », (traduction libre de l'espagnol).

¹⁰⁹⁴ Article 67 al. 2, Constitution Politique de Colombie de 1991.

¹⁰⁹⁵ Article 51, Constitution Politique de Colombie de 1991.

¹⁰⁹⁶ A. NOGUERA-FERNANDEZ, M. CRIADO DE DIEGO « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁹⁷ Cour Constitutionnelle colombienne, sentence C-063/10, fondement juridique 3.1.

4. La garantie des droits sociaux par un juge

582. La Constitution colombienne de 1991 a pris le soin d'établir plusieurs fois des responsabilités dans la protection et recherche d'effectivité des droits fondamentaux (droits libertés et droits sociaux). Cette responsabilité sera opposée au notamment au Procureur général de la nation, avec le soutien du Défenseur des droits¹⁰⁹⁸ ; mais aussi aux citoyens par l'injonction constitutionnelle à accomplir des devoirs et obligations¹⁰⁹⁹ ; aux familles et à la communauté¹¹⁰⁰ ; et surtout aux juges qui ont un pouvoir d'injonction à travers l'action en tutelle ou *tutela*¹¹⁰¹.

583. Cette protection des droits constitutionnels par les juges (parmi lesquels figurent les droits sociaux), constitue sans aucun doute un des apports les plus remarquables du nouveau constitutionnalisme colombien, générant d'intenses débats doctrinaux¹¹⁰², afin de comprendre les différents degrés de protection que le dispositif de *tutela* octroi.

584. En ce sens il est vrai que ces dispositions constitutionnelles bouleversent le paradigme de la *justiciabilité* des droits fondamentaux ; car comme l'expliquent A. Noguera et M. Criado de Diego, les instruments processuels traditionnels (issus du paradigme libéral du XIXème siècle et destinés aux procès bilatéraux entre privés) n'étaient pas en adéquation avec la nécessité de protection des droits sociaux¹¹⁰³. Puisque ces mécanismes ne permettaient ni des demandes collectives (alors que les situations de droits sociaux incombent souvent à tout un pan de la société) ; ni une procédure en urgence (car la

¹⁰⁹⁸ Articles 277 et 282, Constitution Politique de Colombie de 1991.

¹⁰⁹⁹ Article 95, Constitution Politique de Colombie de 1991.

¹¹⁰⁰ Du fait du rôle subsidiaire d'assistance et de protection que la famille et la communauté ou société ont vis-à-vis de l'enfant et des personnes du troisième âge, selon les articles 50 et 46 de la Constitution respectivement.

¹¹⁰¹ L'article 86 prévoit en ce sens que : « [t]oute personne aura l'action en tutelle pour réclamer face aux juges, à tout moment et lieu, à travers une procédure de préférence et sommaire, par elle-même ou par qui agisse en son nom, la protection immédiate de ses droits constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci résultent violés ou menacés par l'action ou l'omission de n'importe quelle autorité publique. La protection consistera en un ordre pour que celui contre lequel l'action de tutelle est requise, agisse ou s'abstienne de le faire. La sentence, qui sera d'immédiate application, pourra faire l'objet d'appel face au juge compétent et, en tout cas, celui-ci le remettra à la Cour constitutionnelle pour son éventuelle révision. Cette action procédera uniquement lorsque la victime ne dispose pas d'autre moyen de défense judiciaire, sauf si celle-là s'utilise comme mécanisme transitoire pour éviter un préjudice irrémédiable. [...] », (traduction libre de l'espagnol).

¹¹⁰² J. DUGAS, « La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable? », J. DUGAS (dir.), *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1993, p. 28.

¹¹⁰³ A. NOGUERA-FERNANDEZ, M. CRIADO DE DIEGO « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *op. cit.*, p. 31.

procédure traditionnelle demandait la présentation d'un moyen probatoire solide)¹¹⁰⁴ ; ni une solution provisoire mais immédiate (de type référé) afin d'éviter une conséquence irréparable.

585. Néanmoins il faut nuancer un peu l'élan d'une prétendue *justiciabilité* de tous les droits constitutionnels, car l'article 86 de la Constitution est clair sur le fait que la *tutela* s'applique uniquement pour les « droits constitutionnels fondamentaux ». De cela peut être déduit qu'à la différence des droits civils et politiques (du chapitre I^{er} de la Constitution) auxquels on leur reconnaît un caractère fondamental, les droits sociaux (du chapitre II du même texte) sont considérés comme non-fondamentaux¹¹⁰⁵. Selon R. Uprimny, cela est possible à cause du fait que la Constitution colombienne attribue aux droits sociaux une configuration législative, découlant de l'interprétation *a contrario* de l'article 85¹¹⁰⁶. Ce qui signifie que les droits sociaux (exclus de cette liste) sont d'application indirecte et que leur réalisation dépend de la décision du législateur (avec tous les aléas que cela comporte)¹¹⁰⁷.

586. Or bien que le mécanisme de *tutela* paraisse ignorer la protection contentieuse des droits sociaux, le fait de parvenir à rendre justiciable certains droits constitutionnels signifie déjà une opportunité pour que les droits sociaux soient exigés ; même si cela implique de faire appel à des montages juridiques imaginatifs rendant possible une interprétation extensive au bénéfice d'une *justiciabilité* (précaire) de certains droits sociaux. En ce sens, on peut rappeler ici le contenu et le raisonnement de la sentence n°T-533/92 de la Cour Constitutionnelle colombienne, portant sur la *justiciabilité* du droit à la santé. Dans cette affaire, un homme pauvre de soixante-trois ans demanda, par la voie de *tutela*, à être opéré des yeux afin de ne pas perdre la vue et poursuivre son travail. Alors qu'en première instance la demande lui avait été refusée au motif que ce droit n'était pas exigible et que dans ce cas la voie processuelle adéquate était la voie pénale au nom du délit de non-assistance ; lors d'une révision de la sentence, la Cour constitutionnelle colombienne affirma que, du fait de

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 31.

¹¹⁰⁶ L'article 85 de la Constitution colombienne prévoit que les articles 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 et 40 sont d'application directe. Cela inclue toute une série de libertés comme par exemple, le droit à la vie, à la vie privée, à la liberté de conscience, à la libre circulation, au libre choix de sa profession, etc.

¹¹⁰⁷ Voir R. UPRIMNY, « Should Courts enforce Social Rights? : the Experience of the Colombian Constitutional Court », F. COOMANS (éd.), *Justiciability of Economic and Social Rights : Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 355-388.

son l'état d'indigence, l'individu était sous la protection de l'article 13 de la Constitution¹¹⁰⁸. En conséquence c'est grâce à l'article 13 de la Constitution, mais surtout grâce à l'interprétation du juge constitutionnel, que cette personne qui n'avait aucun moyen matériel pour subvenir à payer son opération, réussit à conserver la vue. Selon R. Arango, cette affaire révèle assez clairement l'argumentaire des juges colombiens, qui se décomposerait en quatre temps :

« 1- L'État est compétent pour déterminer les prestations publiques en faveur des personnes, par exemple décider démocratiquement comment se distribuent les ressources de la société. 2- En principe, le droit à la santé n'est pas exigible à l'État par une personne, à moins qu'une loi le prévoit ainsi. 3- Mais lorsque la personne (et sa famille) se trouve(nt) dans une situation de nécessité qui menace de façon imminente ses droits fondamentaux (dans ce cas l'intégrité corporelle et le travail), c'est que le législateur n'a pas pris les mesures adéquates pour affronter ces situations ; alors que l'action positive de l'État peut éviter une telle situation, son omission est une condition suffisante pour que se concrétise la lésion des droits fondamentaux de la personne. 4- Donc l'État est "prima facie" obligé d'octroyer la prestation positive en faveur de la personne dans ces circonstances¹¹⁰⁹ ».

587. C'est ainsi que le changement de paradigme que le mouvement nouveau constitutionnalisme prétend initier tient d'une évolution du contenu constitutionnel, mais aussi d'une plus ample possibilité pour que ces normes constituantes soient interprétées par le juge¹¹¹⁰. Ainsi, dans un contexte où les lois sociales sont en pleine construction, l'évolution de la question sociale repose donc en grande mesure sur une interprétation favorable aux intérêts des démunis (et non plus, sur une interprétation restrictive). En somme comme le souligne R. Arango, dans l'esprit constitutionnel colombien, l'omission du législateur ou de l'administration ne peuvent prévaloir sur le principe d'immunité des droits constitutionnels¹¹¹¹.

1108 Cet article énonce que : « L'État protégera spécialement les personnes qui par sa condition économique, physique ou mentale, se trouvent en circonstance de faiblesse manifeste (...) », (traduction libre de l'espagnol).

1109 R. ARANGO, « Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial », *El Otro Derecho*, n°28, 2002, p.118, (traduction libre de l'espagnol).

1110 C. GAVIRIA DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Éditions Kimé, 2014, p. 26.

1111 R. ARANGO, « Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial », *op. cit.*, p.119.

C. Le nouveau constitutionalisme vénézuélien ou l'avènement du socialisme réformiste

588. Si jusqu'à la première moitié du XXe siècle, les Constitutions à contenu social n'ont été en Amérique andine, que des « projets de modernisation économique et institutionnelle, véhiculés par des élites bourgeoises de ces pays¹¹¹² » ou d'impulsion populiste (dans le sens négatif du terme) ; les nouveaux processus constituants des années 1990 bouleverseront l'intégrationnisme latino-américain afin de le remplacer pour ce que C.-M. Herrera appelle un constitutionnalisme transformateur¹¹¹³. Or il s'agit là d'un processus qui répond à plusieurs moments d'échelonnement ou de perfectionnement de la praxéologie juridique. C'est-à-dire qu'il existera, d'abord avec la Constitution colombienne, mais surtout avec la Constitution du Venezuela de 1999, une accentuation de nouveaux épistèmes constitutionnels conduisant à une relativisation du libéralisme économique. C'est ainsi que se pose la question des fondements sociaux et des conséquences juridiques portés par la Constitution vénézuélienne de 1999.

589. L'article 2 de la Constitution du Venezuela de 1999 énonce que le modèle d'État est celui d'État de droit social, démocratique et de justice. La Constitution prévoit aussi que les actions de l'État se fondent sur les valeurs de vie, liberté, justice, égalité, solidarité, démocratie, responsabilité sociale, prééminence des droits de l'Homme, éthique et pluralisme politique.

590. Selon J. Miranda, dès 1947 la Constitution vénézuélienne insère les fondements qui permettent de constitutionnaliser les droits sociaux¹¹¹⁴. Ainsi, selon la Déclaration Préliminaire de la Constitution de 1947 la raison essentielle de l'existence nationale résulte de « la liberté spirituelle, politique et économique qui reposent sur la dignité humaine, la justice sociale et l'équitable participation de tout le peuple dans le profit de la richesse nationale » cette action se rendant effective à travers les fonctions de « bien-être, sécurité

1112 Sur les constitutions uruguayennes et colombiennes des années trente, voir C.-M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Éditions Kimé, 2014, p. 89.

1113 C.-M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », *op. cit.* p. 99.

1114 J. MIRANDA, *Reformas y Tendencias Constitucionales Recientes de la América Latina (1945-1956)*, Vol. 3, Derecho comparado, Estudios especiales, México, UNAM, 1957, pp. 234-235.

sociale et individuelle des vénézuéliens et de ceux qui vivent sur le territoire et dans sa loi¹¹¹⁵ ». Par exemple, les articles 51, 52 et 53 proclamèrent respectivement, de façon universelle (« aux habitants de la République ») et avant-gardiste pour l'Amérique latine, le droit à la santé, l'accès progressif à la sécurité sociale, la garantie d'accès à l'éducation. Plus tard, le Préambule de la Constitution de 1961 va établir, de manière implicite¹¹¹⁶, les principes fondamentaux de ce qui deviendra l'État démocratique de droit social (*Estado democrático y social de Derecho*)¹¹¹⁷.

591. Or malgré cette volonté déclarative en faveur du social, les droits sociaux ont peiné à se rendre effectifs. Ce n'est qu'à la fin du XXe siècle, au milieu d'un climat de polarisation sociale et économique¹¹¹⁸, que surgissent des programmes sociaux de grande échelle, dénommés « missions ». Dénoncés pour être conjoncturels, ils étaient destinés à rembourser la dette sociale acquise durant les dernières décennies, mais sans s'insérer dans une logique sociale structurelle et structurée. Il faudra attendre 1999 pour voir que ces programmes sociaux s'intègrent dans un projet social permanent et articulé. En effet, depuis cette date la Constitution ouvre un espace clair et ample à la question sociale, sans méconnaître les libertés publiques. C'est ainsi que se créent et structurent des droits sociaux constitutionnels au Venezuela, entre l'article 75 et l'article 111 de la Constitution de 1999. Selon, L.-M. Martinez, il existe trois éléments paradigmatiques qui caractérisent cette constitutionnalisation du social : l'universalité des titulaires des droits sociaux ; l'objet constitutionnel de ces droits, et non plus infra-constitutionnel ; la justification de ces droits qui est fondée sur une vision intégrale des droits de l'Homme¹¹¹⁹.

592. Sur ce dernier point, il faut ajouter l'importance du principe d'égalité dans la conception vénézuélienne. Principe présent dans les articles 1^{er}, 2, 21 et 299¹¹²⁰ de la Constitution, il

1115 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, « Declaración Preliminar », *Constitución*, Paragraphes 1 à 3 (traduction libre de l'espagnol).

1116 Veuillez trouver cela dans la formule du Préambule qui énonce que les buts de la Constitution consistent à « [...] assurer la liberté, la paix, la stabilité des institutions [à] obtenir la participation équitable de tous au profit de la richesse, selon les principes de justice sociale [...] », (traduction libre de l'espagnol).

1117 H. OCANDO et T. PIRELA, « El Estado social de derecho y de justicia, nuevo paradigma del Estado venezolano », *Frónesis*, n°15/2008, p. 197.

1118 T. POSADO, « Les racines économiques et sociales du nouveau Bolivarisme », J. ORTIZ (coord.), *De Bolívar aux Libertadores d'aujourd'hui : l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, pp. 179-186.

1119 L.-M. MARTINEZ, « La función social del Estado venezolano en tiempos de la modernidad », *Aporrea* (Consulté le 15/12/15, <http://www.aporrea.org/actualidad/a41738.html>).

1120 Veuillez noter que l'article 299 de la Constitution est dédié au régime socio-économique et à la fonction de l'État dans l'économie. Il énonce notamment que « L'Etat conjointement avec l'initiative privée promeut le

est assimilé à la doctrine du *Libertador* Simón Bolívar (et donc à une influence française et nord-américaine) en guise de fondement moral¹¹²¹. Selon F. Pesci, l'égalité au Venezuela se matérialise en deux sens : d'une part parce que l'État garanti que la loi et le droit s'appliquent à tous sans distinction quelconque ; d'autre part, parce qu'il est attendu que l'État agisse pour diminuer les différences sociales et culturelles entre les personnes. « [P]our cela il devra créer des moyens, situations et services qui permettent [que ces personnes] puissent satisfaire leurs nécessités basiques et puissent se développer librement en accord avec leurs capacités individuelles et sa liberté de décision. C'est cela qui définit l'État social [...]»¹¹²². De son côté, A. Brewer-Carias synthétise mieux l'idée d'État social, le qualifiant d'Etat avec des obligations de justice sociale et qui s'oblige à intervenir dans l'activité économique et sociale en qualité « d'État prestationnel »¹¹²³.

593. Pourtant le Venezuela ne se définit pas uniquement comme un Etat social. En effet, la Constitution de 1999 va adopter la dénomination d'« État de droit social démocratique », rendant compte de l'influence d'autres expériences constitutionnelles, comme l'allemande¹¹²⁴, l'espagnole¹¹²⁵ ou la colombienne¹¹²⁶. Cependant, à cette formule le Venezuela va ajouter la notion de « justice » pour insister sur le droit d'accès au juge et sur le droit à réclamer des droits effectifs à ce dernier¹¹²⁷. La dénomination retenue par l'article 2 de la Constitution de 1999 sera donc celle d'*Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*. Formule qui, selon le constituant et constitutionnaliste vénézuélien A. Brewer-Carias, ne signifie pas qu'on fasse allusion à un Etat à économie dirigée, puisque l'initiative privée est reconnue et garantie¹¹²⁸ par les notions d'État de droit et de démocratie. Il ne s'agit pas non plus d'un Etat ultra-libéral du point de vue économique, mais au contraire, il

développement harmonieux de l'économie nationale afin de [...] garantir [...] l'équité de la croissance [et] une juste distribution de la richesse », (traduction libre de l'espagnol).

1121 A. BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 12.

1122 F. PESCI FELTRI, « El nuevo modelo de Estado socialista según el programa de gobierno presentado por el presidente de la República para la gestión bolivariana socialista 2013-2019 », (Consultado el 10/12/15, https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Preguntas%20y%20respuestas%20Estado%20Socialista%20_FPF%20VF%20CEDPUMA.pdf).

1123 A. BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999*, *op. cit.*, p. 13.

1124 Voir l'article 20.1 de la Constitution allemande.

1125 Voir l'article 1^{er} de la Constitution espagnole.

1126 Voir l'article 1^{er} de la Constitution colombienne.

1127 Voir aussi l'article 26 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela de 1999.

1128 A. BREWER-CARIAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, T. III, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 17.

est reconnu la fonction sociale de celui-ci¹¹²⁹, notamment à travers le rôle régulateur que l'Etat doit avoir en faveur de la justice sociale¹¹³⁰.

594. Ainsi, la formule « *Estado social de derecho democrático y de justicia* » dans son intégralité, contient deux éléments caractérisant le nouveau constitutionnalisme latino-américain. Premièrement, une base plus étendue de droits constitutionnels, comportant notamment les droits sociaux. Et deuxièmement, la *justiciabilité* des droits constitutionnels à partir de laquelle on peut exiger l'effectivité des droits sociaux. En somme, le nouveau constitutionnalisme vénézuélien prône une Constitution économique fondée sur une économie mixte, sans prétendre à une étatisation totale de l'économie et moins encore à une privatisation totale de celle-ci.

595. Pourtant, comme l'expliquent D. Raby et G. Bercovici, le processus politique qui a lieu au Venezuela depuis la victoire présidentielle d'Hugo Chavez en 1998 est loin d'être purement réformiste¹¹³¹. Car il est caractérisé par une volonté de transformer progressivement toutes les structures de la société et de l'État : les médias, les Forces Armées, les trois pouvoirs de l'État, le système éducatif, et surtout la Constitution¹¹³². On parlerait alors d'un processus révolutionnaire, auquel s'ajoute un composant idéologique socialiste. C'est ainsi qu'Hugo Chavez, fort d'un considérable appui populaire et électoral, proclamera pour la première fois en 2004 à Caracas, lors de la Réunion Mondiale d'intellectuels et d'Artistes pour la Défense de l'Humanité, que la révolution vénézuélienne c'était le socialisme du XXI^e siècle. Cette même formule sera réaffirmée l'année suivante dans le Forum Social Mondial. *In fine* le chavisme impulsera le coopérativisme, la possession des moyens de production par les ouvriers, certaines nationalisations stratégiques, et une série de normes à caractère social (d'abord par le biais des *leyes habilitantes*, puis à travers des lois)¹¹³³. La planification sera aussi une des caractéristiques de la révolution et du pan socialiste de la Constitution de 1999, qui dans son article 299

1129 H. OCANDO et T. PIRELA, « El Estado social de derecho y de justicia, nuevo paradigma del Estado venezolano », *op. cit.*, p. 196.

1130 A. BREWER-CARIAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, *op. cit.*, p. 17.

1131 D. RABY, « La Révolution bolivarienne et l'Amérique latine », J. ORTIZ (coord.), *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui : l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, p. 116.

1132 *Ibid.* ; G. BERCOVICI, « La Constitution Brésilienne de 1988, les Constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Editions Kimé, 2014, p. 123.

1133 D. RABY, « La Révolution bolivarienne et l'Amérique latine », *op. cit.*, p. 114.

charge l'État de la mission de transformer le système économique et social¹¹³⁴. La Constitution, et notamment le chapitre qui porte sur le régime socioéconomique du Venezuela, ne fait pas mention du libre marché (même si la libre concurrence est évoquée). A la place, le régime socioéconomique repose sur la justice sociale et la solidarité afin de justifier une juste distribution de la richesse.

596. De plus, une liste extensive de droits sociaux apparaît dans cette Constitution, occupant trente-six articles (entre l'art. 75 et l'art. 111). En continuité avec une tradition occidentale contemporaine, furent reconnus le droit à l'éducation (art. 102) ou des droits inhérents aux enfants (art. 78). A cela s'ajoute une protection assez ambitieuse en matière de droit à la santé (art. 83 à 85), au logement (art. 82) et à la sécurité sociale (art. 86). Par exemple, dans le cas du droit au logement, la Constitution s'avance sur une garantie qui peut résulter fictive car elle énonce que « le logement [doit être] adéquat, sûr, confortable, propre, avec des services essentiels qui incluent un habitat qui humanise les relations familiales, de voisinage et communautaires¹¹³⁵ ». Comme l'a soulevé A. Carias-Brewer dans le débat constituant, c'est à cause du caractère illusoire de cette formulation que la norme prend en compte trois éléments : le caractère progressif du droit au logement ; l'obligation partagée d'agir avec le citoyen pour réaliser ce droit ; la priorité d'accès qui se concentre sur les familles pauvres¹¹³⁶.

597. Concernant la protection des personnes, on observe que la Constitution vénézuélienne, au même titre que la Constitution colombienne de 1991 (art. 13), reconnaît le principe d'universalité des droits (art. 19). Sans opposer condition de nationalité ou de résidence, la formule « l'État garantira à toute personne [...] les droits humains » s'avère être plus garantiste pour les étrangers que d'autres formules constitutionnelles¹¹³⁷, même parmi les États qui prônent l'universalité des droits fondamentaux.

598. De manière plus particulière, la Constitution de 1999 protège les travailleurs (art. 89 et s.) au même titre que les premières Constitutions sociales au Mexique (1917) et en

1134 G. BERCOVICI, « La Constitution Brésilienne de 1988, les Constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », *op. cit.*, p. 123.

1135 Art. 83 de la Constitution de 1999, (Traduction libre de l'espagnol).

1136 A. BREWER-CARIAS, « *La Constitución de 1999* », *op. cit.*, p. 180.

1137 A. NOGUERA-FERNANDEZ, et M. CRIADO DE DIEGO, « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *op. cit.* p. 36.

Allemagne (1919) : droit au repos, droit au salaire, droit de grève, etc. Néanmoins, le Venezuela n'hésitera pas à constitutionnaliser beaucoup de droits sociaux du travailleur qui auraient du avoir un rang légal¹¹³⁸, et qui résultent trop amples pour une Constitution et rendent trop rigide le droit du travail. En ce sens la Constitution de 1999 se veut innovante. Elle le démontrera en reconnaissant le travail des femmes au foyer (*amas de casa* selon l'art. 88), en reconnaissant le travail comme *fait social*, ce qui a pour conséquence de protéger toutes les formes de travail (rémunérées et gratuites). Et en reprenant la formule de la révolution française de 1848 en proclamant « le droit au travail », tout en ajoutant que c'est aussi un devoir de travailler (art. 87).

599. Le problème du volet social de la Constitution (on parle ici de droit du travail) est que les énoncés résultent être amplement déclaratifs, sans s'appuyer sur un véritable développement législatif ni sur des politiques publiques qui assurent une protection effective aux personnes signalées¹¹³⁹.

600. Toujours en matière de protection des personnes, la Constitution de 1999 prend soin de proclamer, vraisemblablement à cause d'un état de vulnérabilité, une garantie de protection étatique aux enfants, aux jeunes (art. 79), aux personnes du troisième âge (art. 80) et aux personnes en situation de handicap (art. 81). Mais il est curieux d'observer la protection spéciale que l'article 75 accorde à la famille¹¹⁴⁰ dans un chapitre V intitulé « Des droits sociaux et des familles », assimilant ainsi les droits sociaux à la structure familiale. La Constitution de 1999 protège la famille (notamment le père et la mère qui s'exercent en chefs de famille) mais lui octroie aussi des droits en priorité, comme le logement (art. 82 al. 2). Néanmoins, à manière de contrepartie, la Constitution attribue une responsabilité sociale aux familles. Ainsi, l'État n'est pas seul à garantir les droits des enfants, des personnes du troisième âge ou des personnes en situation de handicap mais, selon les articles 79, 80, 81 et 102, la famille doit participer, solidairement avec l'État, aux droits inhérents de ces personnes. Cette situation révèle que l'État institutionnalise l'existence d'une structure

1138 *Ibid.*, p. 183.

1139 J. RICHTER, « Trabajo en el derecho del trabajo », *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n°16/2013, p. 203.

1140 La place prééminente de la famille et sa protection fondamentale est indissociable des nouvelles Constitutions andines. Avant le Venezuela, on doit faire allusion à la Constitution colombienne de 1991 (art. 5 et 42). Voir aussi: M. IGUARAN ARANA, « La familia en la Constitución de 1991 », *Revista de Derecho Privado*, n° 2/1997, pp. 113-119.

intermédiaire qui intervient entre l'individu et l'État. Cette vision est inconcevable en Europe et notamment en France où tout corps intermédiaire fut supprimé avec la Révolution de 1789. Pourtant, la famille est le noyau central des solidarités en Amérique andine, d'une part parce que l'État a été historiquement absent de toute aide sociale et, d'autre part, parce que l'individualisme a pénétré les pans les plus grands de ces sociétés que depuis peu. Ainsi, lorsque l'État se crée un rôle social, il ne peut le concevoir sans le soutien des structures solidaires historiques comme la famille.

601. Enfin, toujours sur la protection des personnes, il est important de faire mention à la reconnaissance de l'indigène en tant que sujet de droits sociaux. Cela se fait en alliant respect de des droits sociaux avec le respect des droits culturels. Ainsi l'article 122 de la Constitution vénézuélienne reconnaît la médecine traditionnelle et les thérapies complémentaires assujettis aux principes bioéthiques. Au même titre, l'article 123 établit le droit des indigènes à conserver leurs pratiques économiques fondées sur la réciprocité, la solidarité et l'échange.

602. Par ailleurs, se poser la question de savoir quel est le modèle qui inspire le plus la Constitution de 1999 serait une tâche compliquée. Elle a vraisemblablement un caractère social très marqué, or elle est loin de répondre aux caractéristiques des textes communistes de type soviétique ou cubain. En effet, la Constitution de 1999 n'interdit pas l'initiative privée. D'ailleurs, le texte constitutionnel semble l'encourager au même temps qu'il impose une stricte régulation via les critères de responsabilité sociale et environnementale¹¹⁴¹. De même, la Constitution ne supprime pas la propriété privée, mais soumet le propriétaire à des devoirs¹¹⁴². L'influence de l'Europe continentale est sûrement plus marquée. D'une part, par l'insertion de la formule allemande d'« Etat de droit social », qui porte à croire que le Venezuela souhaite trouver une place au milieu d'un exsangue système économique libéral et d'une voie communiste trop risquée à entreprendre. A cet égard, le Tribunal Suprême de Justice va lier la formule « Etat de droit social » à la recherche d'harmonie entre les classes : « Elle évite ainsi que la classe qui domine par son pouvoir économique, politique ou culturel, abuse et soumette les autres classes ou groupes sociaux en empêchent leur

1141 Voir par exemple les articles 299 et 301 de la Constitution de 1999.

1142 Voir par exemple l'article 307 de la Constitution de 1999.

développement¹¹⁴³». Cette formule permet au législateur de garantir un ordre social juste et habilite les juges afin qu'ils interprètent les droits sociaux constitutionnels¹¹⁴⁴, notamment en faveur de ceux qui se trouvent en état de faiblesse et démunis de toute connaissance du droit, malgré l'existence théorique du principe d'État de droit libéral qui, en pratique, ne résout rien¹¹⁴⁵.

603. De plus, on aperçoit l'influence française dans la Constitution vénézuélienne de 1999. Les idées de P. Leroux et de L. Bourgeois apparaissent vraisemblablement à travers l'utilisation récurrente du principe de solidarité pour décrire le droit à la santé (article 84), le régime socioéconomique (article 299), mais surtout en tant que principe fondamental de la République (article 4)¹¹⁴⁶. Enfin, la « fonction sociale » de la propriété et des moyens de production ne sont pas évoqués de manière explicite, comme a pu le faire L. Duguit. Or il n'en demeure pas moins que le rôle de régulation, de contrôle et de limitation que la Constitution de 1999 octroie à l'État (surtout aux articles 112, 115, 117), oblige les propriétaires à accepter que l'intérêt privé qu'ils ont sur la chose n'est pas délié d'intérêt collectif¹¹⁴⁷. Cet aspect est critiqué par le constitutionnaliste A. Brewer-Carias, pour qui la Constitution vénézuélienne donne à l'État la responsabilité de presque tout, pouvant tout réguler, au même temps que l'initiative privée devient marginale. Pour cet auteur, la Constitution de 1999 est faite pour que l'État intervienne dans l'économie et non pas pour que l'économie soit développée par des personnes privées, selon le principe de subsidiarité de l'intervention étatique¹¹⁴⁸.

1143 H. OCANDO, et T. PIRELA « El Estado social de derecho y de justicia, nuevo paradigma del Estado venezolano », p. 195 ; Voir aussi Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, Affaire n° 85 *Asodeviprilara c. Sudeban e Indecu*, 24 janvier 2002.

1144 Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, Affaire N° 2009-2187 *Corp Banca C.A. Banco Universal c. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras*, 14 décembre 2009.

1145 Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, Affaire n° 85 *Asodeviprilara c. Sudeban e Indecu*, 24 janvier 2002.

1146 Il est intéressant d'observer que c'est la première fois qu'une Constitution andine utilisera la « solidarité » en tenant compte du sens « réciprocité sociale », de forme aussi récurrente.

1147 Voir les réflexions en droit comparé que fait G. Bercovici, notamment en référence à la Constitution vénézuélienne de 1999 : G. BERCOVICI, « La Constitution Brésilienne de 1988, les Constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », p. 123 ; Contraster ceci avec les réflexions françaises du début du XXe siècle : L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1902, pp. 41-42.

1148 A. BREWER-CARIAS, « *La Constitución de 1999* », *op. cit.*, p. 225.

III. La seconde vague du nouveau constitutionnalisme latino-américain : la constitutionnalisation des logiques sociales andines en Equateur et Bolivie

604. Dans le patrimoine des sciences juridiques et des sciences sociales en général, on admet assez facilement que les Constitutions d'un Etat sont le fruit d'une délimitation entre le monde juridique possible et le monde juridiquement indéterminé¹¹⁴⁹. En ce sens, le droit constitutionnel classiquement conçu a deux caractéristiques culturelles : premièrement, il apporte une série de droits qui sont le fruit d'acquis sociaux en provenance d'États fondateurs du droit constitutionnel ; et deuxièmement, il impose que l'Homme soit l'élément central des préoccupations de l'État contemporain. Ce qui pour N. Bobbio, amène à l'anthropocentrisme constitutionnel¹¹⁵⁰.

605. Ces deux caractéristiques concernent le droit constitutionnel classique, mais aussi (ce qui est surprenant) le nouveau constitutionnalisme latino-américain, notamment lorsqu'on se réfère à son étape initiale. Ce n'est qu'à partir du début du XXI^e siècle que va surgir en Amérique andine (Equateur 2008 et Bolivie 2009) une variante du nouveau constitutionnalisme latino-américain qui ne laisse pas de côté les éléments caractéristiques de l'État de droit social et de justice (A). Mais qui inclut aussi des principes fondamentaux issus de la tradition culturelle andine (B) et reconnaît la Nature comme élément indissociable de l'Homme, garantissant des droits sociaux par le biais de nouveaux fondements (C).

606. L'Équateur et la Bolivie ont des caractéristiques communes utiles pour un travail comparatif. Ces deux Etats ont souffert de turbulences politiques durant le vingtième siècle, qui se sont accentués à cause de graves problèmes économiques et de gestion publique durant les années quatre-vingt-dix ; une quantité importante de la population de ces deux pays est indigène ou d'origine indigène ; les deux Etats dépendent économiquement des matières premières (pétrole, gaz, minéraux) et sont peu industrialisés ; les disparités économiques entre les groupes sociaux sont profondément marquées et suivent un schéma de distribution semblable à celui de l'époque coloniale ; il existe une forte revendication politique de la part des populations indigènes et natives réclamant un bouleversement des

1149 R. FERREYRA, « Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios », *Cuestiones Constitucionales*, n°29/2012, p. 140.

1150 Se référer à l'introduction de N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 10 et s.

méthodes de relation entre l'Etat et les citoyens ; des gouvernements de type progressiste et ouverts à la pluriculturalité (R. Correa en Équateur et E. Morales en Bolivie) arrivent au pouvoir et convoquent à une Assemblée constituante. Ces caractéristiques communes rendent nécessaire l'étude commune de ces deux phénomènes nouveau constitutionnalistes latino-américains.

A. Une définition de l'Etat fondée sur des critères utilisés par le constitutionnalisme contemporain

607. Il est clair que dans le cas des processus constituants de l'Équateur et de la Bolivie, les acteurs respectifs ont beaucoup insisté sur la nécessité de changer le paradigme de « l'Etat pour détruire », pour le remplacer par celui de « l'Etat pour construire »¹¹⁵¹. Cependant il n'y a pas eu de bouleversement dans la constitution des Institutions. En effet, le système présidentiel est maintenu ; la séparation tripartite des pouvoirs reste intacte ; la logique de droits fondamentaux en référence au cadre normatif externe ne présente pas de variation ; les anciennes structures de pouvoir économique n'ont pas changé¹¹⁵², et surtout l'Etat demeure soumis au pouvoir de la Constitution et à un système organique qui demeure fortement inspiré par les principes juridiques européens en matière de droit administratif, institutions publiques et de droits économiques.

608. Concernant la définition fondamentale de l'Etat, la Constitution bolivienne de 2009 prévoit que la Bolivie est un « Etat unitaire social de droit plurinational communautaire, libre, indépendant et souverain, démocratique, interculturel, décentralisé et avec des autonomies »¹¹⁵³. Cette formule présente la Bolivie comme un « Etat de droit social » (*Estado [...] Social de Derecho*), même si la notion est insérée autour d'une série d'éléments

¹¹⁵¹ Cette formule fait allusion, d'une part, à un passé où l'État bénéficiait à un petit nombre de personnes protégées par un système de répression policière, ce qui détruisait la cohésion sociale ; et d'autre part, ça désigne l'État qui gouverne pour tous, en comblant les inégalités sociales : R. VICIANO PASTOR, et R. MARTINEZ DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui: entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Ed. Kimé, 2015, p. 39.

¹¹⁵² « Les sujets qui aujourd'hui sont au pouvoir sont ceux qui ont toujours été au pouvoir, c'est-à-dire les patrons » : H.-C.-F. MANSILLA, « La influencia del indianismo en la Asamblea Constituyente boliviana de 2006-2008. Observaciones críticas sobre la persistencia de una cultura política tradicional », *Estudios Políticos*, n°33, p. 104.

¹¹⁵³ Littéralement le texte constitutionnel dit: « Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías ». Traduction libre de l'espagnol.

postcoloniaux (indépendance, souveraineté, interculturalité et plurinationalité). En réalité l'Etat de droit social n'est pas une nouveauté de la Constitution de 2009. En effet, dès 2004 une réforme de la Constitution de 1967, arrêtera l'article 1^{er}-II à la définition d'Etat démocratique de droit social (*Estado Social y Democrático de Derecho*). Cela montre deux aspects du nouveau constitutionnalisme bolivien : d'une part que la Constitution de 2009 est le fruit d'un long processus social et idéologique qui commence à se consolider à partir de l'an 2000. Date à laquelle le discrédit du système politique et juridique traditionnel éleva les revendications populaires de bouleversement systémique¹¹⁵⁴. Et d'autre part, que l'influence des courants néo constitutionnalistes européens apparaît comme étant une issue raisonnable au conflit d'intérêt entre libéralisme et socialisme. C'est pourquoi la Constitution économique bolivienne reconnaît protège et respecte l'initiative privée (art. 308-I et 311-II-5) et garanti la liberté d'entreprise (art. 308-II) ; Au même temps qu'elle attribue à l'État la fonction première de planifier l'économie et diriger les processus qui fondent les opérations du Marché¹¹⁵⁵.

609. Sur ce même sujet l'Equateur présente un schéma assez semblable, puisque l'article 1^{er} de la Constitution de 2008 énonce que « [l']Equateur est un Etat constitutionnel de droits et justice, social, démocratique, souverain, indépendant, unitaire, interculturel, plurinational et laïque »¹¹⁵⁶. Encore une fois on retrouve des notions qui font appel aux revendications postcoloniales (souveraineté, indépendance, interculturalité et plurinationalité). Mais, de façon plus intéressante, la formule d'« État constitutionnel » est accompagnée des notions de « droits », « justice » et « social ». Ladite formule s'avère en effet intéressante car elle tente dépasser la définition d'« Etat de droit » qui était présente dès la Constitution de 1998 ; sans la remplacer par les formules européennes classiques d'« Etat de droit social » ou d'« Etat constitutionnel de droit social ». Il n'y a aucun doute que la volonté du constituant consiste à placer la norme constitutionnelle au milieu du pacte social et politique, afin de donner plus de stabilité aux institutions équatoriennes qui avaient été proie de

¹¹⁵⁴ H.-C.-F. MANSILLA, « La influencia del indianismo en la Asamblea Constituyente boliviana de 2006-2008. Observaciones críticas sobre la persistencia de una cultura política tradicional », *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁵⁵ « La fonction de l'Etat dans l'économie consiste à : 1. Conduire le processus de planification économique et sociale, avec participation et consultation citoyenne. La loi établira un système de planification intégrale étatique [...] 2. Diriger l'économie et réguler [...] les processus de production, distribution et commercialisation des biens et services ». Art. 316 de la Constitution bolivienne de 2009, dans le Chapitre portant sur la fonction de l'État dans l'économie.

¹¹⁵⁶ Littéralement le texte constitutionnel dit: « El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico ». Traduction libre de l'espagnol.

bouleversements politiques depuis une décennie¹¹⁵⁷. Mais encore, cet Etat constitutionnel de droits, met en exergue le caractère pluriel des droits, ce qui veut dire que la Constitution ne garantira plus un seul type de droits (les droits libéraux), ou le droit issu d'un seul paradigme juridique (le positivisme juridique) ; *a contrario* la nature de l'Etat équatorien se définit aussi par la protection qu'elle confère aux droits sociaux et par l'inclusion de logiques juridiques issues d'autres horizons culturels équatoriens. Ce n'est donc pas en vain que la formule « Etat constitutionnel de droits est renforcée par la notion « social » et « interculturel ». Ces caractéristiques ouvrent des nouvelles possibilités à l'organisation économique de l'Etat équatorien. Ainsi l'article 283 définit le système économique comme étant « social et solidaire ; reconnaissant l'humain comme sujet et fin [...] en harmonie avec la nature, et qui a pour objet la garantie de la production et reproduction des conditions matérielles qui rendent possible le *buen vivir* ».

610. Enfin, sur la définition de l'Etat, la notion de « justice » apporte un élément qui résulte important pour comprendre le nouveau constitutionnalisme équatorien. A l'image de la Colombie, premier Etat du nouveau constitutionnalisme latino-américain, il s'agit là de proclamer un droit d'accès à la justice pour garantir les droits constitutionnels. Selon T. Arias, il s'agit de donner plus de force à la relation entre société et Etat, au même temps qu'est élargie la pérennité et garantie des droits¹¹⁵⁸. En effet, poursuit T. Arias, la critique la plus importante à l'encontre de la Constitution de 1998 concerne la différence entre, d'une part, la prolifique partie dogmatique (conférant des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) et, d'autre part, la partie organique (c'est-à-dire celle qui organise l'Etat) qui n'établissait pas des mécanismes institutionnels pour que ces droits soient effectifs et exigibles, notamment en ce qui concerne les droits sociaux¹¹⁵⁹.

611. Ces éléments rendent compte de la rupture quasi-paradigmatique qui existe entre le système constitutionnel de 1998 et celui de 2008. Alors que dans le premier on ne concevait pas l'expropriation des biens et on laissait ouverte la possibilité de privatisation des services

¹¹⁵⁷ Dans la période entre l'avant-dernière Constitution (1998) et la Constitution actuellement en vigueur (2008), l'Equateur avait connu sept Présidents de la République, alors que le mandat constitutionnel était de quatre ans.

¹¹⁵⁸ T. ARIAS, « Ecuador un estado constitucional de derechos », *Entre voces*, n°15/2008 (Consulté le 12 juillet 2016, <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-463.html>).

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

publics¹¹⁶⁰ (art. 30) ; dans le second l'expropriation des biens est admise sous une condition d'utilité publique ou intérêt social et national (art. 323). De même, alors que dans le texte de 1998 l'action constitutionnelle de protection des droits fondamentaux était exclusivement provisoire et se focalisait dans la protection du droit de propriété¹¹⁶¹, par le biais de la procédure d'*amparo* ; dans la Constitution de 2008 l'« action de protection » concerne tous les droits constitutionnels. Ce qui renvoie à la *justiciabilidad* aussi bien des droits civils et politiques, que des droits sociaux (droits du *buen vivir*)¹¹⁶². Il faut signaler ici que la Constitution de 2008 a pris le soin de prévoir l'existence des mesures de précaution (*medidas cautelares*) afin de prévenir ou faire cesser la violation ou menace aux droits (art. 87), et de prévoir aussi une action de protection qui opère lorsque les droits ont été violés (art. 88). Cependant, sur le terrain les procédures d'exigibilité des droits sociaux posent un sérieux problème du fait que les victimes ne savent pas que la situation qu'elles vivent constitue une violation d'un droit constitutionnel¹¹⁶³.

B. La symbiose entre les valeurs occidentales et les valeurs autochtones en matière sociale

612. Le fait que ces Constitutions empruntent des formules aux principes classiques n'empêche pas que ceux-ci « coexistent avec de nouvelles formules, symbiotiques, qui doivent être considérées comme de vraies innovations du constitutionnalisme.¹¹⁶⁴ »

613. En Bolivie, l'exemple le plus important en ce sens est peut-être celui de l'article 8 de la Constitution de 2009 qui rend compte, au second alinéa, des valeurs classiques du constitutionnalisme républicain (« égalité », « liberté »), au même temps qu'il incorpore des valeurs des nations et peuples autochtones boliviens (« bien-être commun », « redistribution des produits et des biens sociaux pour le vivre bien »). Ces derniers sont fondés, comme il est établi par l'art. 8 al. 1^{er} de la Constitution, sur les principes issus de la pluralité culturelle

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ R. AVILA SANTAMARIA, « Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano », C. COURTIS et R. AVILA SANTAMARIA (éd.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 550.

¹¹⁶² « [...] comme jamais dans l'histoire constitutionnelle équatorienne, [la Constitution] établi un éventail de garanties pour rendre effectif [les droits sociaux], et [...] pour clore toute discussion sur le thème, détermine que tous les droits reconnus dans la Constitution sont, sans exception, justiciables. » : N. ARBITO CHICA, « Presentación », C. COURTIS et R. AVILA SANTAMARIA (éd.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. VII.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 553.

¹¹⁶⁴ R. VICIANO PASTOR et R. MARTINEZ DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », *op. cit.*, p. 40.

et notamment des cultures andines : « *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (ne sois pas fainéant, ne sois pas menteur, ne sois pas voleur), *suma qamaña* (vivre bien), *ñandereko* (vie harmonieuse), *teko kavi* (bonne vie), *ivi maraei* (terre sans mal), et *qhapaj ñan* (noble chemin ou noble vie)¹¹⁶⁵ ». Ceci montre que le droit bolivien, et donc les droits sociaux ont un fondement mixte, d'une part classique constitutionnaliste (issu fondamentalement de la pensée européenne) et, d'autre part plus novateur (issu fondamentalement de la pensée quechua et aymara).

614. Pourtant, il existe un paradoxe qui d'un côté observe la reconnaissance d'un substrat fondamental (voire idéologique), très attaché à la cohésion sociale autour du partage et de la réciprocité ; mais d'un autre côté est confronté à une société individualiste. Concernant ce dernier point, dans une étude sur l'Assemblée constituante bolivienne, F. Gamboa Rocabado énonce que les aspirations des grands secteurs sociaux se focalisent sur les bénéfices de la modernité¹¹⁶⁶. Cela tend à consolider les acquis et à refuser toute tentative inutile de révolution. Par exemple, la technologie a influencé à tel point le style de vie des jeunes, qu'ils préfèrent le marché qui leur assure un confort matériel, pardessus la force de toute idée politique qui s'oppose au système¹¹⁶⁷. Cela démontre que, malgré l'effort des constituants pour insérer des logiques sociales inspirées des doctrines *indianistes*¹¹⁶⁸, il existe encore une fracture sociale qui empêche de penser à une véritable société solidaire.

615. En ce qui concerne l'Équateur, le Préambule de la Constitution de 2008 est fort intéressant car il relève une relation de possession de la Nature et de la Terre (*Pacha Mama*) sur les Hommes¹¹⁶⁹, et non l'inverse, comme jadis il fut habituel de concevoir le lien

¹¹⁶⁵ Textuellement et en langue d'origine, l'art. 8 al. 1^{er} de la Constitution bolivienne de 2009 dit : « El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural : *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). » Traduction libre de l'espagnol ; Voir aussi : R. VICIANO PASTOR et R. MARTINEZ DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁶⁶ F. GAMBOA ROCABANDO, *Dilemas y conflictos sobre la Constitución en Bolivia. Historia política de la Asamblea Constituyente*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 31.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹¹⁶⁸ L'indianisme est un mouvement intellectuel qui (après l'échec de l'*indigénisme* accusé de paternaliste) mélange les idées de décolonisation culturelle avec des propositions économiques de gauche et un retour des idéologies nationalistes (le nationalisme andin étant radicalement différent du nationalisme européen) et un retour aux valeurs de la terre issu des traditions précolombiennes : H.-C.-F. MANSILLA, « La influencia del indianismo en la Asamblea Constituyente boliviana de 2006-2008. Observaciones críticas sobre la persistencia de una cultura política tradicional », *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁶⁹ Préambule de la Constitution équatorienne de 2008, alinéa 2.

d'appartenance ou de domination. Cette conception du monde résulte renforcée par la déclaration d'« [u]ne nouvelle forme de coexistence citoyenne, en diversité et harmonie avec la nature, pour atteindre le *buen vivir* et le *sumak kawsay*¹¹⁷⁰ ». La Constitution bolivienne fait aussi allusion à la notion de *Pachamama*, mais sans lui attribuer le même rôle que dans la Constitution équatorienne. Tandis qu'en Bolivie la *Pachamama* apparaît comme un élément abstrait mais important pour la conscience collective bolivienne, au même titre que Dieu¹¹⁷¹ ; en Equateur la *Pachamama* est associée clairement à une totalité. En ce sens, il est intéressant de remarquer que dans la Constitution équatorienne cette notion aurait plus de légitimité pour être à la base des droits fondamentaux.

616. Sur un tout autre aspect, à l'image du nouveau constitutionnalisme latino-américain, en Colombie ou au Venezuela, il semble important de signaler le large catalogue de droits présent dans les Constitutions de Bolivie et d'Equateur. Celle-ci est une caractéristique qui fait contraste avec le constitutionnalisme classique où les droits sont proclamés de façon générique sans les adapter aux différents groupes vulnérables¹¹⁷². Ainsi les Constitutions équatorienne et bolivienne vont prendre le soin de reconnaître des droits inhérents aux enfants¹¹⁷³, aux personnes en situation de handicap¹¹⁷⁴, aux personnes du troisième âge¹¹⁷⁵, etc. Les droits sociaux prennent une place importante dans ces Constitutions. Premièrement, ils sont amplement décrits par une grande quantité d'articles ; deuxièmement ils sont reconnus avec la même force et protection que les autres droits fondamentaux ; troisièmement les Constitutions de Bolivie et d'Équateur reconnaissent que ces droits sont d'une spéciale nécessité. Dans la Constitution de l'Équateur la notion de *buen vivir* englobe les droits sociaux, ce qui signifie que le constituant équatorien a pensé que le développement des droits sociaux était indispensable à l'épanouissement de l'Être humain¹¹⁷⁶. Dans le cas de la Bolivie, le texte d'introduction qui précède la Constitution¹¹⁷⁷ évoque une logique d'

¹¹⁷⁰ Préambule de la Constitution équatorienne de 2008, alinéa 7.

¹¹⁷¹ « [...] avec la force de notre *Pachamama* et en remerciant Dieu, nous refondons la Bolivie » : Préambule de la Constitution bolivienne de 2009, alinéa 6, (traduction libre de l'espagnol).

¹¹⁷² R. VICIANO PASTOR, et R. MARTINEZ DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁷³ Art. 44-46 de la Constitution d'Equateur de 2008.

¹¹⁷⁴ Art. 47-49 de la Constitution d'Équateur de 2008 (en outre dite Constitution protège les personnes avec des maladies catastrophiques à l'art. 50).

¹¹⁷⁵ Art. 36-38 de la Constitution d'Equateur de 2008.

¹¹⁷⁶ CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Quito, SENPLADES, 2009, pp. 32-33.

¹¹⁷⁷ Cette introduction n'a pas de valeur juridique étant donné qu'elle provient de l'Exécutif et qu'elle n'a pas fait objet d'une procédure d'approbation de la part du pouvoir constituant.

« inclusion sociale » : la fin des privilèges afin que tous atteignent le « vivre bien », en laissant de côté le « vivre mieux » pardessus ses semblables¹¹⁷⁸.

617. Capitalisant les idées originaires du *buen vivir*, la Constitution équatorienne se montre innovante. Ainsi, la classification classique des droits économiques, sociaux et culturels, est remplacée par celle de « droits du *buen vivir* ». Certainement afin d'éviter toute idée de hiérarchisation, ces droits sont décrits par ordre alphabétique : le droit à l'eau (art. 12) ; à l'alimentation (art. 13) ; à l'éducation (art. 26 à 29) ; au logement (art. 30 à 32) ; au travail et à la sécurité sociale (art. 33-34). Le *buen vivir*, tel qu'il est compris par la Constitution équatorienne, semble se reporter à l'inclusion sociale et à l'égalité d'opportunités matérielles pour tous¹¹⁷⁹. En ce sens, en prenant en compte les fortes disparités sociales et le taux de pauvreté en Équateur, le constituant a proclamé des droits sociaux très ambitieux. Ainsi, l'accès aux services de santé constitue un droit universel (art. 363-2 et 369) ; l'alimentation qui est une notion généralement absente des Constitutions, est proclamée comme un droit d'accès aux aliments et à l'eau, mais ne garantit pas un accès direct à ceux-ci ; le droit à l'éducation gratuite est prévu, jusqu'au niveau supérieur dans le secteur public (art. 28 et 356 al. 1), et avec des tarifs du secteur privé qui permettent l'inclusion sociale (art. 356 al. 4) ; le droit au logement prévoit un logement digne (art. 30) et oblige l'Etat à créer les conditions pour rendre ce droit effectif. Or cela ne signifie pas qu'on peut exiger un logement à l'État (voir les art. 375 et 376). De plus, en Équateur et en Bolivie le droit à la propriété est soumis à une fonction sociale (art. 344 et s. de la Constitution équatorienne ; art. 56 de la Constitution bolivienne). Dans le cas de la Bolivie les garanties en matière sociale ne se fondent pas sur le *buen vivir*, mais elles demeurent semblables à celles de l'Équateur. En ce sens, la Bolivie proclame l'universalité en matière d'alimentation (art. 16) ; d'éducation (art. 17) ; de santé (art. 18) ; de logement (art. 19) ; de droit au travail digne (art. 46).

618. Enfin, sans faire défaut au schéma traditionnel de solidarité intrafamiliale et interfamiliale andin, la Bolivie a inclut la coresponsabilité sociale de la famille dans sa Constitution. Ainsi, les constituants boliviens ont pris le soin de reconnaître l'existence

¹¹⁷⁸ E. MORALES AYMA, « Para que nunca más seamos excluidos », *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, 2009, p. 4.

¹¹⁷⁹ Observer en ce sens que le Titre VII de la Constitution équatorienne s'intitule « Régime du *Buen vivir* », et que son Chapitre 1^{er} s'intitule « Inclusion et équité ».

d'une responsabilité partagée entre l'Etat, la société et la famille en matière de droits des enfants (art. 60) ; droits de personnes en situation de handicap (art. 70 et 71) ; ainsi qu'un devoir d'assistance, protection et éducation envers ses enfants (art. 108-9) ; et réciproquement un devoir d'assistance, protection et secours envers ses ascendants (art. 108-10). Dans le cas de l'Équateur la tradition de solidarité intrafamiliale se manifeste en moindre mesure dans la Constitution. Seul l'article 83-16 prévoit une responsabilité « d'assister, alimenter, éduquer et garder ses enfants [...] ce qui sera correspondu par les enfants lorsque ses parents en auront besoin ». Cela est complété par une volonté de responsabilité partagée entre l'Etat, la société et la famille en relation avec le développement des enfants (art. 44) ; l'égalité d'opportunités pour les personnes en situation de handicap (art. 47), même si dans ce dernier cas l'Etat assume seul la responsabilité des politiques de prévention et de certains droits sociaux (comme par exemple garantir le droit à l'éducation spécialisée pour les personnes en situation de handicap intellectuel – art. 47-8).

C. Un nouveau fondement de garantie des droits sociaux à travers le lien entre l'Homme et la Nature

619. Dans le constitutionnalisme classique et dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain des années quatre-vingt-dix, l'Être humain a l'exclusivité sur la titularité des droits. Cette réalité diffère complètement des postulats qui octroient une personnalité juridique à la Terre et/ou à la Nature. La Bolivie et l'Équateur sont dans ce dernier cas de figure. En Equateur exemple, la Terre assume expressément la condition de sujet de droit dans le Préambule ainsi que dans les articles 71 et 72 de la Constitution. En Bolivie cette reconnaissance est plus tacite mais avec les mêmes effets (voir le Préambule et les articles 33 et 34 de la Constitution). En ce sens, toute personne peut invoquer les droits de la Terre et/ou de la Nature, même si le dommage ne pèse pas sur le demandeur. On brise ainsi l'exclusivité de l'humain en tant que titulaire des droits¹¹⁸⁰. Mais surtout l'insertion de la conception andine dans ces Constitutions appelle le juriste occidental à s'interroger sur la pertinence de la *summa divisio* du droit qui pense qu'aux personnes et aux choses.

620. Mais par-delà l'influence qu'ont les conceptions culturelles non-occidentales sur la création d'une personnalité juridique de la Nature et de son intérêt pour le droit de

¹¹⁸⁰ E.-R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2011, pp. 108-109 et p. 134.

l'environnement ; se pose la question de savoir quelle est leur incidence pour les droits sociaux. Pour répondre à cette question il conviendrait de faire abstraction des compartiments générationnels qui divisent fictivement les droits de l'Homme en Occident. Alors qu'il existe une *fondamentalisation* par paliers dans le paradigme culturel dominant (d'abord les droits civils et politiques, puis les droits sociaux et enfin des droits environnementaux), depuis d'autres paradigmes culturels la construction historique de leurs droits fondamentaux est différente. Ainsi, il est certain que dans d'autres conceptions, certains droits individuels comme la propriété ou la liberté d'entreprendre ont une force secondaire face aux droits qu'on confère à l'environnement. De ce fait, oublier la division classique des droits de l'Homme permettrait de comprendre qu'il existe une possible interaction entre les libertés, le social et l'environnement, bien avant qu'ils soient considérés comme des droits.

621. Ainsi, lorsque la Nature devient titulaire d'un certain nombre de droits fondamentaux, c'est le droit à la vie qui est garanti, et par ricochet ce sont certains droits sociaux qui résulteraient protégés (l'environnement sain par exemple ou encore le droit à l'eau). La particularité ici est sur le fait qu'on raisonne autrement pour lier la Nature avec la vie, et la Nature avec le social. Ce raisonnement alternatif, part du fait que l'Homme soit très lié à la Nature, par un lien d'appartenance où l'Homme fait partie de la Nature. Selon V. David, il s'agit d'une conception holistique¹¹⁸¹ (ou intégrale) qui est connue des sociétés traditionnelles aussi bien dans les pays andins que chez les Kanak en Nouvelle-Calédonie¹¹⁸². Alors que le nouveau constitutionnalisme équatorien a admis cette conception en 2008, la France ne l'a jamais admise dans son bloc de constitutionnalité¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ V. DAVID, « La lente consécration de la Nature, sujet de droit : Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°3/2012, p. 471.

¹¹⁸² En vertu de l'accord de Nouméa qui prévoit une délégation de compétences en matière d'environnement, le Code de la Province Nord énonce dans l'art. 110-2 que les « espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, autochtones, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun. L'identité kanak, en particulier, est fondée sur un lien spécifique à la terre et à la mer ». Selon V. David, l'utilisation du terme autochtone résulte intéressante car « elle traduit la parenté voulue entre les hommes et la nature, [...] l'un et l'autre sont autochtones, la reconnaissance et l'émancipation revendiquées sont propres à l'un et l'autre qui ne forment qu'un tout » : *Ibid.*, p. 476.

¹¹⁸³ « La Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004, très attendue en France malgré un préambule prometteur [a conféré] symboliquement la plus haute valeur juridique aux [...] droits à un environnement sain, devoirs de protéger l'environnement. Sur le cas particulier des animaux, considérés comme être vivants sensibles [...] s'est développée en France une position doctrinale tendant à s'éloigner de la réification imposée par le Code civil sans que soit adopté en droit positif le point de vue subjectiviste » : *Ibid.*

622. Cette conception holistique laisse alors supposer que protéger la pérennité de la Nature signifie protéger la pérennité de l'Homme. Car si l'on protège la Nature, on protège le cadre de vie (l'habitat) de l'Homme, les produits consommables pour l'Homme (l'alimentation et la santé), etc.¹¹⁸⁴. Autrement dit, garantir les droits de la Nature aurait une incidence certaine sur la garantie des droits sociaux.

623. C'est pour cette raison que le principe philosophique du *buen vivir* est assimilé par le Chapitre 2 de la Constitution équatorienne de 2008 aussi bien aux droits sociaux qu'aux droits environnementaux, dépassant ainsi les conceptions classiques de développement et de bien-être¹¹⁸⁵. Selon le « Plan national pour le *buen vivir* 2009-2013 » élaboré par l'Etat équatorien, l'idée de développement focalise l'intérêt des actions de l'Etat uniquement dans l'économie, tandis que le *buen vivir* se concentre sur la capacité de l'Etat à créer un climat de bonheur partagé¹¹⁸⁶. De même, toujours selon le Plan, alors que la notion de bien-être prône une conception d'être sur quelque chose¹¹⁸⁷, le *buen vivir* prône une conception d'être dans quelque chose¹¹⁸⁸. Cette différence est fondamentale car, si l'on s'imagine sur quelque chose (sur un pan de la société par exemple), on encourage la verticalité des relations sociales et l'inégalité matérielle ; alors que si l'on s'imagine dans quelque chose, on encourage l'horizontalité des relations sociales, la réciprocité et donc l'absence de profondes inégalités sociales.

¹¹⁸⁴ En dehors de la question de Nature, se reporter ici au raisonnement employé pour établir la réparation des demandeurs dans l'affaire interaméricaine *Enfants de la rue* : « dès l'instant où l'Etat a permis, toléré et n'a pas remédié à ce que ces enfants vivent dans les rues, la conséquence fut la privation violente et arbitraire du droit à la vie » : *Villagrán Morales et autres c. Guatemala. Réparations*, Affaire n° 11.383, p. 26.

¹¹⁸⁵ CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, op. cit., p. 32-33.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ Telle est la logique du verbe espagnol « estar » qui est inséré dans la notion de « bienestar » qui signifie bien-être.

¹¹⁸⁸ Si l'on se remet à la version originale du mot, en anglais *well-being* (qui signifie bien-être en français et *bienestar* en espagnol), et on admet que le verbe *to be* peut être traduit en espagnol par les verbes « estar » ou « ser », on déduit que le choix qui a été fait consiste ne pas utiliser le verbe « ser », même si cela aurait donné une dimension holiste à la notion.

Conclusion du Chapitre 2

624. En toute apparence il existe un dialogue entre constituants en matière de construction du social dans les Constitutions. Bien que les Constitutions mexicaine et allemande soient les premières à poser les jalons du droit social constitutionnel, ce sont surtout les Constitutions espagnoles qui inspirent les évolutions sociales du droit constitutionnel péruvien, mais aussi du droit constitutionnel colombien. Ce dernier pays semble proposer la version la plus consolidée du modèle constitutionnel d'État de droit social. Il est intéressant d'observer qu'au-delà des idées allemandes et espagnoles, la Colombie reprend des acquis issus de la doctrine française, notamment en matière de fonction sociale de la propriété.

625. De manière plus récente, vers la fin du XX^{ème} siècle et au début du XXI^{ème} siècle, un mouvement constitutionnel caractérise l'Amérique latine et notamment la région andine, il s'agit du nouveau constitutionnalisme latino-américain qui se développe dès le début de l'ère démocratique dans la région (début des années 1990). Il est important de souligner que le nouveau constitutionnalisme latino-américain refuse en ce sens tout type de courant liberticide, trouvant aussi une source d'inspiration dans les événements politiques chiliens (transformations sociales menées par S. Allende au Chili dès 1970). Avec la démocratisation des États andins, apparaissent des nouvelles Constitutions qui réserveront d'abord une place aux garanties sociales en important dans un premier temps des acquis doctrinaux européens (c'est le cas des Constitutions en Colombie et en moindre mesure au Venezuela) pour, dans un second temps, développer des droits sociaux fondés sur une pensée sociale indigène (c'est le cas des Constitutions en Équateur et en Bolivie).

CHAPITRE 3

Une constitutionnalisation du social semée d'hésitations

626. Le constitutionnalisme social français suit un schéma qui lui est propre. Le contenu des Constitutions est fort attaché à la République ce qui signifie que le droit constitutionnel est profondément libéral. Le social est proclamé, pas forcément sous la forme de droits, mais plutôt d'objectifs sociaux, issus récemment de l'influence légale et doctrinale social-solidariste (section 1). Le Pérou alterne, durant une longue partie de sa vie républicaine, entre influences libérales et conservatrices issues d'Europe, et notamment du constitutionnalisme espagnol, qui à son tour puise sa source du constitutionnalisme allemand et moins du constitutionnalisme français. Hormis le cas du droit à l'éducation qui se constitutionnalise assez tôt (à l'image de la France) d'autres droits sociaux peinent à se *juridiciser* de manière durable (section 2). De façon plus générale, il semblerait que les influences du paradigme occidental sur les constitutions andines trouve des limites depuis le XXème siècle. Certaines logiques précolombiennes commencent à trouver une légitimité dans le processus de consolidation constitutionnelle le plus récent d'Amérique Andine. Or il faut observer que, pour le moment, ce phénomène a peu d'influence sur le cas péruvien (section 3).

Section 1. La portée du constitutionnalisme social français contemporain

627. L'histoire du constitutionnalisme social français se caractérise d'abord par la lenteur de son processus de construction, et ensuite par le nombre limité de formules consacrées au social dans les différentes Constitutions. Du premier élément il ressort que les Constitutions françaises ont été inconstantes pour reconnaître le social et qu'à certains moments de l'histoire il a fallu pallier les lacunes constitutionnelles par l'adoption de lois sociales. Du second élément il ressort qu'à défaut de développements extensifs dans les Constitutions, c'est l'analyse doctrinale et un important travail d'interprétation constitutionnelle, qui ont donné sens à la question sociale en France. Cependant, malgré une constante préoccupation pour constitutionnaliser le social (I), on assiste à certains de ses échecs (II).

I. Une préoccupation constante pour constituer le social

628. Ici l'objectif n'est pas de faire état des moindres évolutions du social dans les Constitutions, mais de rendre compte des grands moments de constitutionnalisation des droits sociaux depuis la Révolution française. On observe que les questions relatives aux pauvres, aux précaires et aux personnes en état de vulnérabilité préoccupent de façon récurrente les différents constituants (malgré le fait que les Constitutions n'aient pas souvent reflété des avancées en la matière). Ainsi, jusqu'à la II^{ème} République la technique de prise en charge semble passer par l'assistance publique et par la reconnaissance d'un premier droit social : l'éducation (A). Vient ensuite un temps où les idées sociales et notamment les courants de pensée solidaristes semblent influencer sur le droit constitutionnel de la III^{ème} République en France (B). Enfin, fruit d'une histoire turbulente faite de révolutions politiques et techniques mais aussi de guerres et de misère, il arrive une période de consolidation constitutionnelle des valeurs de solidarité ; qui au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale font croire à l'avènement d'un modèle social français (C).

A. L'assistance publique, la philanthropie et le premier « droit social » : De la révolution de 1789 à la révolution de 1848

629. La Révolution de 1789 est le moment le plus important de l'histoire contemporaine de la France. Du point de vue juridique il ne s'agit pas uniquement d'une révolution du système civil et politique, mais aussi « un laboratoire idéologique où se cristallise une nouvelle conception de l'assistance¹¹⁸⁹ ». Cela signifie que le nouveau pouvoir institutionnel reconnaît, d'une part, une approche du social par les droits de l'Homme¹¹⁹⁰ mais, d'autre

1189 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, 2002, p. 35.

1190 Selon C.-M. Herrera, cette approche reste essentielle à la France, et s'oppose à la vision anglaise, qui croit que le social est une affaire de « droits des pauvres ». Cette vision avait donné lieu, dès le XVI^{ème} siècle, à l'organisation de l'aide destinée au pauvre par des paroisses civiles. Le traitement de la question des pauvres par les anglais tranche avec la vision française de droits de l'Homme dans la mesure où, premièrement, l'État n'est pas responsable des questions sociales et, deuxièmement, que le traitement de ces questions est imprégné de charité religieuse et d'un objectif de contrôle social (par exemple le but des *workhouses* consistait à éviter la mendicité ; il existait des dispositifs empêchant la libre circulation des nécessiteux). En ce sens « [l]e bénéficiaire reste donc cantonné à un statut d'assisté, marqué par l'absence d'autonomie des sujets pour réclamer des "droits", qui n'ont pas de valeur universelle. » C.-M. HERRERA, *Les droits sociaux*, Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 2009, pp. 45-46. Voir aussi E. CHEVALLIER, *La loi des pauvres et la société anglaise : organisation de l'assistance publique en Angleterre*, Paris, A. Rousseau, 1895, pp. 18-21 et pp. 41 et s.

part, que les nécessités des pauvres ne peuvent pas se résoudre si l'État ne leur donne pas les moyens de subsister (soit du travail, soit de l'assistance).

630. Sous l'Assemblée nationale constituante (1789-1790) paraît, le 30 mai 1790 le « Rapport fait au nom des Comités de rapports, de mendicité et de recherches, sur la situation de la mendicité de Paris ». Ce document, qui est un manifeste rendant compte de la réflexion durant la révolution, propose un décret qui arrête les mendiants valides qui se refusent au travail. Cet ordre émis au nom de la sûreté publique était précédé de l'offre du travail ; la détention avait lieu jusqu'à ce que leur famille ou leur commune réclame les privés de liberté et puisse subvenir à ses besoins¹¹⁹¹. La proposition de solution est manifestement imprégnée de droit pénal, car il s'agit de détenir certains pauvres plus sous le prétexte de la sûreté publique que pour leur propre bien ; ce qui revient à dire qu'au-delà de la privation de conditions matérielles décentes s'ajoute le problème de la privation de leur liberté.

631. Pourtant, il serait injuste de prétendre que ledit Comité criminalise la pauvreté, puisqu'il s'agit uniquement des premiers pas d'une réflexion qui cherche des solutions pour un problème social complexe. Il faut souligner deux éléments affirmés par le Comité : la nécessité d'ouvrir des ateliers de travail pour les hommes, femmes et enfants¹¹⁹² ; et l'existence d'un droit au secours¹¹⁹³. Ce droit étant destiné aux malades et aux infirmes auquel on propose de leur assigner des soins et des asiles¹¹⁹⁴. De plus en 1790, le Comité de mendicité propose « l'organisation d'une politique de secours fondée sur une bienfaisance éclairée, tendant à assurer un ordre institutionnel stable et à susciter un *esprit public*, au fondement duquel se trouve le principe révolutionnaire de fraternité¹¹⁹⁵ ». Tout cela donne comme résultat le Titre Ier de la Constitution de 1791 qui prévoit qu'« [i]l sera créé et organisé un établissement général de secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas

1191 F.-A. LA ROCHEFOUCAULD-LILIANCOURT, « Rapport fait au nom des Comités de rapports, de mendicité et de recherches, sur la situation de la mendicité de Paris », Paris, Assemblée nationale constituante, Comité des rapports, 30 mai 1790, p. 7.

1192 *Ibid.*, pp. 7-8.

1193 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 251.

1194 F.-A. LA ROCHEFOUCAULD-LILIANCOURT, « Rapport fait au nom des Comités de rapports, de mendicité et de recherches, sur la situation de la mendicité de Paris », *op. cit.*, p. 7.

1195 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 41 ; voir aussi M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*, pp. 17-210.

pu s'en procurer. ». Pourtant, il ne faudrait se tromper et croire ici à l'apparition de droits sociaux. Selon C.-M. Herrera, le caractère constitutionnel du « droit au secours » est la première occurrence juridique des droits sociaux, mais elle « acquiert la forme d'un "devoir de la nation", et non pas d'un droit au sens strict, c'est à dire placé dans les mains des sujets, et qui pourrait être exercé par eux de manière autonome¹¹⁹⁶ ».

632. Contrairement à l'assistance qui ne serait pas un véritable droit social, la doctrine française a construit son premier droit social autour de l'instruction publique. C'est pourquoi la Constitution de 1791 dispose qu'« [i]l sera créé et organisé une instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume. » En ce sens, pour C.-M. Herrera, on « s'accorde pour voir dans le droit à l'instruction publique le premier des droits sociaux à être consacré constitutionnellement¹¹⁹⁷.

633. En 1793 la Constitution de l'an I, d'influence jacobine, réaffirme les avancées promues deux ans plus tôt en matière d'instruction publique et de secours publics. L'article 22 de la Constitution de 1793 dispose en ce sens que « [l]'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens. » Ces garanties, d'instruction et de secours, se réitèrent à l'article 122 : « [l]a Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté [...] une instruction commune, des secours publics [...]. »

634. Quant à l'assistance publique, l'article 21 de la Constitution de l'an I établit que « [l]es secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. » La formule « dette sacrée » sera beaucoup commentée par la doctrine car elle contient l'idée que l'assistance s'inscrit dans la conception du contrat social¹¹⁹⁸, ce qui influe sur le fait de prétendre à une responsabilité sociale de la société¹¹⁹⁹. Cela pose alors les premiers jalons de la thèse de *société assurancielle*, c'est-à-dire d'une

1196 C.-M. HERRERA, *Les droits sociaux*, op. cit., p. 41.

1197 *Ibid.*, p. 47.

1198 F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 74.

1199 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., p. 41.

société qui assure une protection à l'individu qui, malgré sa prévoyance (fondamentalement son travail) est victime de l'infortune (notamment la maladie et le handicap).

635. Pour P. Rosanvallon, depuis la révolution de 1789, le grand problème de la gestion du social consiste à rendre compatible « le principe de solidarité (la société à une dette envers ses membres) avec le principe de responsabilité (chaque individu est maître de son existence et doit se prendre en charge).¹²⁰⁰ » En ce sens toute la doctrine juridique portant sur le pauvre se vouera à essayer de trouver une solution juste à cette problématique. Les Constitutions françaises varieront, au gré du contexte politique : pour certaines primera l'idée d'assurance et de devoir public de secours ; pour d'autres, primera le principe de responsabilité individuelle. Or lorsque prime le principe de responsabilité individuelle il n'est pas nécessaire de le rendre explicite dans le texte. Au contraire, il suffit de ne plus mentionner l'action de l'État (« assure », « garantit », « prévoit ») pour proscrire toute idée de *société assurancielle* au profit d'une société qui n'assume pas les risques dont sont victimes les individus. C'est précisément ce qui va se passer après 1790 jusqu'en 1848 où la reconnaissance du secours publics est nulle. Cela signifie que durant plus d'un demi-siècle l'individu a dû assumer seul tous les résultats négatifs émanant du risque social, avec pour seul palliatif des lois sociales et des contrats de travail dont les garanties demeuraient assez précaires¹²⁰¹, voire inexistantes¹²⁰².

636. En effet, les acquis révolutionnaires sont libéraux et se traduisent par des relations économiques individuelles. Il faut rappeler d'abord que le décret d'Allarde (1791) supprime les corporations et ensuite que la célèbre loi Le Chapelier, interdit aux ouvriers et aux patrons d'une même profession, de s'associer juridiquement et de se réunir. Par conséquent, même si la loi était positive dans le sens où elle interdisait les corporations, elle empêchait aussi la constitution d'organismes de défense collective des salariés. Ce qui veut dire que seules les parties (le salarié et le patron) définissaient librement les conditions de travail. Le code du travail n'existant pas, seul le code civil consacrait deux articles au travail (dans une section appelée « contrat de louange de services ») qui n'étaient pas protecteurs. Ainsi,

1200 P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale : Repenser l'État providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 21.

¹²⁰¹ Il ne s'agit pas d'idéaliser la norme constitutionnelle et méconnaître l'efficacité de la loi, mais de signaler tout juste que la reconnaissance des lois sociales rend ces garanties moins sûres dans le temps alors que les élever au rang constitutionnel aurait pu fixer ces principes dans le système républicain français.

¹²⁰² Il faut noter qu'en matière de travail, à cette époque, on ne peut pas encore parler de « droit du travail ». En effet la première limitation du travail des enfants date de 1841.

l'article 1780 du code civil, interdisait les engagements perpétuels ; et l'article 1781 prévoyait que l'employeur serait cru sur simple affirmation en cas de désaccord sur le paiement d'un salaire¹²⁰³.

637. Au vu de l'absence de tout type de régulation en matière de droit du travail et de l'absence de droit constitutionnel à l'assistance, il peut être affirmé qu'il ne s'agit pas d'une période productive en matière sociale. Selon F. Demier c'est la philanthropie qui domine la première moitié du XIXème siècle pour faire face à l'absence de véritable politique sociale ; l'objectif de cette période libérale n'est pas de créer des politiques sociales, mais de résoudre les problèmes sociaux par le biais de la prévoyance (c'est-à-dire des pauvres qui mettent de côté les moyens pour faire face aux aléas de la vie)¹²⁰⁴. F. Demier croit qu'il « s'agit en fait d'un grand projet éducatif qui vise à apprendre aux "pauvres" à être autosuffisants : l'auto-assistance par la prévoyance, à laquelle tout le monde doit pouvoir accéder. [...] La valeur fondamentale qui guide le projet est le travail, qui doit rééduquer le "pauvre" et permettre à la pauvreté de mettre sur pied la prévoyance.¹²⁰⁵ » Le problème est qu'avec le développement de l'économie (notamment à partir de la révolution industrielle) la philosophie révolutionnaire-libérale a commencé à montrer des limites vers le milieu du XIXème siècle. Selon P. Rosanvallon, ces limites se manifestaient d'abord par l'inefficacité de la division du travail, mais aussi par l'inefficacité de l'extension de la propriété ; ce qui donne pour conséquence que le droit à l'assistance s'inscrive dans une sphère d'application en extension¹²⁰⁶.

638. La question sociale s'accroît au début du XIXème siècle par le paupérisme qui vient alourdir les conséquences de la pauvreté. En ce sens, des individus travaillent dans des conditions pénibles mais malgré cela ils n'arrivent pas à subvenir à leurs besoins essentiels : la question ouvrière s'impose. La révolution de 1848 met en évidence les échecs de la philanthropie et du libéralisme économique. On revient à l'idée de devoir limité de l'État¹²⁰⁷,

1203 Il faudra attendre 1868 pour voir cet article abrogé.

1204 F. DEMIER, « Les premières lois sociales au XIXe siècle », *Actes du colloque "Les questions sociales au Parlement (1789-2006)"*, Consulté le 7 juillet 2016, https://www.senat.fr/colloques/actes_questions_sociales/actes_questions_sociales2.html.)

1205 *Ibid.*

1206 P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale : Repenser l'État providence*, *op. cit.*, p. 22.

1207 « Le devoir de la société en matière d'assistance s'arrête à l'obligation faite à chacun de travailler et d'être prévoyant. Déjà présentes chez les révolutionnaires, ces limites s'expliquent par le postulat selon lequel chaque individu, doit, par ses propres moyens, accéder à la sécurité économique et sociale. Pour ceux qui n'ont pas de propriété, le travail constitue donc le premier moyen de pouvoir accéder à cette sécurité. » L. GAXIE, « Du

c'est à dire d'un État qui agit en faveur de nécessiteux, et qui valorise le travail comme ressource de réalisation intégrale. C'est ainsi qu'en février 1848 est publié un décret qui énonce que « [l]e Gouvernement s'engage à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail ; s'engage à garantir du travail à tous les citoyens [...] »¹²⁰⁸. Comme l'énonce C.-M. Herrera, c'est à cette période de l'histoire que le droit au travail fait « irruption dans la discussion constitutionnelle, et, à travers cette formulation caractéristique qui dépasse en réalité la référence aux travailleurs, nous allons retrouver la question de l'enjeu des droits sociaux dans un système juridique positif.¹²⁰⁹ »

639. Sur le plan constitutionnel, la révolution de 1848 est un moment où se rencontrent divers courants qui tentent de constitutionnaliser le social. Dans un premier projet de Constitution, en mai 1848, les socialistes tentent d'inclure le droit au travail (l'art. 132 du projet s'inspire de l'art. 21 de la Constitution de l'An II) qui apparaît alors comme un véritable droit social du fait qu'il se rattache aux droits de l'Homme ; c'est sur ce point qu'il se distingue du droit à l'assistance qui s'attache aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards¹²¹⁰. Après l'échec du premier projet, c'est au moment du débat sur le second projet de Constitution qu'on voit apparaître une vraie corrélation entre droits sociaux et transformation sociale, puisque la constitutionnalisation du droit au travail allait provoquer un bouleversement de toutes les conditions sociales¹²¹¹. Or le conservatisme de la majorité constituante (parmi laquelle on retrouve Thiers, de Tocqueville et Ducos) donna une orientation conservatrice à la nouvelle République, ce qui banni la mention « droit au travail » du projet final de Constitution et se voue à conserver uniquement un droit à l'assistance qui s'avère être moins transformateur¹²¹². En ce sens, les idées de révolution sociale semblent avoir été modérées entre février et octobre 1848, ce qui se matérialise par une Constitution qui manifeste une bonne intention d'équité matérielle, mais qui affirme, au même temps, le principe de progressivité de celle-ci¹²¹³.

'droit individualiste' au 'droit social' Une histoire de la juridisation du social (1789- 1939) », *Raison Publique*, 2012 (Consulté le 12 juillet 2016, <http://www.raison-publique.fr/article496.html>.)

1208 « Décret Organisation du Travail – Ouvriers – Garanties », *Bulletin Officiel I*, n°18, 25 février 1848.

1209 C.-M. HERRERA, *Les droits sociaux*, *op. cit.*, p. 48.

1210 *Ibid.*, p. 50

1211 *Ibid.*, p. 51.

1212 L'article 13 de la Constitution de 1848 reconnaît une responsabilité de l'État en matière d'« assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir. »

1213 Le Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848 dit : « La France [...] s'est proposé pour but de marcher [...] dans la voie du progrès [...] d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société [...]. »

640. Par contre, cette Constitution reconnaît, à son article 13, deux droits sociaux de premier ordre : l'enseignement primaire gratuit, qui en réalité est un rappel du « droit à l'instruction » qui avait été introduit par les premières Constitutions françaises ; et le principe d'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier, qui pose les jalons du droit du travail.

641. Si l'on devait emprunter une métaphore on pourrait dire que l'idée des révolutionnaires de février 1848 était de construire un édifice mais ils n'ont obtenu que les fondations. À défaut d'une Constitution sociale, le modèle social français va se construire par le biais de lois qui voient le jour dès 1850. L'histoire montrera donc que le mérite des révolutions de 1848 n'est pas tant dans la Constitution qui en découle, mais dans le débat constituant qui a réussi à systématiser doctrinalement les revendications sociales du monde ouvrier.

642. Par exemple, dès 1850 l'Assemblée vote la première loi en matière de retraites¹²¹⁴. Le défaut est que cette loi n'est pas imprégnée par le principe de solidarité ou de responsabilité collective de la société face à l'individu, mais qu'elle contient l'idée d'épargne individuelle issue des réflexions qui avaient déjà échouées avant 1848¹²¹⁵. En revanche, en matière d'assistance publique les républicains mobiliseront le principe de fraternité¹²¹⁶ afin de réorganiser les hospices et renforcer la mission médicale des hôpitaux. Face à une sévère critique du système hospitalier, l'assemblée approuve la loi du 7 août 1851 qui aura l'avantage de poser le socle du premier service public hospitalier en éliminant la condition de domicile pour être pris en charge¹²¹⁷. Lorsque vient le tour de faire face à la forte mortalité due aux épidémies, notamment au choléra qui avait frappé la France en 1832 et 1849, on constata que les logements insalubres des ouvriers étaient parmi les plus exposés¹²¹⁸. Ceci encouragea les députés M. de Melun et M. de Riancey à présenter un

1214 *Loi qui crée, sous la garantie de l'État, une caisse de retraite ou rentes viagères pour la vieillesse*, 25 juin 1850, Bull. CCLXXVII, n° 2227.

1215 L'article 2 de cette loi évoque le fait que « le capital de ces retraites est formé par les apports volontaires des déposants effectués à la caisse des dépôts et consignations ». L'objectif est d'« améliorer le sort des classes pauvres, créer pour elles une sorte de propriété [...] facile à acquérir par l'économie et l'épargne », Voir *Séance Ass. Nat.*, 12-13 novembre 1849, p. 3296.

1216 M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français, Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 312 ; voir aussi B. SCHNAPPER, « De La Charité à la Solidarité: L'Assistance Judiciaire Française 1851 – 1972 », *Revue d'Histoire du Droit*, n°52/1984, p. 105.

1217 « Lorsqu'un individu privé de ressources tombe malade dans une commune, aucune condition de domicile ne peut être exigée pour son admission à l'hôpital existant dans la commune » : art. 1er Loi sur les hospices et les hôpitaux des 22 janvier, 8 avril et 7 août 1851.

1218 R. LE MÉE, « Le choléra et la question des logements insalubres à Paris (1832-1849) », *Population*, n°53/1998, pp. 390-391.

projet de loi insistant sur le danger individuel et social¹²¹⁹ que représentaient les logements insalubres. Le 13 avril 1850 la loi fut adoptée contraignant les propriétaires à assainir les habitations locatives sous peine d'une amende ; or l'amende étant peu onéreuse le dispositif fut peu efficace¹²²⁰. En réalité l'objet de la loi n'était pas d'assister les pauvres et précaires, mais le contrôle de police hygiéniste¹²²¹. Sous un objectif d'hygiène et de morale ; la question des soins était devenue prioritaire, pourtant avant 1850 les sociétés de secours mutuels étaient rares et prenaient rarement en charge les soins médicaux et pharmaceutiques¹²²². Cet impératif aurait dû contribuer à la construction du devoir de l'État¹²²³ (ou en tous cas de l'administration) en matière de soins ; pourtant tous les projets de loi d'assistance de la Deuxième République ont buté sur la question de l'obligation¹²²⁴.

643. Le bilan post-1848 demeure assez négatif. En effet, la Deuxième République ne commet pas l'erreur de la Monarchie de juillet qui n'a jamais *juridicisé* la question des pauvres ; or à défaut d'avoir réussi à constitutionnaliser le social en 1848, il y a eu un effort légal pour tenter de répondre aux différentes revendications sociales (prévoyance, conditions de logement, santé publique). Le problème de l'échec de ces différentes lois peut s'expliquer en partie à cause du désengagement des principaux acteurs publics laissant l'individu face à lui-même.

644. Il faut souligner enfin que durant la Deuxième République s'accroît la tendance au désengagement de l'échelon étatique en matière d'assistance médicale. Le département se désengageant aussi et la charité privée n'ayant pas de poids important dans la société, ce sont les communes et les bureaux de bienfaisance qui supportent la grande majorité de la

1219 La question du danger individuel s'attachait aux risques pour la santé de la personne ; par contre le danger social se fondait sur le maintien de l'ordre public. D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., p. 64.

1220 R. LE MÉE, « Le choléra et la question des logements insalubres à Paris (1832-1849) », op. cit., p. 393.

1221 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., p. 66.

1222 O. FAURE, « La médecine gratuite au XIXe siècle : de la charité à l'assistance », *Histoire, économie et société*, n°3/1984, p. 596.

1223 En 1850 E. de Girardin pensait déjà que l'État devait être défini comme un « assureur universel » : E. de GIRARDIN, « L'État », *Le Bien-être universel*, n° 4, mars 1851, p. 4, P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale: Repenser l'État providence*, op. cit., p. 26.

1224 O. Faure signale que « le rapport Dufaure pose en principe que l'assistance est un devoir de l'État », cependant le rapport « de Coquerel réaffirme que le devoir pour la société ne signifie pas droit privé individuel », alors qu'« [a]vec Thiers il ne s'agit plus de l'accomplissement d'un devoir mais de la pratique facultative d'une vertu » : *Ibid.*, p. 597 ; voir aussi A. THIERS, *Rapport de la commission de l'assistance et de la prévoyance publique dans la séance du 26 janvier 1850*, Paris, Paulin-Lheureux et Cie, 1850, 156 p.

charge relative à l'assistance médicale¹²²⁵. Selon D. Roman, l'élargissement des conditions d'accès à la santé est théorique : « l'individu n'est pas assuré de bénéficier de secours puisque l'admission demeure largement discrétionnaire [et les] secours à domicile [...] restent essentiellement à la charge des bureaux de bienfaisance, que la loi d[u 7 août] 1851 ne modifie pas.¹²²⁶ »

B. Le devoir de solidarité concrétisant le droit social : Les lois sociales de la IIIème République

645. Il est difficile de parler de droit constitutionnel et impossible de parler de constitutionnalisation des droits sociaux pour la période qui englobe le Second Empire et la IIIème République, car la Constitution de 1852 et les Lois constitutionnelles de 1875 ne concèdent aucune disposition en matière sociale. Néanmoins, après l'échec du Second Empire (1), la IIIème République s'est distingué par des réflexions doctrinales innovantes qui vont bouleverser le *statu quo* idéologique existant depuis le début du XIXème siècle (2), ce qui s'est traduit par des lois sociales en vue d'élargir l'assistance publique (3), d'améliorer les conditions de logement (4) et de développer le droit du travail (5).

1) L'échec des stratégies du Second Empire

646. L'immobilisme législatif du Second Empire n'a fait que confirmer l'absence de stratégie pour donner une solution à la question sociale, ce qui a renforcé l'élan productif durant la IIIème République. Louis Napoléon Bonaparte avait été plébiscité par les classes populaires et il était donc très attendu sur sa réponse à la question sociale, or ses idées étaient faussement innovatrices, ce qui a été confirmé par l'échec de leur mise en œuvre. Ainsi, les deux phases successives du gouvernement de Napoléon III (l'empire autoritaire et l'empire libéral) avaient une correspondance en matière sociale¹²²⁷. L'empire autoritaire s'est manifesté par l'idée de création des colonies-agricoles régies selon les mêmes principes que l'armée : travail sous contrôle hiérarchique, rémunération indexée sur la solde des militaires, épargne forcée pour constituer un capital¹²²⁸.

1225 O. FAURE, « La médecine gratuite au XIXe siècle : de la charité à l'assistance », *op. cit.*, p. 598.

1226 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 65.

1227 *Ibid.*, p. 68.

1228 L.-N. BONAPARTE, *Extinction du paupérisme, ou Projet d'organisation agricole pour l'amélioration du sort des travailleurs*, Paris, Édition populaire, 1848, 28 p.

647. La conception napoléonienne a ensuite évolué vers le libéralisme traditionnel, alliant mutualisme et patronage. Premièrement, le 28 mars 1852 est édicté un décret-loi organique qui encourage la création de sociétés de secours mutuels par le maire ou le curé ; deuxièmement, l'Empire incite au développement des services sociaux par les entreprises¹²²⁹. Se refusant de croire à l'échec des systèmes tutélaires (où l'autorité morale du patron doit résoudre les problèmes) et à l'échec des anciennes politiques palliatives de charité et de philanthropie, le Second Empire n'a pas su transformer le système socio-économique, laissant à la IIIème République toute la tâche de construction du social.

2) L'avènement d'un nouveau contenu idéologique pour le social

648. Le contraste entre le Second Empire et la IIIème République est flagrant parce que durant cette dernière période se développent deux éléments fondamentaux de la construction du social en France. Premièrement, un contenu idéologique est donné à la doctrine sociale ; deuxièmement, est créée l'assistance publique moderne, posant ainsi les jalons de la protection sociale contemporaine¹²³⁰.

649. Sur le premier point, il s'agit de donner un fondement philosophique et juridique aux droits sociaux. Pour ce faire L. Bourgeois et C. Bouglé ont fait appel à l'idée de « crédit » que les individus défavorisés pourraient faire valoir face à la collectivité¹²³¹. Cette « dette sociale » rend la société débitrice face à chacun de ses membres, et a la particularité d'être obligatoire, prenant la forme d'un quasi-contrat¹²³². Cela s'est traduit, selon C.-M. Herrera, d'abord par l'institutionnalisation d'une garantie sociale contre les risques de la vie, et aussi par un financement en provenance de l'impôt sur les gains¹²³³.

650. Si les apports de Bourgeois et Bouglé ouvrent un nouveau panorama qui dépasse la dichotomie entre libéralisme et socialisme, la pensée sociale de L. Duguit marquera

1229 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., pp. 68-69.

1230 *Ibid.*, pp. 69-70.

1231 C. BOUGLE, « L'évolution du solidarisme », *Revue politique et parlementaire*, n°35/1903, pp. 480-505 ; L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 1902, 253 pp.

1232 C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 94.

1233 *Ibid.*

d'avantage le droit français¹²³⁴ ; et sa compréhension de la question sociale aura une incidence sur la doctrine social-solidariste. Duguit prend cependant distance de la notion de solidarité qu'il estime avoir été dénaturée et instrumentalisée par les politiques. Puisqu'il considère que l'Homme est par nature un être social, Duguit préfère parler « d'interdépendance sociale », ce qui nécessairement traduit l'action de l'État en devoirs et bannit l'idée de « droits » sociaux¹²³⁵. Pour Duguit les gouvernants, à l'image de tous les individus, sont appelés à agir et non pas à s'abstenir, ce qui les rend inexorablement acteurs dans l'organisation des lois en matière d'éducation, assistance et travail¹²³⁶. Par conséquent, « l'idée de "liberté-droit" disparaît pour faire place à l'idée de "liberté-devoir", [qui est] une sorte de liberté fonction sociale¹²³⁷ ».

651. Cette conception d'interdépendance sociale est intéressante dans la mesure où elle s'oppose à l'individualisme par le biais de la citoyenneté, c'est-à-dire par une responsabilisation des individus à l'égard de leur société. Tous les individus (gouvernants et gouvernés) seraient donc responsables d'un devoir envers les autres. Si ceux qui exercent le pouvoir doivent se plier à une fonction sociale de créateurs et exécutants de normes édictées au nom de l'intérêt public ; les autres individus ont aussi une fonction sociale qui consiste à s'impliquer dans la vie collective (associations et groupes professionnels). Pour Duguit, cette « discipline sociale » articulait une vision organique de la société et de respect des valeurs universels de l'Homme : elle se démarquait donc du marxisme mais aussi de l'individualisme¹²³⁸.

652. En effet, les idées solidaristes constituent une figure républicaine de la cohésion sociale dans la mesure où elles sont une réponse radicale à la lutte des classes tout en étant le fondement d'une législation sociale¹²³⁹. Le solidarisme, imprégné de l'idée citoyenne d'interdépendance sociale et des logiques de fonction sociale, ouvre un espace doctrinal

1234 Après l'Ancien Régime qui met en place un « service minimum que constituent la police et la justice [advient] la Révolution visant à la protection des droits individuels et de la jouissance de la propriété [...] Enfin, [au début du XXème siècle] on parle [...] d'assistance, de protection du travail, de culture, d'enseignement, de développement de la richesse, de protection économique » : L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 417.

1235 L. DUGUIT, *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, p. 26.

1236 C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., p. 95.

1237 S. PINON, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol.67, n°2/2011, pp. 69–93.

1238 *Ibid.*, § 34.

1239 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., pp. 70 et ss.

nouveau qui permet de justifier les évolutions juridiques qui guideront l'évolution du social durant la III^{ème} République. Pour L. Gaxie, ce nouveau cadre conceptuel marquera la reconnaissance de « droits, que l'on qualifie aujourd'hui de sociaux, [...] pour des catégories de personnes toujours plus vastes et dans des secteurs variés¹²⁴⁰ ». C'est là qu'advient le second élément qui caractérise la construction du social durant la III^{ème} République : la création de l'assistance publique moderne et la mise en place des débuts de la protection sociale contemporaine.

3) La mise en place de l'assistance publique moderne

653. Durant tout le XIX^{ème} siècle les régimes qui se sont succédé en France ont tenté de donner solution aux différents problèmes sociaux, mais aucun n'a réussi à résoudre la question de l'obligation. Dans tous les cas, c'est la responsabilité individuelle qui primait, palliée par les « bonnes actions » en provenance des différents acteurs de la société. De ce fait, les revendications sociales demeurent de toute actualité vers la fin du XIX^{ème} siècle, allant jusqu'à influencer de nombreux débats parlementaires et interrogeant les politiques sur le rôle de l'État face à la question sociale.

654. Avec les débuts de la pensée solidariste, à partir des années 1880 on assiste à une redistribution des rôles entre le public et le privé concernant l'assistance, ce qui inverse une dynamique où le public se déchargeait de ces affaires. A cet effet, est créée une administration centrale de l'assistance, accompagnée d'une législation qui affirme le principe d'assistance obligatoire¹²⁴¹. En 1894 le Congrès international de l'assistance publique, réunissant les plus importants spécialistes et praticiens sur la question, arrive à un consensus de principe selon lequel l'État doit intervenir à titre principal pour fournir le minimum. Peu à peu le public devient donc l'acteur principal et le principal régulateur en matière d'assistance ; mais aussi l'assistance s'est vouée à atteindre des personnes de moins en moins marginales : « L'assistance publique est due, à défaut d'une autre assistance, à l'indigent qui se trouve, temporairement ou définitivement dans l'impossibilité physique de

1240 L. GAXIE, « Du 'droit individualiste' au 'droit social' Une histoire de la juridisation du social (1789-1939) », *op. cit.*

1241 D. RENARD, « Assistance publique et bienfaisance privée, 1885-1914 », *Politiques et management public* vol. 5, n° 2/1987, p. 110.

pourvoir aux nécessités d'existence¹²⁴² ». Enfin, s'il est clair que le public a repris un rôle prépondérant, il reste à savoir qui assume principalement les obligations de sa mise en œuvre. C'est pourquoi en 1898 le Conseil supérieur de l'assistance publique confirme que l'assistance publique est d'essence communale, mais qu'il s'agit d'une œuvre de solidarité nationale. Ce qui signifie selon D. Renard que la République :

« [R]econnaît ainsi la thèse centrale de la conception traditionaliste de la bienfaisance : les secours doivent par nature être apportés dans le cadre des communautés les plus restreintes et il n'en est pas, pour la République, de moindre taille que la commune. Elle reconnaît aussi que l'assistance est due en dernière analyse par la seule collectivité qui soit supposée avoir, dans cette République individualiste, une existence réelle : la nation¹²⁴³ ».

655. En réalité le fait que les frais de l'assistance publique soient portés par tous les citoyens repose sur l'idée d'assurance contre un risque dont personne n'est exempt. De ce fait, selon le raisonnement de J. Juery, d'une part, la charge devient générale (dans le sens où tout individu est exposé aux mêmes risques) ; et d'autre part, la charge répond au critère d'utilité publique (puisque'elle est consacré à lutter contre les résultats négatifs de ce risque collectif)¹²⁴⁴.

656. Le système de secours facultatifs prend fin avec la loi du 14 juillet 1905 ce qui a pour conséquence que les individus ne se rendent pas à l'état de mendicité s'ils voulaient être admis dans les dépôts. Cette loi dépassait l'idée de vertu pour s'inscrire dans la mise en œuvre de la solidarité sociale. A cet effet elle faisait de sorte que la société aide ceux qui n'ont pas la force de travailler¹²⁴⁵. C'est pourquoi ladite loi concerne les personnes vulnérables (connus sous l'appellatif de « faibles »¹²⁴⁶), c'est-à-dire les vieillards, les

1242 « Conseil Supérieur de l'assistance publique », fascicule n° 62, 1898, p. 17, D. RENARD, « Assistance publique et bienfaisance privée, 1885-1914 », *op. cit.*, p. 112.

1243 D. RENARD, « Assistance publique et bienfaisance privée, 1885-1914 », *op. cit.*, p. 125.

1244 J. JUERY, *L'assistance aux vieillards, infirmes et incurables et la loi du 14 juillet 1905*, Paris, Sirey, 1906, p. 12.

1245 « Tout français privé de ressources, incapable de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence et, soit âgé de plus de soixante-dix ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie reconnue incurable, reçoit aux conditions ci-après l'assistance instituée par la présente loi. », article 1er, *Loi relative à l'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables, privés de ressources*, 14 Juillet 1905.

1246 G. RADBRUCH, « Du droit individualiste au droit social », *Archives de philosophie du droit*, n°1/1931, p. 387 ; G. RADBRUCH, « Vom individualistischen zum sozialen Recht », A. KAUFMANN (éd.), *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg: Müller, 1993, pp. 285-495.

infirmes, les incurables, mais aussi les enfants, les femmes en couches et les familles nombreuses¹²⁴⁷.

657. Le début du XXème siècle marque un essor pour les lois sociales focalisées sur les personnes vulnérables et sur la famille (voir la loi de juillet 1913 qui accordent une allocation aux femmes en couches privées de ressources ; mais aussi la loi du 14 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nécessiteuses). Or, comme souligne D. Roman, la naissance de la problématique moderne du chômage au début du XXème siècle ne modifie pas le principe que seul l'incapable de travailler doit être aidé. Même les réformes aux lois d'assistance qui transformeront l'« assistance publique » en « aide sociale » dans les années cinquante¹²⁴⁸, ne parviendront pas à modifier ce qui fait la particularité du système social français : intervenir qu'en cas de faiblesse de la personne (maladie, infirmité, vieillesse)¹²⁴⁹.

4) Les évolutions en matière de logement

658. Le problème du logement avait dépassé le cadre de la précarité ouvrière pour devenir une affaire sociale généralisée, ce qui justifiait l'intervention de l'État¹²⁵⁰. Car l'opposition politique à l'égard de ce thème s'était concentrée trop longtemps sur une impasse entre la thèse libérale et la thèse *municipaliste*¹²⁵¹. Cette posture empêchait de penser à une politique d'ensemble, qui surpasse l'individu et qui surpasse aussi le cadre de la collectivité locale, afin de responsabiliser la collectivité intégrale incarnée par la nation.

659. Deux problèmes majeurs concernaient la question de logement : les prix élevés et l'assainissement de ceux-ci¹²⁵². A cet égard, fruit d'un combat acharné de la part de la Société française des habitations à bon marché, et notamment du député J. Siegfried, en 1894 est approuvée la loi aux habitations à bon marché¹²⁵³ qui ne se limitait pas uniquement

1247 L. GAXIE, « Du 'droit individualiste' au 'droit social' Une histoire de la juridisation du social (1789-1939) », *op. cit.* ; J. JUERY, *L'assistance aux vieillards, infirmes et incurables et la loi du 14 juillet 1905*, *op. cit.*, p. 4.

1248 Décret n°53-1186 du 29 novembre 1953 et décret n° 54-611 du 11 juin 1954.

1249 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op. cit.*, p. 83.

1250 Voir S. MAGRI, « Des "ouvriers" aux "citoyens modestes" : Naissance d'une catégorie. Les bénéficiaires des habitations à bon marché au tournant du XXe siècle », *Genèses*, vol. 5, n° 1/1991, p. 37 et p. 40.

1251 *Ibid.*

1252 J. SIEGFRIED, « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Jules Siegfried et de plusieurs de ses collègues relative aux habitations ouvrières », *J.O. Document Parlementaire*, 2 de mars 1893, pp. 2726-2732.

1253 Journal Officiel, *Chambre. Séance du 26 novembre 1894*, 27 novembre 1894, pp. 2019-2021.

aux seuls ouvriers mais qui s'étendait au-delà. Selon S. Magri cela a pu être possible grâce à la mobilisation des principes de prévention (ce qui justifiait l'intervention régulée de l'État), d'égalité devant la loi, et de l'égalité sociale¹²⁵⁴. Certes, la création d'une loi ne pouvait rien pour faire baisser le prix des logements, mais le fait de conférer un rôle « régulateur » à l'État allait modifier un peu l'accès au logement pour les personnes à qui le marché de donnait pas l'opportunité. Pourtant la question des prix était surtout une affaire d'offre et de demande, ce qui impliquait que des logements à bon marché (et salubres) devaient être construits pour faire baisser les prix. Or les recherches de C. Carriou démontrent que durant la fin du XIX^{ème} siècle le nombre d'habitations à bon marché édifiées a été modeste ; ce n'est qu'à partir de 1905 et de la loi sur le crédit immobilier de 1908 que la construction semble augmenter¹²⁵⁵.

660. Vers la fin du XIX^{ème} siècle dans toute l'Europe, le surpeuplement dans les grandes villes est devenu extrême au point que les cours et les jardins disparaissaient et que le sentiment anti-proprétaire était grandissant à cause des loyers élevés¹²⁵⁶. Toutes les solutions libérales ayant montré des limites, l'accession à la propriété a été vue comme une solution à ces problèmes ; mais le but semblait être plus politique que social. En effet, la création d'un cadre de vie digne pour les personnes n'était qu'un outil pour atteindre l'objectif qui consiste à combattre l'idéologie socialiste en éliminant les situations qui renforçaient leurs arguments¹²⁵⁷. Or la création de la « Société des habitations à bon marché » s'avérait être peu rentable pour les entreprises qui n'ont pas fait écho du projet de construction de ces logements de type social. A terme, on doit donc faire appel aux capitaux publics par le biais d'un loi de 1894 autorisant la Caisse des dépôts et des consignations à prêter de l'argent aux sociétés des habitations à bon marché. Mais l'initiative privée ne comble pas des objectifs, ce qui fait de sorte qu'en 1912 la loi Bonnevey autorise les communes à créer les offices des

1254 S. MAGRI, « Des "ouvriers" aux "citoyens modestes" : Naissance d'une catégorie : les bénéficiaires des habitations à bon marché au tournant du XX^e siècle », *op. cit.*, p. 38.

1255 C. CARRIOU, « Des statistiques imaginées, perdues, oubliées ? Les habitations à bon marché et leur dénombrement (1894-1939) », *Genèses*, vol. 87, n° 2/2012, § 14.

1256 Cercle Léon Trotsky, « Au-delà de la crise actuelle, la faillite des solutions bourgeoises à la crise du logement », *Lutte Ouvrière*, supplément n°111/2008, p. 19

1257 L. BONELLI, « Quelle sécurité pour les migrants et leurs enfants? Réflexions à partir de l'exemple catalan », *Concilier bien-être des migrants et intérêt collectif*, Série Tendances de la cohésion sociale n°19, Bruxelles, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 115.

habitations à bon marché. La loi d'intervention communale sur la question du logement fut effective dès 1913 à la Rochelle, puis à Paris en janvier 1914¹²⁵⁸.

661. Après la Première Guerre Mondiale les pouvoirs publics tentent de relancer une politique familiale axée sur le logement social. En 1928 la loi Loucheur prend distance de la vision libérale (initiative privée) et *municipaliste* pour se concentrer sur un financement étatique des logements (dès leur conception). La loi prévoit un programme de construction de deux-cent mille habitations assorti d'un faible taux d'emprunt, et de soixante mille logements à loyers moyens ; or les effets de la crise économique mondiale ont eu raison de la loi Loucheur, supprimant les facilités d'accèsion à la propriété entre 1933 et 1935¹²⁵⁹.

5) La création d'un ministère du travail¹²⁶⁰ et la mise en place de la négociation collective

662. En matière de travail le cadre légal était très réduit jusqu'à la fin du XIXème siècle. Or 1841 constitue l'année de départ pour les contrôles du travail, car on met à pied un système d'inspection, qui comptait juste avec quelques bénévoles répartis sur toute la France. Ce n'est qu'en 1892 qu'un véritable corps d'inspecteurs du Travail est créé, étant rattaché au ministère du Commerce. Ce sont les prémices de la protection sociale en France qui fondent leur activité sur la succincte réglementation en matière d'hygiène et de sécurité.

663. À cette époque, les projets les plus importants sont ceux émis par la députée Camille Raspail en 1886 et 1891, visant à créer un ministère du Travail dont la mission est extrêmement vaste (la production, de la réglementation du travail, le syndicalisme, la santé, la colonisation, l'embauche et le chômage). L'ancien communard Édouard Vaillant propose aussi en 1894 et 1898 la création d'un ministère du Travail, de l'Hygiène, de l'Assistance publique. Mais tous ces projets se confrontent à une opposition libérale qui finit par les bloquer sous l'argument du coût élevé que pouvait représenter la création de cette nouvelle entité publique. E. Vaillant va donc modifier son projet en 1903 qu'il limite à la création d'un ministère du Travail et de la Santé publique, or malgré le soutien important des

1258 Cercle Léon Trotsky, « Au-delà de la crise actuelle, la faillite des solutions bourgeoises à la crise du logement », *op. cit.*, p. 23.

1259 P. GRELLEY, « Contrepoint - Coup d'œil sur la loi Loucheur », *Informations sociales*, vol. 118, n°4/2014, p. 31.

¹²⁶⁰ Toute cette rubrique reprend les réflexions d'I. Moret-Lespinet, issues de sa conférence « La création du ministère du travail », du 31 mars 2006 au Palais du Luxembourg.

socialistes il sera écarté. En effet, les radicaux, socialistes et quelques catholiques sociaux avaient déjà préparé une réforme de moindre envergure, la création d'une chambre paritaire dénommée « Conseil Supérieur du Travail » en janvier 1891, qui donnera naissance à son organe exécutif : l'Office du Travail. Ce dernier ayant été défendu par le ministre du commerce, J. Roche, comme une réponse scientifique à la question sociale, même s'il s'agissait au juste d'un organisme administratif centralisateur.

664. La poursuite des réformes administratives au ministère du Commerce, finiront par faire évoluer les questions sociales en France. En 1894 le ministre et mutualiste V. Courties, crée dans son ministère une direction de la Prévoyance sociale (regroupant les institutions de prévoyance individuelle et volontaire), dépassant les travailleurs industriels et élargissant ses compétences à l'ensemble des salariés. Vers la toute fin du XIXème siècle commencent à se peaufiner les éléments constitutifs de la protection sociale. La mise en place du système de retraites et les sociétés des habitations à bon marché sont le meilleur exemple. Les débats à l'Assemblée nationale et dans la commission de l'Assurance et de la Prévoyance sociale présidée par Millerand vont s'intéresser sur deux points : les retraites et l'assistance publique aux vieillards et aux infirmes.

665. Les composantes administratives du projet de ministère étant déjà opérationnelles (autour de la prévoyance, la prévention et la répression), et l'objectif de protection sociale étant de toute actualité politique, les jalons étaient posés pour qu'en 1906 le gouvernement de Clémenceau crée le ministère du Travail et de la Prévoyance sociale¹²⁶¹. Mais par-delà le fait d'avoir regroupé les administrations liées aux travailleurs, l'éloge de ce ministère consiste dans l'effectivité des mécanismes de prévoyance sociale et dans la mise en place d'instances de dialogue et de conciliation. Le ministère s'est donc constitué en moteur pour l'évolution des thématiques traditionnelles liées aux conditions de travail (hygiène, sécurité, temps de travail), mais aussi à la protection des conditions de vie de travailleurs (prévoyance, logement, intégration). De par leur nombre et leur singularité, ces différentes évolutions ne tarderont pas d'être regroupées dès 1910 dans le « Code du travail et de la prévoyance sociale », portant notamment sur le contrat de travail, le contrat d'apprentissage, le salaire et le placement.

¹²⁶¹ I. MORET-LESPINET, « La création du Ministre du Travail », *Actes du colloque "Les questions sociales au Parlement (1789-2006)"*, 31 mars 2006, (Consulté le 20/07/16, https://www.senat.fr/colloques/actes_questions_sociales/actes_questions_sociales2.html.)

666. La Première Guerre Mondiale congèle tout l'élan social, mais dans l'entre-deux guerres, de nouvelles lois vont améliorer le système d'assurances sociales et construire un État de type bismarckien-providence. La France, parmi d'autres États, s'étant fortement inspiré par le modèle allemand, la loi sur les assurances sociales du 5 avril 1928 (modifiée par la loi du 30 avril 1930) institue un système de capitalisation sous la forme d'une obligation de retenue sur paye pour tous les salariés (ne dépassant pas un certain seuil de revenus) qui financerait pour moitié les assurances sociales, l'autre moitié restant à la charge de l'employeur¹²⁶². Il s'agit de plusieurs assurances, gérées par des caisses primaires départementales¹²⁶³ : maladie, maternité, vieillesse (garantissant une pension à partir de 60 ans), invalidité prématurée, décès (versement d'un capital fixé à 20% du salaire annuel), allocations de contribution aux charges de famille de l'assuré¹²⁶⁴. Ces charges de famille furent une nouveauté¹²⁶⁵ et eurent besoin d'être définies par la loi qui disait que lorsque l'assuré est tuteur d'enfants lui ou ses ayants-droits pouvaient prétendre à des majorations pour les sommes reçues en cas de maladie, grossesse, invalidité, décès¹²⁶⁶.

667. Bien entendu, il s'agit d'une victoire pour les salariés, mais aussi d'une victoire sur le libéralisme philosophique. Ceci représente une « reconnaissance aussi large que possible des institutions libres sur les tenants d'une organisation centralisée des caisses d'Assurances sociales et [...] du libre choix de l'organisme d'assurance par l'assuré [...]»¹²⁶⁷. Or seul 74 % des salariés du commerce et de l'industrie étaient couverts, 54 % dans le cas des salariés agricoles et 15 % de la population agricole totale. Quant à l'assurance facultative agricole, son développement restait encore au 31 décembre 1935 très modeste, avec seulement cent-quarante mille inscrits sur plus de deux millions d'ouvriers agricoles¹²⁶⁸.

¹²⁶² *Loi sur les assurances sociales*, 30 avril 1930, art. 2.

¹²⁶³ *Loi sur les assurances sociales*, 30 avril 1930, art. 27 et s.

¹²⁶⁴ *Loi sur les assurances sociales*, 30 avril 1930, art. 1^{er}.

¹²⁶⁵ La loi du 11 mars 1932 prolongera le volet familial des assurances sociales en instaurant un système où la contribution patronale finance les allocations destinées à couvrir les charges de famille du salarié incapable de travailler.

¹²⁶⁶ *Loi sur les assurances sociales*, 30 avril 1930, art. 21, §2 et 3.

¹²⁶⁷ M. DREYFUS, M. RUFFAT, V. VIET et al., « Le système des Assurances sociales », *Se protéger, être protégé. Une histoire des assurances sociales en France*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2006, p. 81.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 84 et s.

668. Ce sont les années trente qui marquent une dégradation du climat social à cause de l'importation de la crise financière de 1929 aux États Unis, ayant des répercussions sur la hausse du taux de chômage et de la baisse des salaires en Europe. En France, surgissent des mouvements sociaux provoqués par la précarité du travail, menant à des grèves de plus en plus importantes. Face aux extrémismes communautaristes et xénophobes, le Front populaire fait son apparition, alliant les communistes, les socialistes de la SFIO et radicaux de gauche. En pleine crise sociale, le Front populaire accède au pouvoir en 1936, se produisant un tournant pour l'arrêt du mouvement gréviste : le Front populaire avait compris qu'il ne fallait pas imposer la paix sociale à travers une norme, mais qu'il était indispensable de créer les conditions pour établir un dialogue. L'échange devait être horizontal et partir d'une reconnaissance mutuelle des possibilités de sortie de crise, afin que les partenaires sociaux puissent trouver des solutions à leurs propres problèmes. Cette méthode a abouti aux Accords de Matignon signés par la Confédération Générale des Travailleurs et le patronat au mois de juin 1936. La portée est inestimable car ces accords prouvent que lorsque l'État soutient un dialogue à égales conditions entre partenaires sociaux, on parvient à un équilibre réciproque entre les objectifs des parties. Ce qui s'est matérialisé par une augmentation des salaires, la reconnaissance de la liberté syndicale, la création des délégués d'entreprises, la mise en place des deux semaines de congés payés, le plafonnement de la semaine de travail à quarante heures.

C. La cohésion sociale et la consolidation du modèle social français : La IV^e et la V^e Républiques

669. La fin de la Seconde Guerre Mondiale marque un tournant pour l'histoire des droits sociaux en France. Sur le plan constitutionnel, qui nous intéresse davantage ici, les principes qui guident le social se constitutionnalisent au cours de la IV^e République et se poursuivent au cours de la V^e République (1), même s'il faut aussi tenir compte de certaines limites, voire de certains échecs concernant la stratégie de constitutionnalisation des droits sociaux en France (2).

1) Un Préambule parachevant la construction juridique du social

670. Depuis le XXI^{ème} siècle on peut dire que le Préambule de la Constitution de 1946 n'est rien d'autre que « l'introduction d'une Constitution »¹²⁶⁹, remontant à une République du passé. Cependant il serait injuste et faux de rester à ce constat puisque c'est ce Préambule qui porte aujourd'hui la charge de supporter, au sommet de la hiérarchie des normes, tout le droit social français. Il est un peu confus de vouloir trouver les sources juridiques du droit social constitutionnel¹²⁷⁰ contemporain, dans le sens où le Préambule de la Constitution de la V^{ème} République renvoie au Préambule de la Constitution de 1946, qui reprend lui-même les idées du premier projet de Constitution rejeté par le référendum du 5 mai 1946 et des idées de la Déclaration de 1789. G. Conac analyse le Préambule comme étant le résultat d'un « étrange enchaînement [qui] unit dans une même proclamation des textes d'âges différents qui n'avaient à l'origine ni la même nature juridique ni la même signification politique¹²⁷¹ ».

671. Durant l'élan de rénovation qui s'ouvre dans l'après-guerre, le Préambule de 1946 construit un étage de plus dans l'édifice de juridisation du social. En effet, il ne part pas de rien mais il s'inspire aussi bien des doctrines solidaristes et socialistes influençant l'Europe depuis un siècle, que des acquis issus de la Révolution de 1789¹²⁷², de la Constitution de 1791 et du Préambule de la Constitution de 1848. Mais le Préambule de 1946 est bien plus qu'une compilation juridique de toutes ces périodes qui construisent le social en France. Il s'agit aussi d'un texte novateur dans la mesure où il ouvre une nouvelle perspective pour comprendre les droits fondamentaux, laissant à l'évidence que le dualisme, entre droits-libertés et droits sociaux, serait le résultat d'une erreur de perspective inspirée par une vision positiviste et statique du droit¹²⁷³.

¹²⁶⁹ G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », G. CONAC, X. PRELOT, G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, p. 36.

¹²⁷⁰ La notion « droit social constitutionnel » peut être critiquée dans le sens où il s'agit d'un néologisme et qu'elle ne semble pas désigner une catégorie définie du droit. Pourtant les mots qui composent la notion l'assimilent (en tout cas dans ce travail) aux droits qui premièrement, sont reconnus par la Constitution (critère formel), deuxièmement qui font appel à un périmètre social d'action (critère matériel), et troisièmement qui cherchent la finalité du droit en question (critère téléologique).

¹²⁷¹ G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 1.

¹²⁷² J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », CURRAP (éd.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 19.

¹²⁷³ J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration des droits nouveaux ? », CURRAP, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 130 ; Y. GAUDEMET, « La IV^e République : Connaître l'héritage », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, p. 13.

672. Les plaidoyers sont fondamentalement dominés par trois groupes : communistes, socialistes et républicains populaires. Mais lors du premier projet de Constitution la tendance sociale était d'avantage plus marquée du fait que la composition de l'Assemblée nationale constituante, était dominée par une majorité de communistes et socialistes¹²⁷⁴. Cette majorité leur octroyait un sentiment de légitimité pour faire primer leurs idées sans concilier avec les autres forces politiques. Pourtant le 5 mai 1946, le premier projet est rejeté par référendum ce qui ouvre la voie à une seconde négociation constitutionnelle, qui prenne en compte d'autres avis par-delà le marxisme. La conséquence du référendum du 5 mai 1946 renvoie logiquement à de nouvelles élections pour composer une nouvelle Assemblée nationale constituante qui traduit, sans trop de surprise, un recul des partis de gauche au profit du mouvement républicain populaire. Le résultat électoral de la seconde constituante se traduit par un message politique de la part des électeurs : anéantir toute prétention de légitimité absolue de la part des idéologies marxistes, et contraindre les socialistes-communistes à accepter certaines propositions idéologiques des républicains-libéraux, voire des courants chrétiens¹²⁷⁵, malgré la minorité de la droite¹²⁷⁶. Il s'agissait d'un message prudent et à la fois paradoxal : composer une formule tripartite unissant des opposés politiques, tout en préservant prédominance de l'idéologie sociale¹²⁷⁷. Pour cette raison, certains considèrent qu'il s'agit d'une « date carrefour dans l'histoire [du] droit constitutionnel [français]¹²⁷⁸ ».

¹²⁷⁴ « La Commission de la Constitution est formée de 42 membres. [...] Les députés y sont désignés par les groupes en respectant la représentation proportionnelle observée à l'Assemblée elle-même. La composition est donc majoritairement socialiste et communiste » : G. GUGLIELMI, « Débattre d'un... et écrire le... Préambule », CURRAP (éd.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 55.

¹²⁷⁵ Parmi les constituants d'influence chrétienne les plus actifs on compte à E. Mounier, philosophe influencé par la pensée sociale catholique de C. Pegui et auteur, en 1936, de *De la propriété capitaliste à la propriété humaine* ; ou encore à F. De Menthon, démocrate-chrétien, ancien président de l'Action catholique de la jeunesse française (ACJF) et fondateur de la « jeunesse ouvrière chrétienne ». L'objectif politique de ce dernier était de créer un texte juridique établissant une série de principes de type social, ce qui provoquerait des réformes. Voir en ce sens C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 125 ; F. DE MENTHON, *Vers la Quatrième République*, Paris, Hachette, 1946, p. 86.

¹²⁷⁶ « Si compromis il y eut, ce fut un compromis idéologique, un armistice qui ne peut s'expliquer autrement que par des aspirations contradictoires qui divisaient profondément aux lendemains de la Libération la société française, traumatisée par quatre années d'Occupation. » : G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 36.

¹²⁷⁷ Pour G. Guglielmi, « les seconds constituants devaient [...] tenir compte des résultats du référendum, qui ne traduisaient pas un rejet massif du projet d'avril [...] [au même temps qu'ils établissaient] quelques compromis supplémentaires pour obtenir une majorité [...] [sans que le MRP] soit rejeté à droite » : G. GUGLIELMI, « Débattre d'un... et écrire le... Préambule », *op. cit.*, p. 59.

¹²⁷⁸ G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 13.

673. Ces concessions mutuelles de la part des groupes de gauche et de droite ont limité la portée sociale du second projet constitutionnel au profit premièrement d'une reconnaissance plus claire de certains droits libéraux, comme le droit à la propriété privée et, deuxièmement, d'une relativisation des formules ambitieuses de reconnaissance des droits sociaux. Pourtant le second projet est parvenu à un texte constitutionnel qui, pour la première fois, concevait le social comme un principe (« particulièrement nécessaire à notre temps »)¹²⁷⁹. Ce qui représente une évolution du paradigme libéral-individualiste qui jusque-là concevait uniquement l'existence des principes de liberté et égalité en droits.

674. Selon J. Chevallier, le Préambule relève une structure narrative qui montre la volonté d'insister sur trois volontés : Proclamer à nouveau des droits inaliénables et sacrés ; réaffirmer les droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que les principes fondamentaux républicains ; reconnaître des principes politiques, économiques et sociaux¹²⁸⁰. Alors que le projet du mois d'avril désignait une reconnaissance de « droits sociaux et économiques », cette formule est remplacée, dans le second projet, par une phrase plus générale qui proclame des « principes politiques, économiques et sociaux ». Cela signifie qu'on passe de la reconnaissance de « droits » vers une déclaration, socialement moins ambitieuse, de « principes ». Ce qui aura pour incidence d'ôter le caractère opérationnel du social et de compliquer les possibilités d'exigibilité des principes qui s'y retrouvent.

675. Ce changement annonce clairement la portée sociale plus prudente du second projet, qui se traduit par l'élimination des mentions : « dignité de la personne » (art. 22 du premier projet) ; de celles qui posent les limites du droit à la propriété pour cause d'utilité publique (art. 35 et 36 du premier projet) ; du devoir citoyen d'entraide fraternelle (art. 39 du premier projet).

¹²⁷⁹ S. Josso dit en ce sens que : « dès le premier projet de Constitution, l'article 40 stipulant que *la France est une République sociale* est adopté sans débat, [ce qui constitue une] preuve du consensus existant en cette période. [Lorsque] le texte est rejeté le 5 mai 1946, l'Assemblée constituante nouvellement élue, marquée par une baisse du nombre d'élus de gauche, reprend la formule du premier projet. En quelque sorte, et alors qu'il ne peut être nié que le second projet est en net recul par rapport au premier projet de Constitution, les revendications sociales qui disparaissent sont contenues, de fait, dans la formule lapidaire mais si explicite : *la France est une République sociale* » : S. JOSSO, « La République sociale, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », *Civitas Europa*, 2008, p. 212.

¹²⁸⁰ J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », *op. cit.*, p. 19.

676. Par son contenu « protecteur » en matière économique et social, le texte de 1946 pourrait être qualifié de « Constitution sociale », comme le concevait J. Rivero. Mais penser que la reconnaissance constitutionnelle d'une liste de droits économiques et sociaux fait la « Constitution sociale » revient à croire que la norme a de l'effet *Per Se*. Alors même que le contenu et la forme de constitutionnalisation des droits en 1946 diffère de ce qui est connu comme constitutionnalisme social à Querétaro ou à Weimar : des droits assez bien définis, un texte ambitieux, assorti de force juridique. Cependant, il ne faut pas sous-estimer le fait que le Préambule de la Constitution française de 1946 développe certains éléments qui contribuent à la construction juridique des droits sociaux. En ce sens, on peut constater, suivant l'analyse de J. Chevallier, que le Préambule reconnaît, pour la première fois, des « droits-créance » à des bénéficiaires tels que la famille, les travailleurs, les personnes en situation de vulnérabilité¹²⁸¹. Ce qui reflète une consolidation des avancées juridiques issues de la législation sociale de la IIIème République en matière de travail (par exemple, à travers les droits syndicaux), en matière de modification des structures économiques (par exemple, à travers les nationalisations) et en matière d'assistance sociale aux vulnérables¹²⁸².

677. Les droits d'assistance et les garanties sociales provoquent en réalité controverse chez les constituants. En effet, le droit à l'assistance est issu d'une tradition déjà ancienne et consensuelle en France. Comme le rappelle X. Prétot le droit à l'assistance avait déjà été constitutionnalisé en 1791 et rappelé à l'article VIII du Préambule de 1848¹²⁸³ ; de plus il a donné lieu à un riche développement législatif depuis la fin du XIXème siècle ce qui rend ses principes assez consensuels parmi les constituants.

678. Le Préambule du second projet s'attache à garantir dans ses alinéas 10 et 11, premièrement une protection à la famille et aux vieux travailleurs, mais en second lieu il reconnaît aux personnes vulnérables (en état de faiblesse), un droit d'obtenir des moyens convenables d'existence¹²⁸⁴. Le premier semble être un droit qui cherche à protéger tous

¹²⁸¹ *Ibid.*, pp. 24-25.

¹²⁸² R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Revue de Droit Public*, n°3-4/1947, pp. 371 et s.

¹²⁸³ X. PRÉTOT, « Alinéa 11 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 264-265.

¹²⁸⁴ « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. » Alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946.

ceux qui construisent la société : la famille en tant que pilier de la société ; les vieux travailleurs en tant qu'anciens actifs qui par leur travail ont contribué au développement de la société. Le second peut être assimilé à un droit d'assistance pour les plus fragiles, qui se fonde et se finance par l'effort de la collectivité.

679. Alors que la reconnaissance d'une protection pour la famille ne soulève aucune controverse sur ses implications sociales¹²⁸⁵, la question développée à l'alinéa 11 du Préambule du second projet, est un résumé d'articles du premier projet, ce qui rend « moins précise l'affirmation des droits qui étaient [déjà bien] définis¹²⁸⁶ ».

680. Mais par-delà certaines questions consensuelles comme dans le cas du droit à l'assistance, les véritables débats de fond de nature socio-économique se sont concentrés sur les questions relatives au travail et à la propriété. Car les mécanismes de gestion et appropriation de la force de travail, ainsi que le cumul des fruits du travail, étaient le réel enjeu pour faire évoluer le système économique et construire un véritable système social.

681. Malgré certaines résistances lors des débats sur le second projet, ont été maintenues les garanties en matière de travail. La combinaison des alinéas 5, 6 et 8 du Préambule de 1946 renvoie à la formule suivante : « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi¹²⁸⁷ [...] Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale [...] Tout travailleur participe, par intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises [...] ». À cet égard,

« Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. » Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

¹²⁸⁵ L'article 24 du projet constitutionnel du mois d'avril proclame : « La Nation garantit à la famille les conditions nécessaires à son libre développement. » ; alors que l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. ».

¹²⁸⁶ L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 semble résumer les articles 29 et 33 al. 1^{er} du projet constitutionnel du mois d'avril, et inclure des éléments des articles 23 et 30. Voir en ce sens : G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 24.

¹²⁸⁷ La mention « droit d'obtenir un emploi » inscrite à l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 ne doit pas être confondue avec l'idée de « droit au travail » issue de la révolution de 1848. Car il ne s'agissait pas de donner un travail à tous ceux qui le demandent mais plutôt d'obtenir un emploi comme conséquence du devoir de travailler. G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 21. Il s'agit donc d'une sorte d'assistance par le travail, similaire à l'idée calquée par Robespierre dans l'article 21 de la Constitution de 1793. Voir en ce sens : M. BORGETTO, « Alinéa 5 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBoul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 129 et 133-134.

il faut signaler que toutes les formules précitées renvoient au projet du mois d'avril, notamment aux articles 26 (« tout homme a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ») ; 30 (« droit à l'action syndicale ») et 31 (« participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise »). Concernant le droit de grève il existe cependant une variante. Alors que le premier projet invoquait à l'article 32 que « le droit de grève est reconnu à tous dans le cadre des lois qui le réglementent », l'alinéa 7 du second projet modifie fortement la portée du droit de grève en ôtant l'idée qu'il s'agit un droit reconnu à tous. En ce sens la Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. », ce qui termine par exclure potentiellement à un certain nombre de travailleurs.

682. Jusqu'aux débuts du XXème siècle, la notion de travail reposait sur l'idée de subordination de l'ouvrier, souvent sans lien contractuel, ce qui voulait dire que la société concevait le travail et le travailleur comme des marchandises.

683. Pourtant, l'organisation du travail et le respect d'une hiérarchie pouvaient se maintenir sans subordonner la personne elle-même, mais juste en concevant l'idée d'un « lien de subordination¹²⁸⁸ » autour d'un contrat. La législation du travail de la IIIème République avait déjà reconnu certains droits aux travailleurs, or les lois de ce régime étaient extrêmement brèves en l'absence d'une déclaration (constitutionnelle) de droits sociaux qui aurait pu s'imposer aux gouvernements¹²⁸⁹. Il a fallu attendre un contexte d'après-guerre pour prendre la mesure de l'idée d'humanisation des relations de travail par le biais d'une rupture du lien de quasi-servitude existant entre le patron et le travailleur. Le résultat n'est pas des moindres car le travailleur sera le plus important bénéficiaire du Préambule de 1946.

684. Sur l'idée de collaboration et de cogestion de l'entreprise, des lois sociales de la IIIème République avaient déjà ouvert la voie au débat, ce qui s'est traduit, dans le projet d'avril, par une reconnaissance expresse à l'article 31, cristallisant la volonté de non aliénation du

¹²⁸⁸ « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres [...]. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. » : Cass., soc., 13 novembre 1996, *Bull. civ.*, V. n° 386, pourvoi n° 94-13187

¹²⁸⁹ Voir Y. POIRMEUR, « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », CURRAP (éd.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 119.

travail de la personne. Mais, le débat du second projet constitutionnel a vu apparaître davantage de critiques à l'encontre de l'idée de cogestion de l'entreprise sous le prétexte du désordre que cela provoquerait dans la vie économique et sociale ; laissant au second plan les arguments d'humanisme, de cohésion sociale, de démocratie. En effet, le droit à la participation collective dans la gestion de l'entreprise cherchait à consolider le principe de démocratie en lui reconnaissant une implication sur le versant économique de la société. En d'autres termes il s'agissait de renouveler la portée républicaine de la démocratie en la faisant sortir du champs strictement publique pour la faire appliquer sur le terrain privé, par le biais d'une corrélation entre le modèle de citoyenneté politique et celui de travailleur coresponsable de la gestion de l'entreprise¹²⁹⁰.

685. Vis-à-vis de la propriété s'est joué un autre débat idéologique opposant deux conceptions d'État. Le projet libéral cherchait à maintenir l'ancienne conception de droit à la propriété illimité en toutes circonstances. Pourtant il s'avérait que ce droit devait être compatible avec les principes républicains d'égalité en droits, mais aussi de liberté de l'initiative privée. Ce qui n'était pas le cas si un monopole surgissait, car un seul groupe concentrerait toute la propriété et tous les avantages de celle-ci, ce qui terminerait par « priver les autres de leur propriété ». Afin d'éviter cette contradiction antirépublicaine, le droit à la propriété devait se renouveler. Ce qui consistait à reconnaître l'importance fondamentale du droit à la propriété, mais en parallèle, reconnaître aussi la supériorité de l'utilité sociale et de l'intérêt national sur la propriété individuelle. Face à ce raisonnement, les constituants libéraux ont tenté de s'opposer à la constitutionnalisation du principe de nationalisation, en invoquant d'abord, l'incompatibilité de la nationalisation avec le caractère inaliénable du droit à la propriété ; puis en argumentant que l'appréciation de l'État pourrait s'avérer arbitraire si la nationalisation se faisait au nom de la notion d'intérêt national, qui n'était pas définie¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ Plaidoyer du constituant A. Philip : « [...] pour nous la démocratie n'est plus seulement politique, elle est économique et sociale. La classe ouvrière n'a pas seulement à exercer la démocratie en faisant acte de citoyens [...] dans un vote politique. » : G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 22.

¹²⁹¹ G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 24 ; Voir aussi P. COSSALTER, « L'alinéa 9 », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, p. 177.

686. Mais le discours du constituant A. Philip a démontré qu'il ne s'agissait pas de restreindre le droit à la propriété mais de compléter son affirmation¹²⁹², imbriquant donc les valeurs de suprématie de l'intérêt collectif, dans la continuité de la Déclaration de 1789¹²⁹³, ce qui revenait à faire accepter les nationalisations à la suite de l'affirmation du droit de propriété. En effet, comme l'évoque G. Quiot, « il est [...] permis d'estimer [...] qu'il n'existe pas [...] de différence fondamentale entre la pensée des constituants de la Libération et celle des constituants révolutionnaires de 1879-1791 : ceux-là ne sont probablement moins favorable à la liberté d'entreprendre que ceux-ci [...]»¹²⁹⁴.

687. Finalement, le Préambule de la Constitution retient des formules qui s'avèrent être très protectrices du droit à la propriété privée. Or, comme l'exprime J.-J. Israël, l'alinéa 9 légitime l'interventionnisme économique de l'État en établissant un lien entre le « service public national » ou « monopole de fait » et un mode de propriété collective, permettant ainsi la nationalisation¹²⁹⁵.

688. L'alinéa 9 du Préambule de 1946 finira par consacrer le droit à la propriété et le principe de nationalisation sous la forme d'une coexistence idéologique entre une vision libérale, socialiste et d'économie sociale de marché¹²⁹⁶. Pour ce faire on a rappelé le caractère fondamental de la propriété en faisant référence expresse à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹²⁹⁷. Cependant, le droit français n'a pas conçu un droit de propriété absolu, ce qui autorise, sur le fondement même de la DDHC (article 17), la privation de la propriété individuelle lorsque la nécessité publique est juridiquement constatée¹²⁹⁸. Malgré cette acceptation à l'idée de nationalisation, il est curieux d'observer que le Préambule de 1946 se garde de mentionner le mot « nationalisation ». De même, et contrairement au projet du mois d'avril, le Préambule de 1946 ôte les notions d'« utilité publique » et d'« utilité sociale » pour justifier les nationalisations.

¹²⁹² J.-J. ISRAËL, « Alinéa 9 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, p. 227.

¹²⁹³ R. DRAI, « Le Préambule face au discours de Bayeux », CURRAP (éd.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 75.

¹²⁹⁴ G. QUIOT, « Service public national et liberté d'entreprendre », CURRAP (éd.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 188.

¹²⁹⁵ J.-J. ISRAËL, « Alinéa 9 », *op. cit.*, p. 221.

¹²⁹⁶ P. COSSALTER, « L'alinéa 9 », *op. cit.*, p. 171.

¹²⁹⁷ Se reporter aux articles 2 (« droit naturel et imprescriptible de l'Homme ») et 17 (« la propriété [est] un droit inviolable et sacré ») de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

¹²⁹⁸ J.-J. ISRAËL, « Alinéa 9 », *op. cit.*, p. 228.

689. Enfin, le droit à l’instruction constitue certainement du droit social le plus ancien¹²⁹⁹ et le mieux garanti. Pourtant la rédaction de l’alinéa 13 du Préambule (qui prévoit que : « La Nation garantit l’égal accès de l’enfant et de l’adulte à l’instruction [...]. L’organisation de l’enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l’État. ») a provoqué de vifs débats de la part des constituants notamment sur le principe de laïcité et sur la liberté d’enseignement¹³⁰⁰. Pourtant les implications en matière de créances des individus sur la société n’ont pas provoqué de controverse. Selon J.-P. Costa l’alinéa 13 énonce notamment deux principes sociaux de première importance : l’égalité d’accès de tous à l’instruction, à la formation et à la culture ; et la gratuité de l’enseignement public d’État¹³⁰¹.

690. En effet, les notions « égal accès », « adulte » et « tous les degrés », sont une nouveauté par rapport aux normes qui ont pu exister auparavant en France, car on cherche à élargir le champ matériel et temporel au bénéfice d’une universalité. Il semblait être particulièrement nécessaire à notre temps, ne plus se limiter à une garantie de gratuité uniquement pour l’enseignement primaire, comme le proclamait l’article 13 de la Constitution de 1848, mais il s’agissait de parvenir à une gratuité intégrale. De sorte que l’accès à l’éducation ne permette pas au citoyen d’accéder uniquement à un savoir basique, mais qu’il lui permette aussi d’approfondir ses connaissances (afin de libérer son esprit) et de construire sa profession (afin de libérer les personnes d’un destin préconçu). Élargir la portée du droit à l’instruction à tous les degrés, mais aussi aux adultes, avait pour objectif de renverser le schéma traditionnel d’accès aux opportunités. De façon novatrice le Préambule de 1946 conçoit ce droit comme un devoir de l’État ce qui l’oblige incontestablement à assumer les charges de sa mise en œuvre avec un caractère impératif¹³⁰².

¹²⁹⁹ Le Titre 1^{er} point 3^o de la Constitution de 1791 énonce qu’« il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l’égard des parties d’enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume. »

¹³⁰⁰ G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *op. cit.*, p. 25.

¹³⁰¹ J.-P. COSTA, « Alinéa 13 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, p. 313.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 316.

691. Cependant, sur le plan de la gratuité de l'enseignement, on constate que celle-ci est admise par le Préambule, renforçant l'idée d'inclusion sociale, mais elle peine à trouver une voie cohérente pour sa mise en œuvre. En effet, comme le remarque J.-P. Costa, dans les années qui ont suivi la constitutionnalisation de la gratuité de l'enseignement et notamment sous la Vème République ont été soulevées plusieurs affaires concernant la compatibilité entre le principe constitutionnel de gratuité de l'enseignement et l'existence de normes infra-constitutionnelles instaurant des frais de scolarité dans les établissements publics d'enseignement¹³⁰³. Ainsi, le 28 février 1972 le Conseil d'État a eu l'occasion d'écarter une requête comme inopérante, sous couvert de l'application de la théorie de la loi écran¹³⁰⁴. Dans un avis du 23 juin 1992 le Conseil d'État s'est à nouveau interdit de contrôler la constitutionnalité des lois instaurant des frais de scolarité, malgré le principe de gratuité inscrit à l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946. Pourtant, comme le souligne J.-P. Costa, par-delà le Préambule, le Conseil d'État a défendu le principe de gratuité de l'enseignement en s'appuyant sur la loi. En effet, la loi du 16 juin 1881 prévoit la gratuité de l'enseignement pour le primaire, la loi de finances du 27 décembre 1927 fait de même pour l'enseignement secondaire, ce qui est confirmé par la loi du 11 juillet 1975 qui reconnaît la gratuité durant la période de scolarité obligatoire (entre six et seize ans¹³⁰⁵) ; pourtant en ce qui concerne l'enseignement universitaire et l'enseignement français à l'étranger la loi de finances du 24 mai 1951 et une loi du 6 juillet 1990 respectivement, vont faire exception¹³⁰⁶. Or, poursuit J.-P. Costa, la tradition française est que le montant des frais d'enseignement universitaire soit d'un montant modéré, en tout cas bien plus faible que dans d'autres pays développés¹³⁰⁷.

692. Cependant, il semblerait que le principe de gratuité de l'enseignement réponde de moins en moins aux temps solidaires d'après-guerre pour se confronter à une réalité d'avantage plus individuelle qui cherche une sorte de justice fiscale en dépit de la justice sociale. Comme l'évoque M. Long, désormais, revoir (à la hausse) les tarifs des services publics « constitue un moyen de réduire le poids budgétaire de certains services et de

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 319.

¹³⁰⁴ Voir J.-L. LAJOIE et J.-P. TOMASI « Droits d'inscription et redevances universitaires », *AJDA*, 1988, pp. 499–516.

¹³⁰⁵ Voir l'article L131-1 du Code de l'éducation qui dispose que l'instruction est obligatoire pour les enfants dont l'âge est compris entre six et seize ans.

¹³⁰⁶ J.-P. COSTA, « Alinéa 13 », *op. cit.*, p. 320.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

responsabiliser les usagers¹³⁰⁸ ». Sur le cas particulier des droits d'inscription universitaires, le contexte d'austérité économique a encouragé les idées qui prônent que la charge matérielle retombe d'avantage sur l'utilisateur que sur le contribuable ; or le développement de cette logique aurait un impact négatif sur le principe de solidarité nationale, et irait à l'encontre de la formule constitutionnelle « devoir de l'État » qui s'attache au droit à l'enseignement. En somme, et au-delà de la seule question de la gratuité de l'enseignement, « la volonté des pouvoirs publics de transférer un certain nombre de charges du contribuable vers l'utilisateur n'est pas sans poser de questions au regard de l'exigence de justice sociale¹³⁰⁹ ».

693. La IV^{ème} République terminée, la nouvelle Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas, elle non plus, inscrit des droits sociaux dans le corps de son texte. Elle s'est juste limitée à confirmer, à l'image de l'article 1^{er} de la Constitution de la IV^{ème} République, que « la France est une République [...] sociale » (voir l'art. 1^{er} de la Constitution de 1958). Pourtant il est curieux d'observer que la V^{ème} ne comporte pas de Préambule spécifique qui aurait pu perfectionner et rénover la reconnaissance des droits sociaux¹³¹⁰. En réalité, la Constitution de 1958 s'est fondamentalement attaché à décrire l'organisation de l'État, mais non à conférer des droits, et moins encore des droits sociaux. Dans ces circonstances, le social n'est plus reconnu expressément par la Constitution, sauf à l'article 1^{er} et au Préambule qui fait un renvoi aux droits reconnus en 1789 et surtout aux principes proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946¹³¹¹.

694. Les formules du Préambule de 1958 sont simples et courtes¹³¹², aucune liberté individuelle n'est reconnue (hormis un droit à la libre détermination des peuples d'Outre-mer), or ce texte de moins de cent mots a fait l'objet d'une particulière opposition du gouvernement un peu avant l'entrée en vigueur de la Constitution. En effet, ses réserves,

¹³⁰⁸ M. LONG, « Quel avenir pour le prix des services publics dans un contexte financier contraint ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 144, n°2/2012, p. 954 et pp. 958-959.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, p. 960.

¹³¹⁰ R. DRAI, « Le Préambule face au discours de Bayeux », *op. cit.*, pp. 79-80.

¹³¹¹ « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. » Alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1958.

¹³¹² « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 [...] »

présentées au Comité consultatif constitutionnel, portaient sur la valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1958¹³¹³, ce qui revenait à remettre en question la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 et aussi celle du Préambule de 1946. En effet, le gouvernement pensait que le Préambule de la Constitution de 1958 devait avoir une valeur législative, dans la mesure où il contenait des principes généraux du droit reconnus comme tels par la jurisprudence ; en ce sens, donner une valeur constitutionnelle au Préambule de 1958 soulevait la crainte d'un « gouvernement des juges »¹³¹⁴. Pourtant, même si finalement il y a eu une entente entre les arguments du gouvernement et le raisonnement adopté par le Comité consultatif constitutionnel, l'accord n'a vraiment pas porté sur la valeur des normes de référence, mais plutôt sur les modes de saisine du Conseil constitutionnel. Selon F. Hamon, c'est ce dernier point qui inquiétait davantage les constitutionnalistes français, encore perturbés par le souvenir des démêlés du Président Roosevelt avec la Cour suprême des États-Unis concernant le *New Deal*¹³¹⁵.

695. Il a fallu attendre la célèbre décision du Conseil constitutionnel « Liberté d'association », du 16 juillet 1971¹³¹⁶ pour voir reconnaître une valeur constitutionnelle au Préambule de 1946, au même titre que la Constitution de 1958. En effet, la saisine du Conseil, faite par le Président du Sénat, A. Poher, invoquait la prise en compte des dispositions du Préambule de la Constitution de 1958 au même temps qu'il faisait référence expresse à la Déclaration de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946¹³¹⁷. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a accueilli ces normes de référence, ce qui revenait à reconnaître la portée constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1946 et, de façon concomitante, l'actualité et la transcendance des « principes [...] sociaux » « particulièrement nécessaires à notre temps ».

696. Si l'on s'attache à un commentaire strict portant sur les droits sociaux constitutionnels durant la IV^{ème} et la V^{ème} République, on constate que le Préambule de la Constitution de

¹³¹³ F. HAMON, « Préambule », F. LUCHAIRE, G. CONAC et G. PRÉTOT (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2008, p. 110.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 106.

¹³¹⁵ *Ibid.*, pp. 107-108.

¹³¹⁶ Décision n° 71-44 DC, relative à une loi « complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association », 16 juillet 1971.

¹³¹⁷ Le Président du Sénat dit précisément : « étant donné que ce principe ne se trouve expressément formulé et proclamé ni dans la Constitution elle-même, ni dans son préambule, ni encore dans les déclarations de droits de 1789 et de 1946 auxquelles fait référence le préambule de la Constitution de 1958 » : Point 2-a, *Saisine par Président du Sénat*, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971.

1946 brise une tradition libérale individualiste existant depuis la Révolution française, au profit sinon d'une révolution sociale, au moins d'un compromis qui permet de constitutionnaliser certains droits sociaux. Pourtant, ce n'est pas le corps de la Constitution de 1946 qui reconnaît pleinement ces droits, c'est plutôt son « introduction » qui les proclame, de manière générale, parfois peu ambitieuse au regard des besoins sociaux, des luttes sociales et de la doctrine sociale ayant influencé l'Europe notamment depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle.

697. Une première déception surgit de la comparaison avec l'Allemagne, qui avait déjà réussi à constitutionnaliser un certain nombre de garanties sociales en 1919 ; du Mexique qui, en 1917, avait reconnu des droits aux travailleurs de manière quasi exhaustive, ou même de l'Espagne (1931) : on aurait pu croire que la France serait plus encline (au moins tout autant que sa doctrine) pour constitutionnaliser des droits sociaux, or ce ne fut pas le cas. La seconde déception survient avec le contenu de la Constitution de la V^{ème} République qui est d'avantage organique et nullement protecteur des droits sociaux. Ainsi, ladite Constitution se contente à peine du renvoi au Préambule de 1946. Texte qui a failli ne pas avoir une valeur constitutionnelle, et qui est issu d'un régime qui avait déjà fait son temps. Tout cela est assez représentatif de l'importance qu'on a accordé aux droits sociaux en 1958. C'est surtout grâce à une véritable volonté de la doctrine constitutionnelle et de certains juges, que les droits sociaux réussissent à trouver une place dans le bloc de constitutionnalité. À force d'une tradition doctrinale et d'une jurisprudence constante, la valeur juridique des principes sociaux reconnus par le Préambule de 1946 n'est plus remise en cause, or il faut admettre que passer par des voies juridique étriquées n'est jamais le meilleur moyen pour garantir des droits qui sont aussi des droits fondamentaux.

2) Les échecs du constitutionnalisme social français

698. Il semblerait que le « social » soit un principe récurrent dans les textes constitutionnels français. Or il n'est pas constant à toutes les Constitutions mais plutôt aux régimes républicains ; c'est donc le « caractère social de la République » qui est récurrent à toutes les Constitutions républicaines françaises¹³¹⁸ (exception faite de la III^{ème} République puisque

¹³¹⁸ S. JOSSO, « La République sociale, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », *op. cit.*, pp. 191-233.

la construction du social résulte de lois). Pourtant, l'histoire constitutionnelle française n'est pas composée d'une succession de régimes républicains, ce qui signifie que le développement du « social » a connu des intermèdes au fil de l'histoire de France.

699. Ainsi, il est difficile de ne pas observer le manque de constance dans le processus de reconnaissance constitutionnelle des droits sociaux. Des droits pensés par la Comité de mendicité au lendemain de la Révolution de 1789, reconnus a minima en 1791 et 1793 ; pour être finalement oubliés jusqu'à la révolution de 1848 où la question du travail et des conditions de vie des prolétaires surgit avec violence. Après l'échec de la IIème République, les Constitutions sont restées silencieuses, malgré différentes lois sociales qui, de façon vacillante, tentaient d'enrayer le paupérisme, le socialisme et les problèmes d'ordre public. Enfin, après la calamité d'une guerre meurtrière, la IVème République consacra à nouveau des principes particulièrement nécessaires à ce temps, sans pour autant leur assigner une place dans le corps de la Constitution, et sans prétendre à un contenu ambitieux et de lecture limpide. Par-delà l'histoire constitutionnelle de la France, dans les lignes suivantes, il ne s'agira pas de faire une longue liste sur tous les points négatifs depuis la première Constitution française (certaines de ces critiques ont déjà eu lieu d'être formulées), mais il s'agira plutôt de faire état des principales causes qui mèneraient à croire à l'échec contemporain du constitutionnalisme social en France.

700. On ne peut pas affirmer que la République soit sociale, par nature ou par l'existence de normes constitutionnelles conférant quelques droits sociaux. La République n'est pas non plus sociale parce que l'État s'autoproclame ainsi. La réalité est plus complexe qu'une déclaration de principes issue de l'instant. En effet, les normes qui perdurent sont le résultat d'un rapport de forces répondant à un contexte social et idéologique déterminé à un moment historique de changement paradigmatique ; or l'édiction de la norme ne signifie pas qu'il y a du droit (et moins encore qu'on est face à un modèle). Car le droit est composé certainement d'une proclamation institutionnelle et institutionnalisée, mais qui convient d'être vérifiée. Ce qui implique de réfléchir sur sa véritable force juridique (a) et, de façon concomitante, sur la clarté de son contenu (b).

a- La force juridique des droits sociaux constitutionalisés

701. Certes, la Constitution de 1793 prouverait que l'idée républicaine serait historiquement sociale en France. Or l'effectivité des principes sociaux de 1793 fut limitée et la portée sociale de cette Constitution s'est effacée rapidement, n'influant sur aucune des Constitutions qui sont succédé immédiatement. De manière quelque peu audacieuse B. Mathieu pense que « la République n'est pas née sociale, elle l'est devenue¹³¹⁹ ». Elle le deviendrait tout d'abord par la force juridique que les normes peuvent avoir. Pourtant, si l'on analyse les séances constituintes d'août 1946, on se rend compte que les débats semblent annoncer que les principes du Préambule seraient dépourvus de force juridique contraignante¹³²⁰. Un nombre important de constituants, parmi lesquels J. Bardoux, lui reprochent une forme inadaptée pour qu'un juge puisse l'appliquer¹³²¹ et donc la rendre effective. Ce texte « étrange »¹³²² dénote un caractère « déclaratif ou incantatoire »¹³²³, dépourvu de numérotation et cantonné à l'introduction de la Constitution, délégitimera toute force juridique au Préambule. Ce sera confirmé par l'article 92 al. 3 de la Constitution de 1946 qui dit expressément que le Comité constitutionnel (chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi) « n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres I à X de la présente Constitution. » La conséquence est que le Préambule se trouverait alors relégué au rang infra-constitutionnel, dépendant de la bonne volonté du Parlement, voire du gouvernement, pour être reconnu.

702. Néanmoins, G. Teboul relève à juste titre un élément qui s'avère crucial pour comprendre que malgré les doutes de certains, l'esprit des constituants consistait à conférer une valeur constitutionnelle au Préambule. En effet, G. Teboul signale que l'art. 81 de la Constitution fait allusion directe aux droits garantis par le Préambule¹³²⁴, ce qu'il conjugue avec une étude des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, où P. Coste-Floret

¹³¹⁹ B. MATHIEU, « La République sociale », B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français 1792-1992*, Actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992, Paris, Economica, 1996, p. 175.

¹³²⁰ B. MERCUZOT, « Le Préambule de 1946 entre Républiques et révolution », *op. cit.*, p. 42.

¹³²¹ ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE, séance du 28 août 1946, *JO Débats*, p. 3361 (colonne droite).

¹³²² J. RIVERO et G. VEDEL « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social*, vol. 31/1947, p. 20.

¹³²³ M. COLLET, « Le droit déclaratoire. À propos des lois mémorielles et autres dispositions législatives 'non normatives' », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, p. 23.

¹³²⁴ L'article 81 de la Constitution de 1946 dit : « Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution. »

(rapporteur du second projet de Constitution en 1946) reconnaît que l'article 81 donnait une valeur juridique aux principes et droits définis par le Préambule¹³²⁵.

703. La IV^{ème} République n'a pas eu le temps de mettre en place un régime durable, moins encore avec une jurisprudence importante. Car une impérieuse nécessité de réorganisation des institutions s'est fait sentir, ce qui a fini par emporter cette Constitution, laissant la trace de son Préambule dans une courte mention faite par le tout nouveau Préambule de la Constitution de 1958. Au cours de la V^{ème} République, une nouvelle partie de manche s'est alors jouée pour donner une force juridique au nouveau Préambule (ce qui revenait à reconnaître aussi la force constitutionnelle du Préambule de 1946), or l'amendement qui souleva l'invocabilité du Préambule devant le juge fut rejeté¹³²⁶. Ce qui voulait dire qu'en 1958 le Conseil Constitutionnel ne pouvait contrôler la conformité des lois que par rapport au corps de la Constitution (à partir de l'article 1^{er}), ce qui excluait, bien entendu les principes économiques et sociaux inscrits dans le Préambule de 1946.

704. Le Conseil constitutionnel va mener une vraie révolution juridique en France en 1971 avec sa décision *Liberté d'association*¹³²⁷, où elle se reconnaît compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois au moyen de la Constitution et de son Préambule ; cette avancée sera suivie en 1975 de la décision *Interruption volontaire de grossesse* qui invoque expressément le Préambule de 1946¹³²⁸. De manière plus contemporaine, la décision « Bioéthique » de 1994 montrera l'actualité dont dispose le Préambule¹³²⁹, « c'est-à-dire son aptitude à modeler effectivement les comportements »¹³³⁰. Même si le processus fut plus compliqué du côté du juge administratif¹³³¹, le Conseil d'État a fini par admettre lui aussi l'applicabilité des principes issus du Préambule. Assez tôt il s'était référé au Préambule de 1946 à propos du droit de grève des fonctionnaires¹³³² ; puis dans son arrêt

¹³²⁵ G. TEBOUL, « Alinéa 2 », G. CONAC, X. PRELOT, G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 67-68.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 68.

¹³²⁷ Décision n° 71-44 DC, relative à une loi « complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association », 16 juillet 1971.

¹³²⁸ C. constit. 74-54 DC, 15 janvier 1975, *IVG*, cons. 10, *Rec.* p. 19.

¹³²⁹ Décision n° 94-343/344 DC, relative à des lois prônant le « respect du corps humain, le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation », 27 juillet 1994.

¹³³⁰ M. COLLET, « Le droit déclaratoire. À propos des lois mémorielles et autres dispositions législatives 'non normatives' », *op. cit.*, p. 23.

¹³³¹ V. CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, requête n° 68938.

¹³³² CE, ass. 7 juillet 1950, *Dahaene*, *Rec.* p. 426.

CE, ass. du 28 février 1972¹³³³. P. Terneyre en 1991, repris par G. Teboul en 2001, affirment en ce sens que l'attitude du juge administratif à l'égard de la valeur juridique du Préambule de 1946 a évolué¹³³⁴.

705. Tout cela laisse à croire qu'à défaut de clarté de la part des constituants par rapport à ses intentions¹³³⁵, ce sont les interprètes du texte (certains juges, soutenus par une partie de la doctrine¹³³⁶) qui par la suite (notamment durant la Vème République) ont réussi à dévoiler la portée constitutionnelle des principes contenus dans le Préambule de 1946.

b- La difficulté à décrypter la portée sociale des textes constitutionnels

706. Les formules du Préambule sont parfois imprécises, ce qui pose la question de comment le décrypter. En d'autres termes, l'imprécision du Préambule semblerait avoir moins d'incidence sur sa valeur juridique que sur son applicabilité directe.

707. Il semblerait que le Préambule de 1946 soit particulièrement « vague¹³³⁷ » dans ses formules. Ce qui, d'une part, peut s'avérer utile pour donner un fondement juridique à des notions non prises en compte expressément par le Préambule. C'est par exemple le cas du droit au logement opposable qui prend appui sur un objectif de valeur constitutionnel (« la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ») issu d'une décision du Conseil constitutionnel¹³³⁸ qui s'appuie sur une interprétation des alinéas 10 et 11 du préambule de 1946. Or il est curieux de remarquer que le Préambule ne mentionne jamais mot « logement ».

708. Mais, d'autre part, ces formules juridiques « vagues » peuvent porter atteinte aux droits sociaux dans la mesure où le texte ne précise pas la nature des droits accordés. Par exemple

¹³³³ CE, Ass. 28 février 1972, requête n° 75193 relative à l'égal accès des femmes aux emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes. V. AJDA 1972, p. 90.

¹³³⁴ P. TERNEYRE, « Le Conseil d'État et la valeur juridique du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Pelloux*, Éditions l'Hermès, p. 323, G. TEBOUL, « Alinéa 2 », *op. cit.*, p. 72 (note en bas de page n° 52).

¹³³⁵ F. HAMON, « Préambule », *op. cit.*, p. 108.

¹³³⁶ Y. POIRMEUR, « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », *op. cit.*, pp. 112 et ss.

¹³³⁷ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *op. cit.*, p. 20.

¹³³⁸ C. constit., n° 94.359 DC, « Loi relative à la diversité de l'habitat », 19 janvier 1995, *Rec.*, p. 176 et *A.D.*, 1995, p. 455, note B. JORION.

lorsque l'alinéa 10 dit que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », rien ne spécifie le contenu de ces « conditions nécessaires à leur développement », et rien ne permet de différencier ce qui est « nécessaire » de ce qui est accessoire.

709. La clarté du Préambule n'a donc pas été assumée par le constituant. Or, dans la mesure où il s'agit d'un texte en vigueur, il ne reste donc que l'autorité du juge pour interpréter la norme et déterminer si oui ou non ses alinéas sont d'applicabilité directe. En réalité, le fait de savoir si le juge fait appliquer directement les alinéas du Préambule constitue un élément important pour établir la juridicité des droits sociaux. Et c'est là qu'on observe que tous les alinéas du Préambule n'ont pas été reconnus de la même manière par le juge. Chez le juge administratif par exemple, certains alinéas qui concernent les droits sociaux ont été appliqués par le Conseil d'État (notamment ceux portant sur le droit syndical et le droit de grève) mais, comme le signale A. Roblot-Troizier d'autres alinéas ont été déniés d'applicabilité directe au motif de l'imprécision du texte¹³³⁹. Néanmoins, ces justifications parfois soulevées par les juges sont critiquées par A. Roblot-Troizier qui croit que « l'applicabilité directe du Préambule varie [certainement] selon les principes en cause, [mais] elle varie également selon "l'humeur du juge"¹³⁴⁰ », ou selon un jugement de valeur, ce qui s'avère être déroutant pour concrétiser l'idéal d'État de droit social¹³⁴¹. Un exemple de ce raisonnement variable de la part du juge se trouve dans l'arrêt Gisti de 1978¹³⁴² où le Conseil d'État a déterminé l'applicabilité directe de l'alinéa 10 du Préambule alors même que son énoncé est fort imprécis. Cependant, en 2005 le Conseil d'État se prononce dans le sens contraire en affirmant que cet alinéa « ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français¹³⁴³ ». Cela signifie que les dispositions de l'alinéa 10 ont besoin d'une norme qui spécifie sa portée et qui définisse les concepts qu'elle mentionne. Ce qui paradoxalement revient à conditionner l'applicabilité d'une norme constitutionnelle à

¹³³⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, p. 31.

¹³⁴⁰ *Ibid.*

¹³⁴¹ Voir en ce sens D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 1/2012, (consulté le 3 juillet 2016, <https://revdh.revues.org/635>).

¹³⁴² CE, ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, n° 10097, Rec. p. 493.

¹³⁴³ CE, sect., 18 février 2005, *M. Moussa X*, n° 269963.

l'existence d'une norme de rang inférieur. Le sort que la jurisprudence réserve à l'alinéa 11 est tout aussi ambigu. En 1970, le Conseil d'État s'est référé « aux garanties accordées à tous pour la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et le loisir », sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule¹³⁴⁴ ; ce qui reviendrait à croire en l'applicabilité directe du dispositif. Or le juge administratif ne s'est jamais prononcé sur cette question, ce qui laisse planer l'ambiguïté sur l'application directe de l'alinéa 11¹³⁴⁵. En 1994 et 1997 cette posture sera d'ailleurs confirmée par le Conseil d'État¹³⁴⁶.

710. Mais, au-delà de l'application directe de la norme et des enjeux autour de sa clarté, il semble nécessaire admettre que l'histoire de construction du Préambule de 1946 est faite de paradoxes politiques qui ont découlé en compromis idéologiques et qui ont eu pour conséquence des textes parfois assez ambigus¹³⁴⁷. Rien de cela ne devrait être dramatique car le fait qu'un texte portant sur le social n'ait pas de force juridique, n'est pas une excuse pour ne pas lui donner valeur pratique¹³⁴⁸. Comme l'évoque B. Mirkine-Guetzevitch : « les droits sociaux souvent ne sont pas réalisés et les déclarations qui les proclament restent un document sans valeur pratique [...] »¹³⁴⁹. Ce « inachèvement », comme l'appelle J.-J. Sueur, « est propre à la réglementation juridique, quel que soit son objet¹³⁵⁰ ». En ce sens, selon le Prof. Sueur, la norme n'est rien d'autre que des mots formant des phrases, dont le sens ne dépend pas trop de leur clarté sémantique ou syntactique mais de la signification que ces mots et ses phrases ont par rapport à un contexte donné¹³⁵¹. Ce qui veut dire que la juridicité d'une norme dépendrait beaucoup des définitions jurisprudentielles qui reflètent les développements doctrinaux mais aussi, de façon plus générale, les évolutions de la société. Au regard de ce postulat, il ne serait donc pas étrange que les principes que contient le Préambule de 1946 soient ambigus et, a priori, « déclaratoires », si les autorités chargés de leur application ne précisent pas son contenu à la lumière du contexte.

¹³⁴⁴ CE, 22 avril 1970, Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux, Rec. p. 266.

¹³⁴⁵ A. ROBLLOT-TROIZIER, « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », *op. cit.*, p. 38.

¹³⁴⁶ CE, ass., 8 juillet 1994, *CGT*, Rec. 536 ; CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n°163043.

¹³⁴⁷ G. DRAGO, « Le contenu du Préambule. Ou le destin singulier d'un texte ambigu », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, p. 71 ; F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : Les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », CURRAP (éd.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 170.

¹³⁴⁸ J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration des droits nouveaux ? », CURRAP (éd.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, p. 146.

¹³⁴⁹ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *Revue de Droit Public*, 1929, p. 573.

¹³⁵⁰ J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration des droits nouveaux ? », *op. cit.*, p. 146.

¹³⁵¹ *Ibid.*

711. Comme le remarque C.-M Herrera, c'est la jurisprudence qui finit par invalider les positions doctrinales conservatrices qui, s'appuyant sur l'ambiguïté du texte, les considèrent comme des objectifs politiques et non comme des normes positives pourvues d'effectivité. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence n'a pas fait état d'une position claire qui permette d'appliquer directement certains principes économiques et sociaux du Préambule, ce qui complique le caractère effectif de celles-ci¹³⁵². Il est alors difficile d'affirmer que le versant social de l'État français se fonde sur sa Constitution et sur sa jurisprudence, mais plutôt sur sa législation sociale et sur l'administration des droits sociaux que la loi confère.

Section 2. Les avancées et les régressions sociales dans l'histoire constitutionnelle péruvienne

712. L'évolution constitutionnelle connaît plusieurs étapes. Bien entendu elle passe par une période initiale de consolidation des principes du libéralisme philosophique et politique, avec un intérêt tardif pour les questions sociales (I). Puis vers la fin du XXème siècle, sous des influences parfois contradictoires (d'abord weimariennes puis néolibérales) se met en place d'abord un constitutionnalisme semi-social qui finalement cède la place à un constitutionnalisme économiquement libéral (II).

I. Les Constitutions péruviennes et leur intérêt tardif pour le social

713. L'histoire constitutionnelle du Pérou débute avec un objectif libéral issu en grande partie des idéaux français (A). Cependant, ce sont d'autres influences étrangères qui alimentent la prise en compte tardive de la question sociale dans les Constitutions, notamment au XXème siècle, avec des résultats assez mitigés (B).

A. Les fondements libéraux français du constitutionnalisme péruvien

714. Un des plus importants constitutionnalistes péruviens, J. Pareja Paz-Soldán, affirmait que le droit constitutionnel péruvien fut influencé par deux grands courants : les États-Unis

¹³⁵² C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, op. cit., pp. 151-152.

et la France¹³⁵³. En effet, dans le cas de la France les *Libertadores* S. Bolivar et J. de San Martin avaient formé leur esprit politique à l'aide d'une bibliographie qui comptait nombreux auteurs des Lumières. De plus, certains *Libertadores* d'Amérique du Sud comme S. Bolivar ou Miranda avaient participé de près à la Révolution française¹³⁵⁴, ce qui montre leur attachement aux principes républicains français. C'est pourquoi lorsque le Pérou deviendra indépendant en 1821, les premiers textes constitutionnels transposeront tout naturellement l'idée française de droits individuels et le concept de liberté. Cela veut dire que les logiques juridiques et politiques étaient transposés, mais non l'aspect substantiel de la norme. En effet, Bolivar était opposé à l'imitation des lois et à l'implantation d'institutions empruntées¹³⁵⁵. Raison pour laquelle il a mis en garde les députés du Congrès constituant d'Angostura en 1819 : « L'Esprit des Lois ne dit pas que les lois doivent être appropriées au peuple auquel elles sont destinés ?¹³⁵⁶ »

715. Dans son étude historique des Constitutions du Pérou, J. Pareja Paz-Soldán conclut que la première Constitution péruvienne (1823) s'inspirait de la Constitution française de l'an III (1799) ; de même les élites et la doctrine juridique du XIX siècle jouissaient d'une forte influence idéologique française¹³⁵⁷. Ainsi, la conscience nationale péruvienne advient grâce aux idées d'égalité politique et de fraternité à travers lesquelles on tenta d'associer les éléments antagoniques de la société pour former une communauté démocratique¹³⁵⁸. Jusqu'à la Constitution de 1867 on verra apparaître clairement une reconnaissance directe des droits individuels libéraux issus de la Révolution française, or avec le temps d'autres modèles ont surgit¹³⁵⁹. En conséquence la force révolutionnaire du libéralisme français s'est vu atténuée premièrement, par la montée en légitimité d'autres puissances (les États-Unis, la Russie) ; deuxièmement, par la relativisation des modèles classiques et la concurrence avec d'autres substrats idéologiques (conservatisme, capitalisme, socialisme, communisme, mais aussi indigénisme). Néanmoins, malgré la perte d'influence exclusive du constitutionnalisme français, ce dernier continue à être pris en compte à côté d'autres

¹³⁵³ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, p. 3.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ A. ROUQUIE, « Bolivar législateur : construction nationale et souveraineté populaire », J. ORTIZ (coord.), *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui : l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, p. 44.

¹³⁵⁶ S. BOLIVAR, *L'unité impossible*, Paris, La découverte/Maspero, 1983, A. ROUQUIE, « Bolivar législateur : construction nationale et souveraineté populaire », *op. cit.*, p. 44.

¹³⁵⁷ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁵⁸ S. BOLIVAR, *L'unité impossible*, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁵⁹ M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima, Descó, 1994, p. 16.

modèles. Par exemple lors de l'installation du Congrès Constituant au Pérou en 1993, les constituants demandèrent des exemplaires des Constitutions de neuf États : la Colombie, le Venezuela, le Chili, le Brésil, la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et les États-Unis¹³⁶⁰.

716. Aux débuts du constitutionnalisme péruvien, l'éducation est le seul indicateur qui rend compte de l'évolution constitutionnelle des droits sociaux. En effet, à l'image de la France¹³⁶¹ et de bien d'autres États, le Pérou constitutionnalise assez tôt l'éducation (bien avant l'assistance, la sécurité sociale ou le droit des travailleurs). Dès 1823 la Constitution péruvienne consacre cinq articles à l'éducation publique (art. 181 à 185), or elle n'évoque pas encore le droit à l'éducation ou la gratuité de l'éducation. Il s'agit plutôt d'évoquer le droit des populations à avoir des établissements d'instruction¹³⁶². Cette formule se répète dans les Constitutions de 1828, 1834 et 1839. Comme l'évoque J. Pareja Paz-Soldán, les textes suivants garderont silence en matière d'éducation, jusqu'à la Constitution de 1920 qui lui consacra deux articles et celle de 1933 qui lui conféra tout un chapitre¹³⁶³. Tout cela révèle deux choses : tout d'abord que l'éducation est une préoccupation des premiers libéraux péruviens ; mais aussi que la seconde moitié du XIX^e siècle ne voit aucune évolution constitutionnelle des droits sociaux.

B. L'échec du constitutionnalisme social démocratique

717. Même si l'influence sociale européenne s'associe aux évolutions constitutionnelles du début du XX^e siècle au Pérou, on observe une faible transposition dans la Constitution de 1920 (1). Dans le cas de la Constitution de 1933, les garanties sociales deviennent plus vastes, cependant leur mise en effectivité relève curieusement de régimes anticonstitutionnels (2).

1) La Constitution de 1920 : une modeste prise en compte des questions sociales

¹³⁶⁰ Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. I., Lima, Diario de los debates, 1993, p. 10.

¹³⁶¹ Voir le Titre 1^{er}, 3^o de la Constitution française de 1791.

¹³⁶² « Toutes les populations de la République ont le droit à des établissements d'instruction qui soient adaptables à leurs circonstances », art. 184 de la Constitution de 1823 (traduction libre de l'espagnol).

¹³⁶³ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano, op. cit.*, pp. 466 et s.

718. Dans le premier tiers du XXème siècle les Constitutions qui ont exercé une influence en matière sociale au Pérou semblent être les suivantes : la Constitution du Mexique (1917) ; la Constitution russe bolchevique (1920) ; la Constitution allemande (1919) ; la Constitution espagnole (1931).

719. Pourtant, les transferts externes vers le Pérou ont servi davantage à renforcer le pan organique du droit constitutionnel péruvien et à faire évoluer les droits-libertés. Cependant les droits substantiels en matière sociale n'ont pas bénéficié de ces influences, car les gouvernements de la fin du XIXème et du début du XXème siècle ignoraient les grandes revendications sociales comme la réforme agraire, le droit du travail et la question indigène¹³⁶⁴ : on assistait donc à une sorte de divorce entre l'État réel (avec des profonds besoins sociaux) et l'État normatif (où le social était absent)¹³⁶⁵.

720. Il faudra attendre la Constitution de 1920 pour observer une réelle volonté d'insertion des principes sociaux. En effet, à cette période le spectre politique fut dominé par la « révolution de la nouvelle patrie ». Celle-ci trouvait fondement sur le mépris de l'oligarchie, l'apparition de nouvelles méthodes, et d'importants plans d'infrastructure. Ladite Constitution de 1920 ne pouvait donc plus suivre le modèle des textes précédents, qui alternaient entre libéralisme et conservatisme. En conséquence le texte incorpora une dose de doctrine sociale inspirée notamment de la Constitution de Querétaro (1917) et de celle de Weimar (1919). Ainsi, lors d'une session du Congrès en 1919, qui jouissait d'attributions constituantes, le représentant de Lima, J. Prado présenta un projet de texte constitutionnel sur une série de points parmi lesquels on reconnaissait les garanties sociales. Celle-ci se fondait sur deux éléments centraux : premièrement la reconnaissance du droit à la propriété, à l'industrie et au travail, sans qu'ils aient pour autant un caractère absolu ; deuxièmement, la nécessaire intervention de l'État. En somme le projet cherchait à atténuer le système libéral avec l'insertion d'idées associées aux divers types de socialisme (droit au travail, fonction sociale de la propriété, rôle régulateur de l'État), sans pour autant verser dans un socialisme qui (on croyait) pouvait faire fuir les investissements notamment dans le secteur minier¹³⁶⁶.

¹³⁶⁴ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, op. cit., p. 124.

¹³⁶⁵ *Ibid.* p. 125.

¹³⁶⁶ *Ibid.* p. 152.

721. Pourtant, le césarisme sans idéologie, la corruption et la résistance des impérialistes finirent par s'imposer face à l'idée de constitutionnalisation des droits sociaux¹³⁶⁷. En ce sens J. Pareja Paz-Soldán qualifia les gouvernements de cette période de « césarisme démocratique sans idéologie définie mais avec un caractère pragmatique¹³⁶⁸ ». C'est-à-dire des gouvernants autoritaires mais très proches du peuple car légitimés par un contact paternaliste et par la réalisation de grands projets publics d'infrastructure (un *modus operandi* qu'on retrouvera plus tard aussi chez A. Fujimori).

722. Comme l'évoque M. Tambini del Valle, la Constitution péruvienne de 1920 s'inspira de celle de Weimar et de Querétaro¹³⁶⁹, ainsi que des manifestations sur la réforme universitaire de 1917¹³⁷⁰. Or il n'en demeure pas moins que les formules retenues par les péruviens ont été révélatrices des grandes réserves que le Pérou avait vis-à-vis des droits sociaux. En effet, au vu de l'ampleur des bouleversements constitutionnels au Mexique et en Allemagne, les constituants péruviens ne pouvaient pas ignorer leur contenu et leur portée. Or ils ont préféré garder le *statu quo* constitutionnel avec des rares ou indirectes mentions à la question sociale. Ainsi la formule qui définit l'État fut la suivante : «L'État a pour objectif : maintenir l'indépendance et l'intégrité de la Nation, garantir la liberté et les droits des habitants, conserver l'ordre public et servir le progrès moral, intellectuel, matériel et économique du pays¹³⁷¹ ».

723. Au niveau de la propriété, seul fut reconnu un droit de l'État à nationaliser les transports et services publics (art. 44) ; une soumission de la propriété aux dispositions de la loi et aux contributions fiscales (art. 38) ; de même l'État se déclarait propriétaire de toutes les mines (art. 42). Vis-à-vis du travail, la Constitution de 1920 n'a pas déclaré le droit au travail, mais plutôt la liberté de travailler (art. 46). Quant-aux droits du travailleur, le texte constitutionnel s'est limité à déléguer leur contenu à une loi (art. 47). Aucun droit social ne fut défini par la Constitution ; de même le texte n'engagea pas l'État à une

¹³⁶⁷ *Ibid.* pp. 141-143.

¹³⁶⁸ *Ibid.* p. 142.

¹³⁶⁹ M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, Lima, Editora Atlántida, 1981, p. 45.

¹³⁷⁰ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 116.

¹³⁷¹ Art. 4, Constitution pour la République du Pérou promulguée le 18 janvier 1920 (traduction libre de l'espagnol).

obligation sociale quelconque sauf en deux matières : enseignement et en moindre mesure en santé publique. Au niveau de l'enseignement scolaire l'État s'obligea à construire des écoles et déclara l'éducation primaire comme une obligation (art. 53) ; quant à la santé l'État se donnait un rôle protecteur des enfants et des pauvres (art. 55)¹³⁷². Pourtant la doctrine (juridique et historique) est assez unanime pour dire qu'à l'image du XIX^{ème} siècle, le constitutionnalisme de la Constitution de 1920 n'a pas modifié fondamentalement les réalités de la vie péruvienne malgré un certain effort de la part de leurs auteurs¹³⁷³.

2) La Constitution de 1933 et le développement des droits sociaux par des régimes anticonstitutionnels

724. Avec la chute de la dictature modernisatrice du Président A. Leguía débute un nouveau processus constituant qui termine avec l'édition de la Constitution de 1933. Cette dernière sera critiquée par certains constitutionnalistes comme D. García Belaúnde à cause de son manque de nouveauté en comparaison avec la Constitution de 1920¹³⁷⁴. Pourtant d'autres signalent à juste titre les efforts en matière de garanties sociales, par exemple en matière d'accentuation du rôle interventionniste de l'État¹³⁷⁵. Ce qui est vrai est que la Constitution de 1933 établira que la propriété privée a un intérêt social et que ce droit compte des limites (art. 34) ; l'État conserve la propriété des mines et de toute source naturelle de richesse (art. 37) et peut nationaliser les transports et autres services publics (art. 38). Néanmoins la force la plus importante du constitutionnalisme social se concentrera dans l'article 47. Ledit article engage la participation de l'État au processus de diffusion de la petite propriété rurale, laissant ouverte la possibilité d'expropriation des terres (de préférence non exploitées) afin de les diviser¹³⁷⁶ et les répartir. On ne le sait pas encore mais cet article 47 avait fondé les bases juridiques de ce qui sera, trente-cinq ans plus tard, la révolution de la propriété rurale : la réforme agraire.

¹³⁷² « L'État établira et encouragera les services sanitaires et d'assistance publique, instituts, hôpitaux et asiles et prendra soin de la protection et assistance de l'enfance et des classes nécessiteuses » (traduction libre de l'espagnol de l'art. 55 de la Constitution de 1920).

¹³⁷³ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 41.

¹³⁷⁴ D. GARCIA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, 2^{de} éd., Lima, Editor, 2005, p. 6.

¹³⁷⁵ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁷⁶ Voir aussi B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, *op. cit.*, p. 43.

725. Au niveau du droit à la santé, l'État s'attribue le rôle de garant de la santé publique (art.50), notamment la santé physique, morale et mentale de l'enfant (art. 52). En outre l'enfant dispose d'un droit à l'éducation, à l'orientation de vocation et à une ample assistance lorsqu'il se trouve en situation d'abandon (art. 52). De son côté, l'éducation occupe 13 articles, évoquant notamment que l'enseignement primaire est obligatoire mais surtout gratuit¹³⁷⁷ (art. 72). Alors que l'enseignement secondaire et supérieur aura juste une tendance à la gratuité (art.75). Une intéressante mention est faite à l'effort de contribution et d'encouragement de l'État au niveau de l'éducation spécialisée¹³⁷⁸ (art. 78). Enfin, l'État instaurera une obligation d'éducation morale et civique inspirée entre autres dans la solidarité humaine (art. 79)¹³⁷⁹.

726. Il est certain que la Constitution de 1933 a donné plus de facultés à l'État pour intervenir dans la vie économique et limiter le droit à propriété¹³⁸⁰ ; de même le contenant en garanties sociales a permis d'ouvrir le chemin à une législation d'avancée¹³⁸¹. Néanmoins, ces élans se sont vus ébranlés par deux facteurs. Premièrement, par une turbulente vie politique sous la Constitution de 1933 (semée de conflits et de coups d'État). Deuxièmement, par une volonté interprétative hésitante, ce qui a empêché le développement infra-constitutionnel des droits sociaux (sauf sous certains gouvernements *de facto*).

727. Sur le premier point, il faut dire que dès 1936 les élections présidentielles s'annulèrent prolongeant le mandat du Général Benavides jusqu'en 1939 avec d'amples facultés exécutives et législatives. En 1941 une guerre avec l'Équateur retiendra l'attention des pouvoirs publics. En 1947 des troubles politiques se terminent par un coup d'État en 1948 dirigé par M. Odría instaurant une junte militaire au pouvoir jusqu'en 1950, Odría s'installant au pouvoir ensuite jusqu'en 1958. En 1968 un nouveau coup d'État, dirigé cette fois par J. Velasco Alvarado, placera entre parenthèses la Constitution de 1933. A son tour, le régime militaire de Velasco sera suivi en 1975 par un autre coup d'État et une succession de chefs militaires jusqu'en 1979, date à laquelle est adoptée démocratiquement une

¹³⁷⁷ Mot ce qui est une nouveauté constitutionnelle au Pérou.

¹³⁷⁸ L'article 78 est assez maladroit dans la forme de son expression, il n'utilise pas la formule « éducation spécialisée » mais textuellement il dit : « L'État encourage et contribue à soutenir l'éducation préscolaire et postscolaire, et les écoles pour enfants retardés et anormaux » (traduction libre de l'espagnol).

¹³⁷⁹ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁸⁰ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁸¹ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, *op. cit.*, p. 183.

nouvelle Constitution. On constate donc que le contexte politique était très instable pour envisager un long processus de réformes ; et que l'alternance (souvent forcée) des gouvernements issus d'idéologies peu compatibles, fragmentait le processus de réformes sociales.

728. Sur le second point, il faut dire que la construction des lois sociales fut assez lente et curieusement développée par des régimes autoritaires. Par exemple, le cadre normatif garantissant des droits aux travailleurs fut développé par une junte militaire (1948-1950), puis par le gouvernement du Général M. Odría (1950-1958). Un autre exemple emblématique repose sur le fait que le processus d'effectivité de la réforme agraire s'accéléra¹³⁸² sous la dictature du Général J. Velasco Alvarado (1968-1975)¹³⁸³.

729. La junte militaire du Général Odría créa le Ministère du travail afin de canaliser les demandes sociales, elle établit et rendit effectif le droit à la sécurité sociale pour les employés publics et privés ; elle établit et rendit effectif le droit à une gratification (supplément de salaire) à Noël et en juillet ; elle consolida l'effectivité du régime des indemnités compensatoires pour temps de service. Du côté de l'éducation, le ministère qui fut créé en 1935 fut doté d'un bâtiment fonctionnel et on lui assigna un plan d'éducation destiné à étendre le système éducatif sur tout le territoire national ; de plus la junte militaire créa le « Fond national d'éducation » et le « Fond national de santé » destiné à sanctuariser une partie considérable du budget public destiné à la construction d'écoles, d'instituts, de lycées et d'hôpitaux. Une fois la junte militaire dissoute, M. Odría gouverna seul après avoir gagné des élections présidentielles organisées par lui-même. C'est durant cette période que l'État réalisa des travaux de construction importants pour rendre effectifs les droits sociaux : des bâtiments ministériels, des routes, des hôpitaux, des écoles, des logements sociaux destinés aux ouvriers et employés publics. En 1951 M. Odría créa la Centrale d'assistance sociale destinée à l'attention ponctuelle des dossiers concernant notamment les femmes et

¹³⁸² En réalité la Constitution de 1933 avait déjà posé les jalons permettant d'exproprier des grandes propriétés rurales afin de les diviser. En 1964, sous le gouvernement de F. Belaúnde est proclamée une première loi permettant la réforme agraire, or à la veille du coup d'État de J. Velasco en 1968, seul 0,8% de la superficie totale nécessaire à la réalisation d'une réforme agraire efficace fut réellement expropriée par le gouvernement. Ce n'est que sous le gouvernement militaire de Velasco que la réforme s'accélère par le biais d'une seconde loi en 1968. Voir en ce sens: J. PETRAS et R. LAPORTE, *Perú: ¿transformación revolucionaria o modernización?*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1971, pp. 78 et s.

¹³⁸³ Sur la question de la réforme agraire se reporter aux développements effectués dans la Partie I de ce travail.

les enfants. Au niveau de l'éducation l'investissement public atteint 11% du PIB entre 1950 et 1960, alors que dans les années 80, 90 et 2000 il n'a pas dépassé les 4% du PIB¹³⁸⁴.

730. En dehors des gouvernements militaires le droit à l'éducation conféré par la Constitution de 1933 s'est vu complété par une loi organique en 1941 qui réglementait l'instruction publique ; en 1962 s'établit le Conseil national d'éducation qui a pour fonction de synthétiser la politique nationale d'éducation de façon soutenue et permanente selon l'art. 71 de la Constitution de 1933¹³⁸⁵. Pourtant malgré ces multiples efforts deux problèmes persistaient : la mauvaise qualité de l'enseignement (due notamment à un manque d'enseignants diplômés) ; et la non universalité effective du service (à titre référentiel, en 1966 5,3% des enfants péruviens ne pouvaient pas accéder à l'école notamment en haute montagne et en Amazonie)¹³⁸⁶.

731. En 1972, à nouveau sous un régime militaire et après un ample débat national, fut promulguée celle qui par son contenu fut sûrement la loi la plus importante en matière d'éducation au Pérou, organisant le système éducatif et assoyant les fondements de l'éducation¹³⁸⁷.

732. Sur la question de la propriété, la fin des années 60 et le début des années 70 fut une période de profonds changements qui réussit à bouleverser la société oligarchique et le régime économique semi-féodal¹³⁸⁸. Techniquement en 1968, la Constitution de 1933 n'a pas été abrogée, mais son application elle a été subordonnée au profit du Statut du Gouvernement Révolutionnaire des Forces Armées¹³⁸⁹. Quelques mois plus tard, en juin 1969, ce texte servira comme base, pour proclamer la loi de réforme agraire dans le but de

¹³⁸⁴ Statistiques de la Banque Centrale de Réserve du Pérou (Consulté le 13 septembre 2014 - web.archive.org/web/20140901195941/http://estadisticas.bcrp.gob.pe/index.asp?sIdioma=1&sTitulo=IPC&sFrecuencia=A).

¹³⁸⁵ J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, op. cit., pp. 467-468.

¹³⁸⁶ *Ibid.* p. 469.

¹³⁸⁷ Loi générale de l'éducation n° 19326, promulguée le 21 mars 1972.

¹³⁸⁸ J. MATOS MAR et J.-M. MEJIA, *La reforma agraria en el Perú*, Lima, IEP, 1980, pp. 303 et s.F. EGUIGUREN, *Diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990). Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, Comisión Andina de Juristas- Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 38.

¹³⁸⁹ Il s'agit d'un texte du 3 octobre 1968 auquel les Forces Armées (qui avaient pris le pouvoir ce jour même) ont attribué une valeur constitutionnelle. Afin de donner légitimité ce texte fut signé par les chefs des armées de terre, mer et air. Voir B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 43. Sur l'idée de la subordination de la Constitution de 1933 voir : D. GARCIA BELAUNDE, « Aspectos recientes del constitucionalismo Peruano (1966-1973) », *Derecho Constitucional Peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, p. 600.

terminer avec l'organisation semi-féodale de l'agriculture au profit de coopératives agricoles¹³⁹⁰. Se sont suivies d'autres réformes au régime capitaliste de la propriété : celle véhiculé par la loi générale des industries (1970) et celle qui correspondait à la loi de propriété sociale (1974).

733. Plusieurs décennies après les premières normes de ce type en Europe¹³⁹¹, la loi générale des industries introduit une nouvelle forme de propriété : la communauté du travail (*comunidades laborales*), qui signifiait l'existence d'une coparticipation des travailleurs avec les détenteurs du capital. Cette entité avec une personnalité juridique de type collectif, représentait un changement face à la conception classique de la propriété présente dans le Code civil de 1936. L'objectif étant que les salariés obtiennent une partie de la propriété de l'entreprise ; un pouvoir dans la gestion de l'entreprise ; un bénéfice issu des utilités annuelles de l'entreprise¹³⁹². Il faut souligner ici que cette logique de propriété est aussi bien éloignée du capitalisme comme du marxisme soviétique, car il s'agit de concevoir la coexistence de la propriété individuelle avec la propriété sociale¹³⁹³ (communautaire et impersonnelle)¹³⁹⁴ aussi bien dans les industries¹³⁹⁵, la pêche¹³⁹⁶, les mines¹³⁹⁷ ou les télécommunications¹³⁹⁸.

734. Enfin, la loi de propriété sociale établit une troisième classe d'organisation économique en éliminant le capital social privé et en octroyant le contrôle de la direction aux travailleurs des entreprises de propriété sociale qui allaient être créées¹³⁹⁹.

¹³⁹⁰ J. VANEK et E. REINERT, « La tercera vía del Presidente Velasco », *Socialismo y Participación*, n°5/1978, p. 62.

¹³⁹¹ En France, la loi Briand, du 26 avril 1917, institue des sociétés anonymes à participation ouvrière (SAPO) afin de faire participer les ouvriers à la gestion et aux résultats de la société anonyme qui englobe l'entreprise ; En Espagne, l'article 46 de la Constitution de 1931 avait déjà reconnu « la participation des ouvriers dans la direction, l'administration et les bénéfices des entreprises ».

¹³⁹² J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, *op. cit.*, p. 617.

¹³⁹³ « L'abandon définitif du capitalisme comme système serait impossible si on maintient le caractère capitaliste des secteurs fondamentaux de notre économie. C'est pour cette raison que le développement d'un vigoureux pan de propriété sociale résulte décisif pour le futur du processus révolutionnaire et du pays », Message à la Nation du 28 juillet 1972 : INAP, *La Revolución Nacional Peruana*, Lima, COAP, 1974, p. 97 (traduction libre de l'espagnol).

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ A travers le décret-loi n° 18350.

¹³⁹⁶ A travers le décret-loi n° 18810.

¹³⁹⁷ A travers le décret-loi n° 18880.

¹³⁹⁸ A travers le décret-loi n° 19020.

¹³⁹⁹ La quasi-totalité de ce paragraphe a fait l'objet d'une traduction libre de l'espagnol issue de : J. VANEK et E. REINERT, « La tercera vía del Presidente Velasco », *op. cit.*, p. 62.

735. En guise d'épilogue il peut être dit que la Constitution péruvienne de 1933 est celle de tous les paradoxes. D'une part, sa caractéristique est qu'elle instaure durant 46 ans d'existence une « République démocratique » comme l'indique son art. 1^{er}, mais que plus de la moitié de sa durée de vie elle fut bafouée par des régimes anticonstitutionnels (Benavides, Odría, Velasco). D'autre part, le pan économique de la Constitution de 1933 est profondément libéral¹⁴⁰⁰, mais c'est la période où se sont concrétisées les plus grandes réformes sociales. Ces dernières ont été à ce point importantes que, premièrement elles ont remis en cause la domination paradigmatique de la propriété individuelle et conférant de nombreux droits sociaux surtout aux travailleurs ; deuxièmement elles ont restructuré le système des droits sociaux notamment envers les salariés. En ce sens, le constitutionnaliste M. Rubio signale que l'exemple du salaire minimum vital est symptomatique : premièrement il est prévu par la Constitution de 1933 mais il faudra attendre un gouvernement non démocratique pour le définir et le rendre effectif¹⁴⁰¹ ; deuxièmement, ce salaire ne fut pas indexé aux nécessités minimales du travailleur. Cet exemple dénote le grand problème de période constitutionnelle 1933-1979 : la norme constitutionnelle n'était pas effective parce qu'elle était trop générale et parce qu'elle n'a pas été mise en œuvre par un gouvernement démocratique¹⁴⁰².

736. Vers la fin des années soixante-dix la Constitution de 1933 semble avoir marqué une époque d'hésitations et contradictions. Sur le pan social, la doctrine juridique souligne certaines incohérences à corriger comme le manque de négociation collective en matière de définition de droits sociaux, ou la *juridicisation* du droit à l'alimentation et du droit au logement¹⁴⁰³.

II. L'instabilité des Constitutions économiques et sociales contemporaines (1979-1993)

737. Le contenu économique et social des deux Constitutions les plus récentes du Pérou reflète l'instabilité et la précarité du modèle social péruvien ; passant d'un constitutionnalisme perméable à la reconnaissance de droits sociaux et d'un modèle économique mixte (A), à un constitutionnalisme libéral dogmatique (B).

¹⁴⁰⁰ M. RUBIO, « La encrucijada de una nueva Constitución », *Socialismo y Participación* n°5/1978, p. 50.

¹⁴⁰¹ Par le biais de la loi n°14222 édictée en 1962 durant une junte militaire.

¹⁴⁰² M. RUBIO, « La encrucijada de una nueva Constitución », *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁰³ *Ibid.* p. 53.

A. La Constitution de 1979 et le constitutionnalisme social flexible

738. En 1975 le Général Velasco est démis de ses fonctions par un coup d'État militaire comportant des militaires d'idéologies libérales. Dès 1976 la crise économique débilita le régime, face à quoi le gouvernement décide d'organiser des élections pour convoquer à une Assemblée constituante en vue de rendre le pouvoir aux civils. Lors des élections, trois groupes politiques s'imposent : les socio-démocrates de l'Alliance pour la révolution américaine (APRA), les démocrates-chrétiens du PPC, un bloc de partis de gauche (incluant les socialistes révolutionnaires et les communistes)¹⁴⁰⁴, même si ces derniers étaient parfois divisés et donc en minorité face à l'APRA-PPC.

739. Selon le constitutionnaliste M. Tambini del Valle, la Constitution de 1979 a tout naturellement reçu l'influence de diverses chartes étrangères ; de manière classique et incontournable les Constitutions mexicaine (1917), allemande (1919), soviétique (1920) et espagnole (1931), mais aussi des Constitutions plus contemporaines, parmi lesquelles l'italienne (1947), l'allemande (1949) la vénézuélienne (1971) et bien entendu de la Constitution espagnole de 1978¹⁴⁰⁵. C'est pour cette raison qu'il est impossible d'affirmer que la Constitution de 1979 est une création originale des constituants péruviens, il s'agit plutôt d'une conjonction de principes, normes et doctrines recueillies par les constituants d'autres chartes politiques¹⁴⁰⁶.

740. Sur le fond, il est bien connu depuis le *contrat social* de Rousseau que la Constitution doit refléter un modèle de société. Or ce modèle s'exprime par le biais de trois éléments qui se compénètrent : un système économique, des droits citoyens et un système politique¹⁴⁰⁷. Dans cette étude les deux premiers éléments nous intéressent particulièrement.

¹⁴⁰⁴ 37% des sièges furent attribués à l'APRA, 25% au PPC et 28% à la coalition formée de divers partis de gauche. La droite traditionnelle fut la grande perdante de cette élection avec trois partis qui se répartissaient 6% des sièges. Voir : F. EGUIGUREN, *Diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990). Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit., pp. 28-29.

¹⁴⁰⁵ M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, op. cit., p. 18.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ M. RUBIO et E. BERNALES, *Constitución y sociedad política*, Lima, Mesa redonda editores, 1983, p. 620.

741. Premièrement sur le système économique, on constate que la Constitution de 1979 est la première au Pérou qui développe le régime économique sur tout un volet (Titre III). Le Chapitre 1^{er} de ce Titre énonce une définition du régime économique grâce à l'apport des démocrates-chrétiens du PPC qui introduisent la notion d'« économie sociale de marché » à l'article 115 de la Constitution. Cette notion qualifie le modèle économique constitutionnel du Pérou, comme étant fondé sur des droits (liberté de l'initiative privée, art. 111) mais aussi sur des responsabilités (intérêt social) et sur un rôle régulateur de l'État¹⁴⁰⁸. En outre, sans briser la tradition constitutionnelle de 1920 et 1933, la Constitution de 1979 prévoit à l'article 114 que l'État ait la faculté de se réserver des activités productives et de services pour cause d'intérêt ou de sécurité nationale (ce qui impliquerait nécessairement des expropriations¹⁴⁰⁹). Aussi, l'article 112 reconnaît le pluralisme économique et le principe d'égalité juridique des concurrents. Ces paramètres montrent qu'on est loin du libéralisme orthodoxe, mais qu'on est loin aussi du modèle économique soviétique ou de l'exemple communiste cubain. Il s'agit plutôt de concevoir une intervention étatique modérée, via la possibilité de participation active de l'État dans la vie économique, et accentuant son rôle régulateur et de planification¹⁴¹⁰.

742. On constate cependant la contradiction qui existe entre l'article 112 et l'article 114, étant donné que le premier proclame le pluralisme économique mais que le second proclame le droit de réserve pour l'État. Cependant le droit de réserve de l'État ne cède pas malgré la proclamation de pluralisme économique de l'art. 112 car ce dernier n'a jamais énoncé que le pluralisme devait opérer pour tous les secteurs économiques¹⁴¹¹.

743. Dans les Chapitres suivants de la Constitution il est utile de signaler que pour la première fois (et de façon anticipée en comparaison avec d'autres États) le Pérou élève au rang constitutionnel le droit à un environnement sain. Ce qui revient à ce que l'État accepte un rôle plus actif en matière de régulation environnementale (art. 123)¹⁴¹². De même, la

¹⁴⁰⁸ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 45.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.* p. 46

¹⁴¹⁰ F. EGUIGUREN, *Diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990). Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit. p. 37.

¹⁴¹¹ D. GARCIA BELAUNDE, « Constitución y sistema financiero », *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n°25/1987, pp. 2 et s.

¹⁴¹² « Tous ont le droit d'habiter dans un environnement sain, écologiquement équilibré et adéquat pour le développement de la vie et la préservation du paysage et de la nature [...] » : art. 123 de la Constitution politique du Pérou de 1979, (traduction libre de l'espagnol).

Constitution reconnaît l'inviolabilité et protège la propriété individuelle (art. 125) mais elle conçoit aussi d'autres formes de propriété. Sans se délier de l'esprit des normes précédentes¹⁴¹³. Vis-à-vis du droit à la propriété, le Chapitre III du troisième Titre de la Constitution, réaffirme l'inviolabilité du droit de propriété (art. 125), au même temps qu'il proclame une nécessaire compatibilité de ce droit avec « la nécessité et l'utilité publique » (art. 125), « l'intérêt social » (art. 125) et « intérêt national » (art. 127). Sans vocation exhaustive, l'article 124 renvoi à la loi pour détailler les garanties mais aussi les limites du droit de propriété, afin de veiller que sa mise en œuvre se réalise « en harmonie avec l'intérêt social ». De ce fait, même si le mot n'est pas évoqué, la Constitution de 1979 n'exclut pas la possibilité de nationaliser ou d'exproprier lorsque la loi prévoit que l'intérêt du collectif (« social », « national », « public ») s'impose face à l'intérêt individuel inhérent au droit à la propriété.

744. Deuxièmement sur les droits citoyens, il faut dire qu'ils sont reconnus par le Titre Ier de la Constitution. Or dans les articles suivants la Charte reconnaît aussi des droits d'une autre nature parmi lesquels de nombreux droits de nature sociale (voir en ce sens les articles 6 à 57). Ces derniers sont proclamés dans des chapitres dédiés à la famille ; à la sécurité sociale, santé et bien-être ; à l'éducation, à la science et la culture ; au travail.

745. Quant à l'analyse du contenu de ces droits il est utile de procéder suivant l'ordre proposé par le constituant. Tout d'abord l'État protège la communauté familiale (art. 5) et notamment la mère isolée (art. 7). En cas d'abandon matériel ou moral l'État s'engage aussi à protéger les personnes du troisième âge et les enfants (art. 8). De plus, la Constitution proclame la nécessité d'un régime légal de protection pour les personnes en situation de handicap (art. 19).

746. Par ailleurs, il est curieux de constater que la famille (et non pas l'individu) sont bénéficiaires de diverses garanties : à l'insaisissabilité du patrimoine familial (art. 5) ; à un logement décent (art. 10 et art. 18) ; à l'enterrement gratuit de leurs morts en cas d'insuffisance économique de la famille (art. 11) ; à l'alimentation et au loisir dans des

¹⁴¹³ Voir la concordance avec les articles 10, 11 et 15 de la loi de réforme agraire n° 17716 et avec l'article 34 de la Constitution de 1933.

conditions basiques (art. 18) ; à un supplément de rémunération (*asignación familiar*¹⁴¹⁴) pour les travailleurs avec une famille nombreuse (art. 43). Il faut signaler aussi qu'à l'image d'autres Constitutions andines, les membres de la famille ont un devoir de solidarité envers les ascendants et descendants : l'article 6, alinéa 2 parle d'assistance ; l'article 15 énonce le devoir de participer à la promotion et la défense de la santé de sa famille.

747. L'article 12 de la Constitution proclame l'universalité de la sécurité sociale, même s'il est énoncé qu'un accès progressif sera régulé par la loi. De façon collatérale à cette universalité, l'État garantit la protection de la santé intégrale (art. 15). Par ailleurs, à l'image de la Constitution précédente (celle de 1933), le droit à l'éducation est confirmé, et celui à la culture est proclamé (art. 21). Afin de les garantir, la Constitution assure la gratuité de l'éducation à tous les niveaux (art. 25) au même temps qu'elle insiste sur la qualité de celle-ci (art. 24). À la lecture des articles 23 à 27 de la Constitution, la charge matérielle qui finance ce droit incombe à l'État ; or de façon curieuse l'article 29, appuie à un nouveau type de responsabilité : la responsabilité sociale entrepreneuriale. En ce sens, elle implique les entreprises privées afin qu'elles contribuent au financement des écoles proches de leurs centres d'activités (industrielles, agricoles ou minières).

748. L'entreprise profitant de la force de travail des personnes qui en dépendent, les constituants sont conscients qu'il est nécessaire d'établir des normes plus équitables, régulant les liens entre patrons et travailleurs, ce qui découle en un certain nombre de droits sociaux favorables aux travailleurs. Ce processus de constitutionnalisation du droit du travail caractérise le « constitutionnalisme social » car il donne un support juridique de haut niveau à l'État social¹⁴¹⁵. Tout un chapitre, intitulé « du travail », lui sera consacré. A cet égard, l'article 42 de la Constitution prévoit que « le travail est un droit et un devoir social », sans aller pour autant jusqu'à la garantie d'un droit exigible d'accès à un poste de travail. L'esprit de l'article 42 consiste plutôt à donner à l'État un rôle de promoteur de l'emploi, au même temps qu'on responsabilise l'individu en lui opposant le terme « devoir ». Par ailleurs, la Constitution garantit au travailleur un salaire minimum qui assure le bien-être

¹⁴¹⁴ En France la rémunération supplémentaire pour les travailleurs avec une famille nombreuse, n'a jamais fait l'objet de constitutionnalisation. Cependant dès la loi sur les assurances sociales du 5 avril 1928, modifiée par la loi du 30 avril 1930, l'article 20 (portant sur les charges de famille) avait reconnu ce droit aux travailleurs.

¹⁴¹⁵ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, op. cit., p. 119.

matériel et le développement spirituel (art. 43) et élève au rang constitutionnel l'obligation de paiement des heures supplémentaires (art. 44)¹⁴¹⁶. A l'image des normes précédentes, l'article 44 confirme la limite du temps de travail à huit heures journalières ; assure le droit à la journée de repos hebdomadaire ; et proclame le droit aux congés payés. Bien entendu, ce pan social de la Constitution n'est pas une création péruvienne, elle advient à la suite d'un grand nombre de lois sociales développées en Allemagne dès la fin du XIX^{ème} siècle, puis en France et en Espagne surtout au début du XX^{ème}, avant de se constitutionnaliser aussi bien au Mexique (1917), en Allemagne (1919 et 1949), en Espagne (1931 et 1978) et en France (1946) ; de plus, ces garanties favorables aux travailleurs, sont aussi en concordance avec les articles 23 et 24 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1949 que le Pérou avait souscrit. De même, le nouveau régime économique péruvien fondé sur les « principes de justice sociale orientés à la dignification du travail [...] »¹⁴¹⁷, se trouve influencé par l'idée de « Constitution économique » issue de la République de Weimar¹⁴¹⁸. Cela aura pour effet qu'au niveau infra-constitutionnel ces principes se transposent aux articles 1571 et suivants du Code Civil péruvien, et via la loi d'organisation du travail et de la promotion sociale de 1981¹⁴¹⁹. Enfin, à l'image des normes déjà existantes¹⁴²⁰, la Constitution renvoie à la loi pour déterminer les normes en matière d'hygiène, sécurité et santé des travailleurs (art. 47) ; la stabilité de l'emploi (art. 48) ; le paiement des bénéfices sociaux (art. 49) ; le droit de négociation collective (art. 51 à 54) ; le droit de grève (art. 55).

749. Une partie de la doctrine signale à cet effet que cette Constitution répond aux caractéristiques libérales, et que les droits sociaux apparaissent comme des simples aspirations, sans qu'on puisse trouver des références dans les normes de rang inférieur¹⁴²¹. Il s'agirait d'un effort de modernisation du capitalisme (apporté par le versant néolibéral du Parti Populaire Chrétien) mais jamais d'un retour vers un système oligarchique d'avant

¹⁴¹⁶ M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, op. cit., p. 135.

¹⁴¹⁷ Article 110, Constitution Politique du Pérou de 1979, (Traduction libre de l'espagnol).

¹⁴¹⁸ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, op. cit., p. 120.

¹⁴¹⁹ Voir le Décret législatif n°140 du 12 juin 1981 (*Ley de Organización de los Sectores Trabajo y promoción Social*).

¹⁴²⁰ Articles 43 à 46 de la Constitution de 1933 ; décret-loi n°18846 du 28 avril 1971 ; et articles 164 et 178 du Code Sanitaire ; les articles 275 et 281 de la loi générale minière ; les articles 21 et 22 de la loi générale des industries.

¹⁴²¹ M. RUBIO et E. BERNALES, *Constitución y sociedad política*, Lima, Mesa redonda editores, 1983, F. EGUIGUREN, *Diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990). Los retos de una democracia insuficiente*, op. cit. pp. 37-38.

1968¹⁴²². Une autre partie de la doctrine pense cependant qu'il existe une quantité importante de normes qui relativisent le néolibéralisme et l'éloignent du néocapitalisme orthodoxe. A cet effet, on qualifia le régime de 1979 de « constitutionnalisme social flexible », car la Constitution permet la libre initiative et le droit à la propriété au même temps qu'elle admet des politiques publiques *extra marché*, avec des instruments comme l'intérêt social et la planification concertée¹⁴²³. Il s'agit d'un constitutionnalisme qui permet l'inclusion de clauses référées aux objectifs d'intérêt social et de l'économie sociale de marché ; mais qui permet aussi que le législateur (sous le contrôle du Tribunal de garanties constitutionnelles) puisse développer ces notions avec un critère dynamique¹⁴²⁴. Par exemple, le constitutionnaliste M. Tambini del Valle avançait à cet égard que le droit à la vie proclamé à l'article 2 de la Constitution pouvait être compris du « point de vue social comme un droit repos[ant] amplement sur les conditions humaines et équitables de travail et sur une juste redistribution¹⁴²⁵ ». Dans tous les cas il est indiscutable que la Constitution péruvienne de 1979 incorpore des nouveaux idéaux, comme celui de justice sociale¹⁴²⁶ et de solidarité humaine¹⁴²⁷, jusqu'alors absents de toute autre Constitution péruvienne et de beaucoup de Constitutions andines.

B. La Constitution de 1993 et le constitutionnalisme dogmatique

750. Malgré les espoirs initiaux, la Constitution de 1979, et ceux qui l'ont appliqué, n'ont pas su mettre en place des solutions efficaces aux problèmes sociaux qui se sont accentués à la fin des années quatre-vingt (1). Cette situation a enlevé toute légitimité au modèle constitutionnel de 1979 et a renforcé les idées néolibérales en vue d'un changement de Constitution (2). En 1993 on assiste à une régression les droits sociaux notamment si l'on prend en compte la partie substantielle des quelques droits reconnus (3).

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴²⁴ *Ibid.* p. 52

¹⁴²⁵ M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, *op. cit.*, p. 82, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴²⁷ « Nous, représentants de l'Assemblée Constituante [...] croyants à la primauté de la personne humaine [et à] la justice qui est valeur première de la vie en communauté et que l'ordre social se construit sur le bien commun et la solidarité humaine [...] », Al. 2, Préambule de la Constitution Politique du Pérou, 1979, (traduction libre de l'espagnol).

751. On procédera à faire une analyse de contenu et de contexte pour mettre en évidence l'agencement et la logique de construction du texte, mais aussi pour comprendre les enjeux idéologiques aboutissant à la constitutionnalisation ou pas des droits sociaux.

1) La crise sociale et politique annonçant la fin du constitutionnalisme social

752. La force de la Constitution de 1979 est qu'elle a permis à trois Présidents constitutionnellement élus de gouverner successivement, pour la première fois de l'histoire péruvienne. Sa faiblesse fut cependant qu'elle n'a pas su faire face aux deux problèmes majeurs durant les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix : la crise économique et le terrorisme¹⁴²⁸. L'ampleur de ces deux phénomènes déstabilisa la société, la classe politique, et enleva légitimité aux institutions et aux normes en vigueur. La continuité de l'État était à ce point menacée, que le gouvernement d'Alberto Fujimori (élu démocratiquement en 1990) procéda à renégocier le contrat social augmentant l'autorité publique en contrepartie de sécurité (civile et économique). Cette situation s'est matérialisée par le biais du troc entre la flexibilité (puis la disparition) du système constitutionnel et les droits citoyens, en échange de mesures qui luttent frontalement contre le terrorisme (notamment contre le « sentier lumineux ») et contre l'hyperinflation économique (l'inflation mensuelle annualisée atteint les 5149% en mai 1989).

753. Il est important de rappeler que le modèle appliqué au Pérou dans les années quatre-vingt était celui d'un État interventionniste, gestionnaire direct, entrepreneur et contrôleur¹⁴²⁹. Certains ont pu penser, notamment dans ces années d'effervescence du néolibéralisme *reaganien* et *thatchérien*, que la crise était due au fait que l'État soit trop actif et présent ; or peu de personnes se sont intéressées à la mauvaise gestion des gouvernants improvisés comme A. García¹⁴³⁰. Face aux problèmes sociaux, ce dernier décréta diverses mesures d'assistance (par exemple la création de marques alimentaires élaborées par l'État à bas prix) et une embauche massive de travailleurs publics. Or ces

¹⁴²⁸ Selon la Commission Vérité et Réconciliation on estime que le nombre de morts durant le conflit entre l'État et les groupes terroristes est de 69.000 personnes.

¹⁴²⁹ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 47.

¹⁴³⁰ En 1985, date à laquelle A. García devint Président, il avait 35 ans, une licence en droit et une expérience comme parlementaire. Il n'avait jamais travaillé auparavant ; il avait consigné avoir étudié un doctorat à Paris et à Madrid or il n'est jamais parvenu à conclure ces formations ; son expérience en gestion, économie, administration étaient uniquement celles qu'il a pu exercer comme membre de son parti.

mesures étant palliatives et non durables, la capacité de dépense de l'État augmenta et le gouvernement n'a pas eu d'autre solution que de commander un tirage de plus en plus important de billets de banque inondant le marché avec ceux-ci. A la fin des années 80 toutes les réserves internationales avaient été consommées ; la monnaie avait été dévaluée à un million de fois son prix nominal et l'hyperinflation était de quatre chiffres¹⁴³¹. Malgré une Constitution assurant des droits sociaux, la capacité matérielle de l'État à mettre en œuvre ces droits devint nulle : par exemple la situation du système de santé et d'éducation était des plus catastrophiques et le manque de nourriture a fait son apparition dans les zones urbaines périphériques. Après l'arrivée au pouvoir d'A. Fujimori en 1990, et contrairement à sa promesse de campagne, le ministre de l'économie annonça un choc économique qui a eu pour effet de provoquer une hyperinflation tellement abrupte que la demande dégringola, ce qui a eu pour conséquence que les prix n'aient pas eu d'autre possibilité que de baisser. La mesure semblait audacieuse, mais provoqua des situations humanitaires tellement importantes que le Pérou a vu réapparaître la famine. *De facto*, le constitutionnalisme social n'existait plus au profit d'un gouvernement qui appliquait autoritairement des solutions néolibérales¹⁴³².

754. Quelques mois plus tard, prétextant une opposition politique peu coopérative, le 5 avril 1992, Fujimori exécuta son plan politique anticonstitutionnel : un auto-coup d'État. Il dissout le Parlement ; demanda l'arrestation des présidents du Sénat et de la Chambre de Députés ; ferma le Conseil National de la Magistrature, le Tribunal Constitutionnel, le Ministère Public, le Palais de Justice et déclara le Pouvoir Judiciaire en réorganisation ; déploya l'armée dans toutes les Institutions publiques et entra dans les locaux des médias ; demanda la surveillance renforcée ou l'arrestation des principaux leaders politiques ; entra dans les sièges des partis politiques ; etc. Plus tard, sous la pression de l'Organisation d'États Américains, Fujimori convoquera à des élections constituintes boycottées par une série de partis traditionnels (dont le social-démocrate APRA), voyant le triomphe du parti

¹⁴³¹ Selon les chiffres officielles de la Banque Centrale de Réserve du Pérou l'hyperinflation atteignait 1722% en 1988 ; 2775% en 1989 ; 7649% en 1990.

¹⁴³² « En 1990, le “pendule péruvien” a bougé du populisme hétérodoxe vers le néolibéralisme orthodoxe. Ce fut la première année du *turning-point* d'un modèle économique et d'un type d'État qui auraient atteint leur épuisement. A partir de ce moment, le Pérou entrerait dans l'ère “néolibérale” en matière économique [...]. Mais aussi, en 1992 a bougé le pendule politique : de la démocratie vers l'autoritarisme [...] »: E. GONZALES DE OLARTE, «Economía política de la era neoliberal peruana: 1990-2006», *Economía Peruana*, (Consulté le 17 avril 2015, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/economiaperuana/2007/04/16/economia-politica-de-la-era-neoliberal-peruana-1990-2006/>), traduction libre de l'espagnol.

de Fujimori pour une large majorité. En effet, le peuple montra un tel soutien à Fujimori que la distance entre le parti de Fujimori (49%) et le Parti Populaire Chrétien (droite chrétienne), deuxième en score le plus haut, était de 40 points. Les partis de gauche ont été les grands perdants de cette élection car ils n'ont obtenu que dix sièges sur les quatre-vingt-un disponibles, répartis entre le Mouvement Démocratique de Gauche (MDI), le Front National des Travailleurs et Paysans (FRENATRACA), etc.

2) Le soubassement néolibéral de la Constitution de 1993

755. Une des conséquences du débat constitutionnel fut l'importation de la pensée néolibérale pour la première fois au Pérou en tant qu'alternative pour gouverner¹⁴³³. L'influence des doctrines de J. Keynes, A. Smith et de celles de l'École de Chicago, englobées autour d'une légitimité et d'une pression politique de la part des puissances économiques eurent une claire répercussion en Amérique latine et au Pérou. Ce nouveau courant néolibéral cherchait à adapter la pensée des États de capitalisme périphérique à travers deux mouvements qui se sont manifestés au Pérou. Un premier mouvement, ouvertement néolibéral, sous la bannière d'un groupe politique créé par l'écrivain libéral M. Vargas Llosa, et par un *think tank* alimenté par l'économiste ordo libéral H. De Soto. Un second mouvement, plus pragmatique (*a priori* non politisé) et aux méthodes populistes, soutenu par A. Fujimori, alors nouveau en politique.

756. Alors que le premier mouvement accueillait les mesures du Consensus de Washington en vue de la sortie de crise, le second groupe s'y opposait. Mais cette opposition que Fujimori montrait durant sa campagne électorale contre M. Vargas Llosa n'était qu'une façade. Car, une fois les élections terminées, le gouvernement de Fujimori, assisté du conseil de l'économiste De Soto, appliqua le programme préconisé par Vargas Llosa. Il privatisa les entreprises publiques ; réduit le rôle régulateur de l'État ; limita les subsides ; libéralisa le commerce et élimina les barrières aux investissements. En réalité le gouvernement de Fujimori n'a pas connu d'obstacle au Parlement, car l'opposition dominée par des membres du groupe de Vargas Llosa soutenait les réformes libérales. C'est ainsi que Fujimori s'est vu concéder des facultés législatives qui lui ont permis d'émettre une série

¹⁴³³ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 48.

de décrets législatifs¹⁴³⁴ qui avaient pour objectif de vider de son contenu le chapitre constitutionnel relatif au régime économique¹⁴³⁵. Comme il est constaté par B. Kresalja et C. Ochoa, un bon nombre de ces initiatives seront reprises par la Constitution de 1993¹⁴³⁶.

757. Par exemple, lors du débat constitutionnel portant sur le droit à la propriété il fut question de l'inclusion de la dénomination « intérêt social ». A cet égard le constituant E. Chirinos Soto se montra favorable à cette inclusion. Il évoqua d'abord le fait que l'exercice rationnel du droit à la propriété contribue à l'intérêt social, de manière qu'il semblerait tautologique d'y faire mention. Or, son argument soulignait qu'il était nécessaire de le faire apparaître pour deux raisons : premièrement parce que ladite notion était recueillie par le constitutionnalisme péruvien dès 1933 ; deuxièmement, parce que les encycliques papales *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Divine Redentori* et *Populorum Progressio* insistaient sur ce point¹⁴³⁷. Plus tard, le constituant V. Joy Way émit des réserves sur l'inclusion de « l'intérêt social ». En effet il estimait que c'est à cause de l'interprétation de ce type de notions qu'on a permis l'existence de la propriété sociale dans les entreprises, ou l'étatisation des banques¹⁴³⁸. Soumise au vote des constituants, la proposition d'article a été rejetée à cause de la controverse causée par la notion « d'intérêt social ».

758. L'analyse du débat constitutionnel révèle en ce sens deux éléments : premièrement le caractère fortement libéral des constituants de 1993¹⁴³⁹. Car leur schéma de garantie de la propriété individuelle les mène à rejeter l'idée selon laquelle l'intérêt de tous peut s'imposer (dans des cas spécifiques et bien définis) face à l'intérêt individuel du propriétaire. Ce qui a pour conséquence qu'ils garantissent des droits les plus illimités possibles au propriétaire, ce qui ramène le Pérou au stade d'évolution constitutionnelle présociale de 1920, voire du XIX^{ème} siècle¹⁴⁴⁰. Deuxièmement, l'analyse révèle que l'effort de limitation des droits

¹⁴³⁴ Voir par exemple l'art. 6 du Décret-loi 757 dénommé « Loi Cadre pour la croissance de l'investissement privé » qui méconnaît les réserves de propriété en faveur de l'État pour cause d'intérêt social.

¹⁴³⁵ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 50.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

¹⁴³⁷ Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, Lima, Diario de los debates, 1993, p. 1953.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p. 1954.

¹⁴³⁹ Par exemple, lors du débat sur l'expropriation le constituant E. Chirinos Soto, qui fut un des plus actifs et loquasses, souligna : « [Une Constitution] ultralibérale est mon projet » : *Ibid.*, p. 1959.

¹⁴⁴⁰ E. BLUME, « Preámbulo de la Constitución de Perú », A. TORRES, J. TEJADA, *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 365.

individuels ne se fonde pas sur la philosophie sociale (laïque et fraternelle), mais elle se fonde en grande partie sur la doctrine catholique (fondamentalement charitable).

759. C'est bien sur cette base que le constitutionnalisme qui survient à partir de 1993 peut être qualifié d'économiquement dogmatique ou fermé¹⁴⁴¹. Le phénomène s'explique d'abord par une critique généralisée au modèle étatiste, dépensier et mal géré qui disqualifie la Constitution de 1979, la rendant coupable de toutes les crises du Pérou. Puis, à manière de solution, une nouvelle majorité politique (Fujimori), déliée de la classe politique traditionnelle, propose un modèle économique rigide néolibéral qui promeut l'investissement national, un ample garantie du droit à la propriété et de la stabilité contractuelle¹⁴⁴². Enfin, en 1992 cette nouvelle classe politique est proclamée porte-parole du peuple pour rendre effectif le changement du pacte social fondamental.

760. Au fil des débats une minorité sociale-chrétienne tenta d'opposer, sinon une résistance, du moins une proposition consensuelle : trouver ce qui s'apparente à une troisième voie idéologique, moins rigide, entre néolibéralisme et socialisme. Mais cette tentative échoua. Sans nécessité de négocier quoi que ce soit, la majorité pro-Fujimori a opposé la tendance d'État maximal des années soixante-dix, à celle d'État minimal en 1993¹⁴⁴³. Cela s'explique parce que la crise économique aigüe des années quatre-vingt menaça toutes les classes sociales (avec un impact sur le patrimoine des riches, mais surtout un appauvrissement des classes moyennes et un abandon quasi-total des pauvres). Cette situation de désespoir, voire de survie, a renforcé le relativisme axiologique des citoyens de toute condition sociale, provoquant la consolidation des visions économiques ultra-individualistes, et l'échec des valeurs sociales. Le modèle d'État social ainsi que les principes de solidarité, d'égalité matérielle ou d'inclusion sociale ont donc été condamnés.

761. Le préambule de la Constitution est bon indicateur du relativisme axiologique et du manque de valeurs sociales laïques. En effet, il est communément admis que les préambules

¹⁴⁴¹ Voir en ce sens les reflexiones de B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 52-53.

¹⁴⁴³ Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, op. cit., p. 2376 ; B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., pp. 53-54.

contiennent la philosophie de l'ensemble de la Constitution¹⁴⁴⁴. Or dans le cas de la Constitution de 1993 un court préambule, d'à peine trente-cinq mots, se limite à invoquer « Dieu tout puissant » et à rappeler le sacrifice de toutes les générations précédentes.

762. Vis-à-vis de la définition que la Constitution donne de l'État, ce n'est qu'à l'article 43 al. 1^{er} qu'on retrouve la mention : « La République du Pérou est démocratique, sociale, indépendante et souveraine. » Cet énoncé reprend la formule de l'article 4 de la Constitution de 1979, qui elle-même est fondée sur le principe d'« État de droit social » issu de l'influence constitutionnelle espagnole¹⁴⁴⁵ et allemande. En ce sens, la permanence du mot « social » dans la Constitution de 1993 provoqua un débat chez les constituants car le versant néolibéral ne souhaitait pas inclure un adjectif qui qualifie l'État d'idéologiquement proche des théories sociales. Précédemment les constituants avaient déjà renoncé à toute mention qui relie la République au travail ou aux travailleurs¹⁴⁴⁶, laissant au clair que cette assimilation n'était plus adaptée au contexte idéologique péruvien. C'est très certainement pour cette raison que la majorité des constituants optent pour éliminer l'allusion au travail et en contrepartie approuver la permanence de la formule « République démocratique, sociale [...] ».

763. Selon B. Kresalja et C. Ochoa, le toit idéologique du prétendu « État de droit social » est développée par l'article 44 qui énonce les devoir de l'État¹⁴⁴⁷ : défendre la souveraineté, garantir les droits de l'Homme ; protéger la population des menaces contre sa sécurité ; promouvoir le bien-être général qui se fonde sur la justice et le développement intégral et équilibré de la Nation. Cette phrase, calquée de l'article 80 de la Constitution de 1979, a vu la suppression de la mention finale portant sur l'élimination de toute forme d'exploitation de l'Homme. En ce sens la nouvelle formule fut critiquée par son excessif attachement à l'école libérale en dépit du principe d'État de droit social accepté dans l'article précédent¹⁴⁴⁸. En effet, l'idée qui consiste à éliminer toute forme d'exploitation est liée aux

¹⁴⁴⁴ Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. I, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴⁴⁵ Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, *op. cit.*, pp. 2150-2151.

¹⁴⁴⁶ Qui dans la Constitution péruvienne de 1979 avait trouvé sa source dans la formule de la Constitution italienne de 1947 qui énonce : « L'Italie est une République démocratique fondée sur le travail. »

¹⁴⁴⁷ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁴⁸ Voir notamment les arguments de L. Flores Nano et d'E. Chirinos Soto : Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, *op. cit.*, pp. 2158-2162 et 2166-2167.

garanties issues des droits de l'Homme, aussi bien sur le plan des droits-libertés que sur le plan des droits sociaux. Ceci montre que les garanties en matière de droits-libertés trouvent consensus parmi les constituants, or celles qui risquent d'inclure des droits sociaux sont éliminées ou transformées.

764. Pourtant, le versant social du principe d'État de droit social trouve une importante répercussion à l'article 58 (dans le Titre III portant sur le régime économique) qui énonce que l'initiative privée est libre mais s'exerce dans une économie sociale de marché¹⁴⁴⁹. On assiste alors à l'acceptation des composants sociaux à l'intérieur d'une Constitution économiquement libérale. Or cette acceptation semble dépourvue de toute substance lorsqu'on observe de plus près certains de ses dispositifs. Deux exemples peuvent être relevés en sens, celui de l'article 70 sur la propriété et celui de l'article 59 sur le combat des inégalités.

765. L'article 70 prévoit que « [l]e droit de propriété est inviolable. L'État le garantit. Il s'exerce en harmonie avec le bien commun et dans les limites de la loi. Personne peut être privé de sa propriété sauf, exclusivement, pour cause de sécurité nationale ou nécessité publique, déclarée par loi [...] ». En ce sens l'État garantit l'utilité individuelle et le profit individuel du droit de propriété ; mais le pan qui évoque l'utilité sociale et la diffusion sociale du profit économique ont disparu. Sous l'influence du discours néolibéral est éliminée l'idée de fonction sociale de la propriété¹⁴⁵⁰ qui se traduisait dans la Constitution de 1979 par la notion d'« intérêt social ». En effet, dans le débat constituant furent niées les limites de l'*abusus*, en tant qu'attribut du droit à la propriété. Par une interprétation assez curieuse du constituant, le propriétaire pouvait donc faire la plus ample utilisation de sa propriété, tant qu'il se range dans les limites du raisonnable. Ainsi, les constituants imaginaient que l'« utilisation raisonnable » du droit de propriété tenait déjà compte de l'« intérêt social » de la propriété¹⁴⁵¹. Le problème c'est que personne ne définissait où se

¹⁴⁴⁹ Textuellement l'art. 58 indique : « L'initiative privée est libre. Elle s'exerce dans une économie sociale de marché. Sous ce régime l'État oriente le développement du pays, et agit principalement dans les secteurs de promotion de l'emploi, la santé, l'éducation, la sécurité, les services publics et l'infrastructure. » (Traduction libre de l'espagnol).

¹⁴⁵⁰ B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, op. cit., p. 66.

¹⁴⁵¹ « Nous n'avons plus le sens romain de la propriété: *le ius fruendi, ius utendi, ius abutendi*. Ceci n'existe plus. Il n'y a pas droit d'abuser de la propriété, il y a le droit de l'utiliser. L'utilisation rationnelle de la propriété individuelle, l'exercice rationnel de ce droit, contribue à l'intérêt social. En ce sens il serait quasi tautologique le dire. Mais je crois que notre tradition chrétienne et démocratique il est bien de le dire. » Intervention d'E.

trouvaient ces « limites raisonnables », et si elles étaient imposées par une norme ou si elles étaient définies selon le libre arbitre du propriétaire.

766. Une fois que la notion d'intérêt social fut éliminée, elle fut remplacée par celle de « bien commun » qui trouva sa source dans la doctrine sociale catholique (encyclique *Sollicitudo Rei Socialis* par exemple)¹⁴⁵².

767. Fort heureusement deux éléments viennent limiter cette conception ultralibérale du droit à la propriété. D'abord, selon G. Gonzales Barrón, la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme (qui a valeur constitutionnelle) dans son article 21.1 exprime clairement que l'utilisation du droit de propriété est sujette à l'intérêt social¹⁴⁵³. Aussi, le Tribunal constitutionnel a apprécié qu'au-delà de ce qui a pu être dit par les constituants, la Constitution accepte la fonction sociale de la propriété sous la forme de « bien commun ». En effet, le juge constitutionnel estime qu'il existe une double dimension du droit à la propriété, bénéficiant aussi bien l'intérêt particulier que l'intérêt collectif de la nation¹⁴⁵⁴.

768. Quant à l'article 59 de la Constitution, celui-ci montre aussi l'absence de concordance avec un prétendu État de droit social au Pérou. En effet, cet article proclame, tout d'abord, que *l'État octroi des opportunités aux secteurs qui souffrent de l'inégalité*. Ce qui voudrait dire d'une part qu'on reconnaît l'existence d'inégalités sociales entre différents groupes d'individus ; et d'autre part que l'État s'oblige à agir pour les éliminer. Cependant cette interprétation semble être erronée lorsqu'on la contraste avec la dernière partie de l'article 59 qui dit qu'en vertu de ce problème l'État *promeut les petites entreprises*. La lecture l'intégralité de l'article permet de conclure que la Constitution prétend trouver la solution aux inégalités sociales dans l'initiative économique individuelle, et notamment dans l'esprit individuel d'entreprise.

Chirinos Soto : Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, *op. cit.*, p. 1953, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁴⁵² B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, *op. cit.*, p. 66; Voir aussi Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, *op. cit.*, pp. 1953 et ss.

¹⁴⁵³ G. GONZALES BARRON, « El derecho de propiedad en la Constitución: una nueva lectura que abre el camino hacia un Derecho Civil justo », J.-M. SOSA SACIO, *Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Lima, La Gaceta Jurídica, 2010, p. 399.

¹⁴⁵⁴ Affaire *José Miguel Morales Dasso et 5000 citoyens c. Congreso de la República*, n°0048-2004-PI/TC, 1^{er} avril 2005, § 79.

769. Sauf sous quelques rares exceptions (notamment en matière de droit à l'éducation ou à la santé), à aucun moment la Constitution ne tire les conséquences de la pauvreté ou des inégalités matérielles existantes au Pérou en donnant un rôle social actif et important à l'État. Le rôle étatique est réduit soit à demeurer une entité qui encourage des processus réalisés par d'autres¹⁴⁵⁵; soit à être une entité qui agit *a minima*¹⁴⁵⁶.

770. Cette double situation, d'une part de rôle subsidiaire de l'État et, d'autre part, d'État social minimal traduit la faible situation des droits sociaux proclamés en 1993. En ce sens les quelques droits sociaux qui ont pu subsister au débat constitutionnel concernent principalement les domaines de : l'éducation ; la santé et la protection sociale ; la protection des personnes en état de vulnérabilité ; les droits du travailleur.

3) Un volet social *a minima*

771. La Constitution débute par un chapitre intitulé « Droits fondamentaux de la personne », qui en réalité ressemble plus à une longue liste de droits civils. Ce n'est que dans le chapitre suivant que seront reconnus les droits sociaux et économiques, comme s'ils ne faisaient pas partie du cadre fondamental prôné par le chapitre précédent.

772. Le droit à l'éducation est garanti par une série de dispositions et notamment par l'article 17 de la Constitution qui évoque l'obligation d'éducation initiale, primaire et secondaire. A ces niveaux, la Constitution confère un droit universel à la gratuité dans les institutions publiques. Au niveau universitaire cependant, la gratuité est assurée uniquement pour les étudiants du secteur public qui présentent un rendement académique satisfaisant et qui n'ont pas les ressources nécessaires. Fruit d'un débat constituant nourri, l'alinéa 3 de

¹⁴⁵⁵ Les formules « l'État promeut » et « l'État encourage », courantes dans toute la Constitution, attribuent à l'État un rôle subsidiaire et secondaire face l'action des personnes privées. Par exemple, lorsque l'art 17 al. 3 énonce que « [l']État promeut la création de centres d'éducation où la population le requiert », ça ne veut pas dire que l'État construit des écoles/universités, mais plutôt que l'État souhaite et octroi des libertés pour que d'autres acteurs construisent des écoles/universités. Par ailleurs, voir le débat constituant et les divergences terminologiques autour du verbe « promouvoir » et « garantir » : Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. III, *op. cit.*, pp. 1102 et s.

¹⁴⁵⁶ Dans le débat constituant qui porte sur l'action de l'État en matière de promotion de l'emploi, santé, éducation et infrastructure (article 58) l'esprit qui se dégage est celui d'une « action basique ». Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. IV, *op. cit.*, pp. 1830 et s.

cet article renvoi à la loi pour les cas où l'État peut subventionner l'éducation privée dans tous les niveaux d'études. Selon le constituant E. Chirinos Soto, cet alinéa annonce ce qui sera le système de bourses en faveur des pauvres¹⁴⁵⁷, comme le Programme national de bourses et crédits éducatifs (PRONABEC). La mission de cette entité consiste, depuis 2011, à octroyer des bourses et crédits aux personnes talentueuses sous un prisme d'inclusion sociale¹⁴⁵⁸. Dans tous les cas, aussi bien la Constitution et le programme national de bourses exclut ceux qui se trouvent en difficultés académiques (parfois passagères)¹⁴⁵⁹.

773. Même si la gratuité fut maintenue en 1993 pour les scolaires du public, elle fut limitée pour les étudiants du public ; or l'autonomie universitaire permet que chaque institution d'enseignement supérieur puisse trouver des interprétations créatives pour définir à partir de quand le rendement d'un étudiant n'est pas satisfaisant ou à partir de quand un étudiant est talentueux. En ce sens, les entraves à la gratuité dans l'éducation supérieure publique sont quelque peu nuancées.

774. Néanmoins, il existe deux aspects où l'éducation présente des failles sociales scandaleuses au Pérou : d'une part, la question de la qualité de l'éducation publique, et d'autre part, les tarifs très élevés de certains établissements privés réputés de qualité. Approfondir sur ces sujets n'est pas la vocation de ce travail, cependant il est important de confronter brièvement la norme face à la réalité afin de comprendre la complexité des problèmes sociaux qui échappent à la norme. En effet, l'éducation publique n'atteint pas des niveaux de qualité suffisants ni pour le Programme international d'évaluation des étudiants (PISA) ; ni pour l'UNESCO ; ni pour le Programme d'indicateurs mondiaux de l'éducation (WEI)¹⁴⁶⁰. Ainsi, cette éducation publique n'octroi pas les éléments nécessaires au futur professionnel, ce qui a pour conséquence de rendre difficile l'insertion sociale de ses diplômés. Par contre nombreux sont les établissements d'éducation privée (mieux lotis et bénéficiant d'un haut taux d'insertion professionnelle) dont les prix s'avèrent prohibitifs

¹⁴⁵⁷ E. CHIRINOS SOTO et F. CHIRINOS SOTO, *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*, Lima, Nerman, 1993, p. 49.

¹⁴⁵⁸ PRONABEC, *Mission* (consulté le 31/03/16, <http://www.pronabec.gob.pe/nosotros.php>).

¹⁴⁵⁹ Le constituant E. Chirinos Soto pensé qu'il s'agit d'exclure les étudiants redoublants: E. CHIRINOS SOTO et F. CHIRINOS SOTO, *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁶⁰ C. MONTERO, « La emergencia educativa 2003-2006. Andanzas y ninguneos de un programa estatal », *El Estado de la educación. Estudios sobre políticas, programas y burocracias del sector*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2009, pp. 24-25.

pour les étudiants issus de familles à faibles revenus¹⁴⁶¹. Pour S. Chiroque, le droit à l'éducation au Pérou ne s'est pas réalisé de manière équitable car les personnes qui sont exclues du développement économique résultent exclues aussi de l'accès à l'éducation. En effet, poursuit Chiroque, l'éducation est devenue une marchandise, et selon la logique de marché est annulée l'idée de droit fondamental à l'éducation au profit d'une idée où l'accédant est uniquement celui qui peut payer la marchandise¹⁴⁶².

775. Dans le cas du droit à la santé et à la sécurité sociale, il existe dans la Constitution de 1993, une régression complète par rapport à celle de 1979. Ainsi dans la charte de 1979, l'article 15 mentionnait que « tous ont droit à la protection intégrale de la santé [...] » et l'article 16 proclamait que « Le Pouvoir Exécutif [...] facilite à tous l'accès égalitaire à ses services [de santé], en qualité adéquate et avec tendance à la gratuité [...] ». Or en 1993, bien que l'article 7 préserve l'idée de protection de la santé pour tous¹⁴⁶³, cette prétendue universalité dépend en réalité de la capacité financière de l'État¹⁴⁶⁴.

776. En outre il annonce un droit à la protection de la santé mais pas un droit d'accès au système de santé. La doctrine juridique est d'accord pour affirmer que l'article exprime une triple dimension de la santé : individuelle, familiale et sociale générale¹⁴⁶⁵. Ce qui veut dire qu'il existe trois façons de concevoir la stratégie de protection de la santé. La santé individuelle et la santé sociale sont assez faciles à comprendre : dans l'une, il s'agit de problèmes individuels liés, par exemple, à un accident, alors que dans le second on parle plutôt d'une pandémie ou de risques infectieux collectifs. Il reste la question de la santé familiale qui peut faire allusion à la prévention reproductive (planning familial), mais aussi à un devoir de solidarité envers les membres de la famille. En ce sens le propre article 7 exprime que « [t]ous [ont] le devoir de contribuer à [l]a promotion et défense [de la santé] ».

¹⁴⁶¹ En 2016 le salaire minimum au Pérou était de 850 soles par mois (environ 230 euros), et une année à l'université PUCP coûtait entre 1.621 et 9.189 euros, ou entre 3.580 et 8.200 euros à l'université ESAN. Source : Grupo Educación al Futuro, *Costos de Estudios en universidades peruanas* (consulté le 01/04/2016, <http://educacionalfuturo.com/noticias/costos-de-estudios-en-universidades-peruanas/>).

¹⁴⁶² I. YAÑEZ LOPEZ, « Introducción », *Informe Anual 2004. Derechos económicos sociales y culturales*, Lima, Aprodeh-Cedal, 2004, p. 14.

¹⁴⁶³ « Tous ont droit à la protection de leur santé, celle du milieu familial et celle de la communauté, aussi le devoir de contribuer à sa promotion et défense. La personne incapable de se prendre en charge à cause d'une déficience physique ou mentale a droit au respect de leur dignité et à un régime légal de protection, attention, réadaptation et sécurité. », art. 7 de la Constitution péruvienne de 1993, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁴⁶⁴ E. CHIRINOS SOTO et F. CHIRINOS SOTO, *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*, Lima, Nerman, 1993, p. 43.

¹⁴⁶⁵ E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993 Análisis comparado*, Lima, ICS Editores, 1996, p. 174 ; M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima, Desco, 1994, p. 40.

777. Il est donc curieux que d'une part la Constitution ne proclame pas un réel droit d'accès aux services de santé ; mais que d'autre part, elle oblige les individus à lui prêter soutien, notamment dans le cercle familial. C'est-à-dire que l'État oblige les individus (familles) à se soutenir en matière de santé, alors que l'État lui-même semble s'exclure de cette obligation.

778. Le seul point en matière de santé où la Constitution oblige l'État à des obligations plus importantes porte sur le handicap (physique ou mental). En effet la nécessité de création d'un régime légal dicté par le constituant oblige l'État à promouvoir ce droit. C'est ce qui adviendra avec la Loi générale de la personne handicapée¹⁴⁶⁶, dans ses articles 14 et suivants qui sont plus explicites en matière d'accès universel aux services de santé publique.

779. En matière de sécurité sociale, la constitution marque une régression des droits¹⁴⁶⁷. Avant tout, il faut prendre en considération que la réalité européenne diffère de celle d'Amérique andine dans la mesure où la sécurité sociale est un élément central de l'organisation sociale de l'État dans les pays du Nord, alors qu'en Amérique latine c'est un thème qui mobilise moins à cause du taux élevé de travail informel¹⁴⁶⁸.

780. Il est bien connu que la protection sociale se compose des assurances sociales (destinées aux travailleurs) et de l'assistance sociale (destinée aux personnes en état de vulnérabilité). La Constitution de 1993 va présenter un recul au niveau normatif, mais il sera aussi l'occasion de proclamer les limites de leur financement.

781. L'article 10 de la Constitution reconnaît un droit universel et progressif à la sécurité sociale¹⁴⁶⁹, ce qui revient à dire que tous peuvent accéder mais que paradoxalement l'accès n'est pas immédiat. En conséquence si certains n'y accèdent pas, alors l'universalité est

¹⁴⁶⁶ Loi n°27050 du 8 décembre 1998, promulguée le 31 décembre 1998.

¹⁴⁶⁷ C.-A. BEDOYA, « El derecho humano a la seguridad social en el Perú », *Informe Anual 2004. Derechos económicos sociales y culturales*, Lima, Aprodeh-Cedal, 2004, p. 101.

¹⁴⁶⁸ Une étude effectuée par l'ONU estimait qu'à la fin du XXème siècle le taux de travail informel en Amérique latine était difficile à évaluer mais on pouvait l'estimer autour de 40% en Argentine, Mexique, Brésil ou encore au Venezuela ; alors qu'il atteignait 8% aux États-Unis : A. PORTES et W. HALLER, « La economía informal », Santiago de Chile, CEPAL, 2004, p. 31.

¹⁴⁶⁹ « L'État reconnaît le droit universel et progressif de toute personne à la sécurité sociale, pour sa protection face aux contingences précisées par la loi y pour l'élévation de sa qualité de vie. », art. 10, Constitution Politique du Pérou de 1993, (traduction libre de l'espagnol).

juste illusoire. Ce droit progressif est intimement lié à un conditionnement budgétaire. Point qui a été fortement débattu par les constituants péruviens ayant pour conséquence que le principe de solidarité du système social soit remplacé par celui de subsidiarité en vertu de l'idée de responsabilité budgétaire.

782. Par ailleurs, cet article dit que la loi prévoit les conditions d'activation de cette protection sociale, laissant une ample marge discrétionnaire au législateur pour configurer l'action protectrice du système. Ça sera donc l'activité du législateur qui concrétisera ce droit. L'article 11 de la Constitution signalera au législateur la manière de mettre en place le principe de subsidiarité du système social : « à travers des entités publiques, privées ou mixtes »¹⁴⁷⁰.

783. Dans la période qui précédait la Constitution de 1993, l'Institut péruvien de sécurité sociale (IPSS) était chargé des prestations de santé et du paiement des retraites. Premièrement, en 1997 la loi n°26790 change le système de santé publique et le nomme ESSALUD. Celui-ci est accessible aux travailleurs (et à son noyau familial), aux retraités et dans certains cas aux personnes à faibles revenus¹⁴⁷¹. En aucun cas l'universalité du service de santé fut proclamée. Pour les individus qui ont des moyens économiques plus importants il est très commun de souscrire une « assurance » médicale privée. Or il s'agit d'un simple contrat qui ne représente pas un système alternatif de sécurité sociale, puisque ce dernier a une dimension solidaire que le contrat médical privé n'a pas¹⁴⁷². Deuxièmement, en 1992 le décret-loi n°25897 élimine le monopole étatique de gestion des retraites et crée le système privé d'administration des fonds de retraite, géré par les Administratrices privées de fonds de retraite (AFP¹⁴⁷³)¹⁴⁷⁴. Ce nouveau système rentre en concurrence avec l'entité étatique, qui ne disparaît pas. Or il est curieux d'observer que l'État encourage une concurrence favorable au système privé ; puisqu'en effet les assurés sont encouragés à permuter du système public classique vers les AFP grâce à un « bon de

¹⁴⁷⁰ Extrait de l'article 11, Constitution Politique du Pérou de 1993, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁴⁷¹ Voir l'art. 3, loi de modernisation de la sécurité sociale, n°26790, 14 mai 1997, ratifiée le 15 mai 1997.

¹⁴⁷² M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁷³ Dans la région andine, le processus de réforme de la sécurité sociale commence en 1981 au Chili où fut éliminé régime public de prestations prévisionnelles. Puis en 1990 la Colombie crée le système privé de retraites en parallèle au système public, mais elle permet de changer du système privé au public et vice-versa. Voir en ce sens C.-A. BEDOYA, « El derecho humano a la seguridad social en el Perú », op. cit., p. 96.

¹⁴⁷⁴ Décret-loi n°25897 du 27 novembre 1992, ratifié le 28 novembre 1992.

reconnaissance » mis à disposition par l'État¹⁴⁷⁵. Le contraire (permuter du public au privé) est interdit.

784. L'AFP n'est ni plus ni moins qu'un système de capitalisation individuelle, selon lequel chacun reçoit ce qu'il a apporté durant son activité économique. Trois critiques majeures se présentent ici. La première critique concerne l'incompatibilité éthique d'un système individuel qui exacerbe l'exclusion des uns par rapport aux autres et renforce l'individualisme, alors que l'État devrait encourager une société qui cherche sa cohésion en usant notamment du principe de solidarité¹⁴⁷⁶. La deuxième critique vient du fait que ce système de capitalisation individuelle est peu compatible avec la régulation actuelle du marché du travail qui est certainement flexible mais en dépit de la stabilité du travailleur. En conséquence, dans le meilleur des cas, les apports du travailleur ne sont jamais assurés continuellement. Dans le pire des cas, le sous-emploi et la tertiarisation des services empêche qu'un pan assez important de la population (notamment chez les travailleurs faiblement qualifiés) puisse apporter au fond¹⁴⁷⁷. En troisième lieu, et ce qui est plus grave, les fonds individuels sont soumis aux fluctuations du marché, ce qui se traduit parfois par des intérêts, mais il existe aussi un risque de perte du capital. De plus toutes les AFP facturent des commissions obligatoires pour la tenue du fond, qui d'emblée représentent une perte de capital pour le travailleur¹⁴⁷⁸.

785. Dans ces conditions, ce système qui porte le nom de sécurité sociale ne garantit aucune sécurité pour les péruviens. D'abord parce que dans le cas de l'assistance sociale, celle-ci est aléatoire car elle dépend de la capacité budgétaire de l'État et parce que les assurances sociales n'assurent une protection en matière de santé qu'aux travailleurs, ses ayants droit et aux retraités, tenant compte de façon exceptionnelle des pauvres (le droit à la couverture santé n'est pas universel). Enfin, parce que les régimes privés de retraite ne servent véritablement qu'aux salariés ayant un contrat de travail et qui ont la chance d'obtenir la stabilité de l'emploi et un taux d'intérêt favorable pour son fond individuel de retraite.

¹⁴⁷⁵ Voir l'article 9 du décret-loi n°25897.

¹⁴⁷⁶ A titre référentiel voir l'affaire du tribunal constitutionnel péruvien *Victor Augusto Morales Medina*, n°1776-2004-AA/TC, fondement n° 15 où est affirmé que « la sécurité sociale apparaît comme la garantie institutionnelle qui exprime par excellence la fonction sociale de l'État, et qui rend possible l'existence de ce droit » (traduction libre de l'espagnol).

¹⁴⁷⁷ C.-A. BEDOYA, « El derecho humano a la seguridad social en el Perú », *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 97.

786. Contrairement à ce qui a été fait au Pérou ou au Chili depuis les années quatre-vingt-dix, il est absurde penser à privatiser les entités qui opèrent en matière sociale (caisses de retraite, système d'éducation supérieure ou système de santé), car les objectifs du système social entrent en collision flagrante avec les logiques du marché. En effet le social, et son corollaire les droits sociaux, a pour objectif de gommer les inégalités et inclure ceux qui sont exclus ; tandis que le marché exclut ceux qui ne peuvent pas payer ce qui accroît les inégalités sociales¹⁴⁷⁹.

787. Vis-à-vis de la protection des droits du travailleur, l'article 22 de la Constitution dispose que le « travail est un devoir et un droit ». On parle d'un devoir pour responsabiliser la personne dans la recherche d'emploi ce qui exclut de croire que la mention de droit au travail opposable à l'État soit valable ici. L'article 24 al. 1^{er} prévoit que la rémunération du salarié soit « équitable et suffisante, qu'elle procure, pour lui et sa famille, le bien-être matérielle et spirituel » ; le même article dans son alinéa 3 explique que les « rémunérations minimales sont régulées par l'État avec la participation des organisations représentatives des travailleurs et des employeurs. » Bien que le droit au salaire équitable et suffisant soit proclamé, ce n'est qu'une déclaration de principes sans aucune effectivité réelle. En effet, le constituant refusa toute idée de réajustement des salaires en indexation avec le taux d'inflation. La justification pour ne pas constitutionnaliser le réajustement périodique des salaires (comme c'était le cas dans la Constitution précédente), vient de l'idée selon laquelle l'indexation des salaires avec l'inflation consolide l'inflation, voire l'encourage¹⁴⁸⁰. En outre, l'établissement du salaire minimal ne répond pas à ce qui est prévu par l'article 24 de la Constitution. Tout d'abord il n'est pas équitable et suffisant, mais encore il n'est pas défini avec la participation des partenaires sociaux.

788. Sur le premier point, il faut rappeler qu'en 2010 le salaire minimum était de 600 soles et après des réajustements, plus politiques que techniques, il a atteint les 850 soles en 2016

¹⁴⁷⁹ Voir en ce sens J.-L. MORENEO PEREZ, « El derecho a la seguridad social », J.-L. MORENEO PEREZ, C. MOLINA et M.-N. MORENO VIDA (coord.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1427 et s.

¹⁴⁸⁰ E. CHIRINOS SOTO et F. CHIRINOS SOTO, *Constitución de 1993. Lectura y Comentario, op. cit.*, pp. 57-58 ; Voir aussi, l'argumentaire utilisé pour la non-indexation des retraites avec le taux d'inflation: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamiento*, T. II, *op. cit.*, p. 678.

(soit 230 euros). En comparaison, le prix mensuel du panier familial (produits alimentaires basiques et de première nécessité) était de 303 soles par personne en 2016 et qu'une famille péruvienne est composée de 4,5 personnes en moyenne. Le résultat est assez préoccupant. D'autant plus qu'ici on expose uniquement des moyennes, ce qui ne reflète pas la situation de Lima (qui englobe dix millions d'habitants) où le prix du panier familial est plus onéreux. Au niveau national, un bon indicateur pour apprécier l'ineffectivité de cette disposition constitutionnelle est le taux de nécessités basiques insatisfaites, qui montre le nombre important de foyers sans eau potable, sans accès à l'éducation ou encore sans conditions de logement décentes¹⁴⁸¹. La pauvreté est alimentée par la situation de précarité des travailleurs car le prix de la force de travail est tellement bas qu'il ne satisfait pas des nécessités basiques du travailleur et de sa famille. Selon le constitutionnaliste M. Rubio Correa, si le travailleur ne parvient pas à subvenir à ces nécessités basiques, cela signifie qu'il gagne moins que ce que la Constitution a prévu¹⁴⁸². Cette observation apporte à croire que le salaire minimum au Pérou aurait vocation à être inconstitutionnel. Pour arriver à ce stade il faudrait convaincre le juge constitutionnel ; or au Pérou les salaires minimum ont une valeur qui, historiquement, n'a jamais couvert les nécessités basiques des travailleurs¹⁴⁸³, sans que le droit et les mécanismes de *justiciabilité* apportent des solutions.

789. Sur le second point, le montant des salaires minimum son régulés par l'État avec la participation des organisations représentatives des travailleurs et employeurs. Cela signifie que les autorités publiques doivent entendre les partenaires sociaux avant d'ajuster les salaires. Bien que certains pensent que cet avis doit être pris en compte comme dans le modèle de négociation social-démocrate allemand¹⁴⁸⁴, rien dans l'art. 24 de la Constitution n'assure que l'avis des partenaires sociaux engage l'État. Le Conseil National du Travail et de la Promotion de l'Emploi (CNTPE), siégeant au Ministère du travail, a pour mission de concrétiser la négociation collective et participe à la régulation des salaires minimum.

¹⁴⁸¹ Le taux de nécessités basiques insatisfaites est un indicateur quantitatif réalisé par l'État péruvien pour rendre compte des carences au niveau du logement (structure, électricité, branchement aux réseaux d'eau et d'assainissement), de la scolarisation des enfants, etc. Voir INEI, *Presentación* (Consulté le 20/01/15, <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0068/POB00001.htm>). En 2011, dans la région Lima et Callao environ 15% des foyers ne satisfaisaient pas toutes ses nécessités basiques, 35% dans le cas de la région Huancavelica et 63% dans le cas de la région Loreto. Voir INSTITUTO PERUANO DE ECONOMIA, *Necesidades básicas insatisfechas, ya satisfechas*, (Consulté le 05/04/16, <http://www.ipe.org.pe/content/necesidades-basicas-insatisfechas-ya-satisfechas>).

¹⁴⁸² M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

Cependant il est fréquent que le pouvoir Exécutif ne tienne pas compte de son avis, ou même qu'il réajuste les salaires sans convoquer le CNTPE.

790. Par ailleurs, la Constitution se calque avec les dispositions juridiques internationales en reconnaissant que la durée de travail hebdomadaire est de 48 heures (art. 25) ; que loi protège le travailleur contre le licenciement arbitraire (art. 27) ; et l'État reconnaît la liberté de syndication et le droit de grève (art. 28). Néanmoins, ici encore on observe un recul par rapport à la Constitution de 1979, par exemple dans le cas des « journées atypiques » (prévues par l'art. 25 du texte de 1993) le texte ne tient pas compte d'une compensation salariale plus élevée alors que la Constitution de 1979 l'exprimait expressément¹⁴⁸⁵.

791. Enfin dans le cas de la protection des personnes vulnérables, il faut signaler que cette Constitution a eu le soin de maintenir une spéciale protection de la personne en situation de handicap (notamment en matière de droit d'accès aux services de santé) ; à la mère isolée, aux enfants, adolescents et personnes du troisième âge en situation d'abandon. Il s'agit d'ailleurs un des rares cas où cette Constituant a maintenu les droits sociaux du texte de 1979¹⁴⁸⁶. En ce sens, l'article 4 de la Constitution dit : « [l]a communauté et l'État protègent spécialement l'enfant, l'adolescent, la mère et la personne âgée en état d'abandon ». Encore une fois, le rôle subsidiaire de l'État est flagrant en matière sociale, car c'est la communauté qui protège l'individu vulnérable conjointement avec l'État, voire avant l'État. Selon la lecture que M. Rubio Correa fait de cet article, la protection familiale prime, et ce n'est qu'en cas d'incapacité qu'intervient la protection de l'État¹⁴⁸⁷. En effet, lors du débat constituant portant sur le chapitre des droits sociaux et économiques, on observe un consensus pour lier ce thème à la famille et aux questions éthiques autour de celle-ci¹⁴⁸⁸. Finalement, selon E. Bernales Ballesteros, le mot « spécialement », a un poids important ici car il indique que la protection ne s'octroie pas exclusivement lorsque l'État vérifie la situation d'abandon, la protection est donc permanente pour ces personnes¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁵ Voir l'intervention du constituant H. Pease: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. II, *op. cit.*, p. 1200.

¹⁴⁸⁶ E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁴⁸⁷ M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, *op. cit.*, p. 36. Une partie de la doctrine pense même qu'à défaut de définition de la famille on peut comprendre qu'il s'agit d'une protection qui va au-delà des consanguins et des collatéraux, assimilant les nourrices ou les employés domestiques à cette obligation de protection : E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁴⁸⁸ Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, T. I, Lima, Diario de los debates, 2013, p. 613.

¹⁴⁸⁹ E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, *op. cit.*, p. 159.

Section 3. L'évolution du paradigme constitutionnel andin

792. Les Constitutions traduisent les paradigmes qui dominent la société. Longtemps ces paradigmes se sont construits depuis l'influence européenne (I). Cependant ces Constitutions sont le fruit d'un consensus entre plusieurs forces qui défendent des manières différentes de concevoir le monde et les relations entre les individus (II). En Amérique andine, où un grand pan de la société semble répondre à des conceptions non-occidentales du monde, des nouveaux processus consensuels émergent et se traduisent dans l'évolution constitutionnelle (III).

I- L'influence et la perte d'influence européenne en Amérique latine

793. Contrairement à une conception usuelle dans l'imaginaire collectif occidental, l'Amérique latine n'apparaît pas avec le processus d'indépendance. Auparavant il existait quatre cents ans d'histoire coloniale, précédés par deux-mille ans d'histoire précolombienne¹⁴⁹⁰. Ceci révèle deux choses : premièrement, que le temps occidental est certes plus récent mais plus court que le temps non-occidental ; deuxièmement, que beaucoup d'Hommes américains, non occidentalisés, vivent à l'ombre de la culture occidentale¹⁴⁹¹ et participent à la création ou recréation d'une culture hybride. La conséquence est que d'une part, le latino-américain doit assimiler l'esprit qui a rendu possible le monde moderne ou occidental mais, d'autre part, il doit conserver l'esprit de ses propres œuvres¹⁴⁹².

794. Ces considérations valent pour toutes les disciplines, aussi bien pour la sociologie, l'astronomie ou la médecine, mais aussi pour les sciences juridiques. Or le problème qui se pose particulièrement pour le droit c'est qu'il existe un courant conservateur très puissant au sein du positivisme juridique qui empêche de penser le droit en dehors de l'Occident. Selon le philosophe mexicain L. Zea, nombreux sont ceux qui nient l'existence d'une réalité américaine originelle et pensent, en conséquence, que tout ce qui ne vient pas d'Occident

¹⁴⁹⁰ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela libre de derecho, 1992, p. 3.

¹⁴⁹¹ L. ZEA, *L'Amérique Latine face à l'Histoire*, Paris, Lierre & Coudrier Éditeur, 1991, p. 23.

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 29.

se retrouve en dehors de la culture, de la science¹⁴⁹³, ce qui nie l'existence d'un droit précolonial. Cette forme de concevoir le monde, qui repose sur des arguments tautologiques, voire dogmatiques, rappelle la position du théologien Sepúlveda lors de la Controverse de Valladolid en 1551.

795. Sur la question de l'État constitutionnel qui intéresse ici : il s'agit d'une forme historique récente qui dépasse à peine les deux siècles d'évolution très accidentée¹⁴⁹⁴ tant pour la France que pour la région andine, et notamment pour le Pérou. Le constitutionnalisme est un phénomène global du droit, et en ce sens il n'est pas inhérent à un seul État, ce qui révèle l'existence de transferts et d'influences entre l'Europe et l'Amérique latine¹⁴⁹⁵. Le meilleur exemple de l'existence de cette dynamique est le fait que la Constitution espagnole de Cádiz (1812) fut appliquée sur les deux continents, et qu'en 1825 tous les États andins avaient eu au moins une Constitution¹⁴⁹⁶.

796. Plus tard, au vue des évolutions constitutionnelles en Amérique andine, il fut difficilement niable que les doctrines anglaise, étatsunienne et française avaient une influence importante dans la substance de ces textes. En ce sens le positivisme partait de la prémisse qui postule que pour être valable, le droit doit s'inspirer des ordres concrets générés par les institutions sociales naturelles et créées par l'Homme¹⁴⁹⁷. En suivant cette logique l'Amérique latine adopta le système libéral européen, calqué sur la pratique de l'État de droit libéral bourgeois¹⁴⁹⁸. Or il serait injuste penser que les transferts ont concerné seulement les droits issus du libéralisme économique, car l'idée d'interventionnisme étatique, de devoir social de l'État, de fonction sociale de la propriété furent aussi l'objet d'une influence européenne¹⁴⁹⁹.

797. Le fait que l'influence européenne ait dépassé le cadre strict du libéralisme se doit à la crise que les principes classiques de l'individualisme ont traversée en Europe à partir de la fin du XIX^{ème} siècle. Les profondes transformations sociales qui se sont suivies notamment

¹⁴⁹³ *Ibid.*, p. 27.

¹⁴⁹⁴ B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁹⁷ L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, 5^a éd., Bogotá, Editorial Temis, 1977, pp. 31-32.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, pp. 75-76; 332; 366-367.

en matière de droit du travail, d'abord en Allemagne et puis en France, eurent des répercussions en Amérique latine ; par exemple dans le cas des Constitutions du Brésil (1937 et 1946), du Nicaragua (1939), et de l'Équateur (1945)¹⁵⁰⁰. D'ailleurs la tendance du constitutionnalisme latino-américain de la première moitié du XX^{ème} siècle semblait être attentive aux droits sociaux et du travail (sauf dans le cas du Chili où ces préoccupations ont été traduites par la loi)¹⁵⁰¹.

798. Le cas de l'influence allemande sur les questions de type social est bien connu, cependant on connaît moins l'influence française. En effet, les conceptions sociales françaises retrouvent d'importantes similitudes en l'Amérique latine. Par exemple, l'idée de la révolution française de 1848 sur le droit au travail on la retrouve à l'article 60 de la Constitution cubaine de 1940, ou dans la « Déclaration des droits du travailleur » formulée par le Président argentin J. Perón le 24 février 1946¹⁵⁰². Sur le droit à l'existence la question du transfert français est plus explicite. On la retrouve dans le Préambule de la Constitution française de 1946¹⁵⁰³ mais aussi dans les Constitutions du Chili (1925), Colombie (1936), Bolivie (1938), Équateur (1945)¹⁵⁰⁴. Au regard des dates on pourrait dire c'est la France est en retard par rapport à l'Amérique latine. Mais c'est uniquement l'édiction d'un texte constitutionnel qui place la France en retard, car les réflexions doctrinales françaises en matière sociale ont précédé toutes les Constitutions latino-américaines précitées. En effet, c'est la doctrine solidariste et social-libérale durant la III^{ème} République française qui a réussi à dépasser l'idée d'une Constitution proclamant juste des libertés et l'égalité, pour celle d'une Constitution garantissant aux individus une protection matérielle face aux risques sociaux.

799. Pourtant, si le contenu idéologique du constitutionnalisme européen a apporté un cadre de valeurs nécessaire pour organiser les institutions et les sociétés des États latino-américains nouvellement indépendants, il n'a pas eu la capacité de s'adapter au contexte andin. En effet, ces théories, importées d'autres réalités, ont été développées pour des États-

¹⁵⁰⁰ M. TISSEMBAUM, *La reforma constitucional en Francia y los principios sociales*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1947, pp. 12-14.

¹⁵⁰¹ Se référer en ce sens aux développements de J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, pp. 479-485.

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁰³ L'article 10 du Préambule de la Constitution de 1946 retient la formule suivante : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

¹⁵⁰⁴ M. TISSEMBAUM, *La reforma constitucional en Francia y los principios sociales*, *op. cit.*, p. 25.

nations et non pour des États de type plurinational ; ont été développées pour un système économique industrialisé et non pour un système économique reposant sur l'extraction de matières premières ; ont été développées en distinguant la Nature de l'Homme et non en alliant l'Homme à la Nature. C'est certainement en raison de ces différences que le constitutionnalisme andin contemporain intègre des logiques locales dans les Constitutions les plus récentes, sans pour autant nier la valeur de la doctrine sociale occidentale. En somme cela répond au phénomène, plus ou moins important selon les États latino-américains, de perte des valeurs occidentales¹⁵⁰⁵.

II- Les nouveaux chemins d'évolution du paradigme constitutionnel

800. Du point de vue formel les Constitutions sont considérées comme une norme suprême alors que depuis le point de vue matériel elles disposent d'un contenu à la fois organique et *garantiste* des droits fondamentaux. Ceci signifie, comme l'évoque M. Aragón Reyes, que les Constitutions ont une double prétention originelle : limiter le pouvoir public pour l'empêcher d'envahir la sphère des libertés individuelles. En ce sens l'objectif ultime des Constitutions serait la défense de la liberté, ce qui par conséquent crée une confusion terminologique entre "constitutionalisme" et "libéralisme"¹⁵⁰⁶. Donc le fait que le constitutionnalisme réponde qu'à son acception libérale s'insère dans la philosophie publique dominante¹⁵⁰⁷.

801. Sur l'autre bord, les courants contraires à l'acception libérale du constitutionnalisme ont été relégués à la minorité, même s'ils occupent un espace (restreint) sur la scène politique et juridique¹⁵⁰⁸. Pourtant, les expériences constitutionnelles très récentes en Amérique andine (notamment en Bolivie et en Equateur) ont vu émerger des courants alternatifs au constitutionnalisme classique, brisant ainsi le paradigme constitutionnel libéral.

¹⁵⁰⁵ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *Coloquio Derecho Moral y Política*, Palermo, Universidad de Palermo, 2009, p. 5.

¹⁵⁰⁶ M. ARAGÓN REYES, « La constitución como paradigma », M. CARBONELL (éd.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, p. 21.

¹⁵⁰⁷ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁰⁸ M. ARAGÓN REYES, « La constitución como paradigma », *op. cit.*, p. 24.

802. En effet, comme l'évoque M. Aragón Reyes, pour exister en tant qu'outil juridique la Constitution doit comporter des garanties civiles et politiques ; or pour se légitimer auprès de la population et durer dans le temps, elle doit comporter aussi des garanties sociales¹⁵⁰⁹. Cet impératif de légitimation renforce alors l'idée selon laquelle les Constitutions ne peuvent pas demeurer immobiles et qu'elles doivent renouveler leur contenu. En quelque sorte c'est l'idée européenne de "Constitution vivante" qui prend force ici¹⁵¹⁰. Face à ce contexte, la question qui se pose est celle de savoir par quels chemins se renouvelle le contenu de la Constitution et donc par quels chemins évolue le paradigme constitutionnel. A ce sujet Aragón Reyes signale d'une part l'existence de nouvelles interprétations des dispositifs constitutionnels et, d'autre part, la parution de nouveaux consensus idéologiques qui se traduisent en réformes constitutionnelles. Alors que les premiers relèvent plus du travail interprétatif des juges, dans le second cas il s'agit de compromis doctrinaux et politiques.

803. On admet logiquement que l'évolution du constitutionnalisme a toujours été associée à la nécessité de mettre un terme à des situations négatives¹⁵¹¹. Mais la question se pose de savoir à quelles situations négatives viennent répondre les changements apportés par le constitutionnalisme latino-américain du XXIème siècle. À cet effet, si l'on prend en considération la situation critique liée des inégalités sociales¹⁵¹², particulièrement en Amérique latine, on peut alors déduire que la question sociale influence de façon déterminante la philosophie publique contemporaine, ce qui influence à son tour le développement constitutionnel latino-américain récent¹⁵¹³.

804. Il est certain que dans le passé un bon nombre de Constitutions n'ont pas su adapter adéquatement les institutions publiques aux nécessités de la société. Dans la région andine tel est le cas de la Constitution péruvienne de 1993, mais de façon comparée en Europe tel est le cas aussi de la Constitution française de 1958 (surtout lorsqu'on la contraste avec la Constitution de 1946). Dans le cas opposé, l'Équateur et la Bolivie font figure d'exception car un nouveau compromis est révélé par leurs textes constitutionnels. Celui-ci paraît être

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁵¹⁰ Se reporter ici à la théorie italienne du droit vivant chez G. Zagrebelsky.

¹⁵¹¹ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵¹² Voir notamment: ONU, *The World Economic and Social Survey 2014/2015. Learning from national policies supporting MDG implementation*, n°E.15.II.C.1, United Nations Publication, 2016, 220 p.

¹⁵¹³ R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *op. cit.*, p. 6.

en rupture, d'une part, avec les excès du libéralisme et, d'autre part, avec la philosophie publique occidentale. R. Gargarella est un des seuls constitutionnalistes qui s'est prononcé sur ces deux questions, sur le premier point il affirme que l'Équateur et la Bolivie ont opposé un refus aux traditions constitutionnelles individualistes et élitistes, sur le second point il évoque l'insertion d'une nouvelle philosophie inspirée des traditions andines¹⁵¹⁴.

III- Vers un chemin consensuel entre les logiques occidentale et andine ?

805. Si l'Équateur et la Bolivie ont su adapter leurs institutions aux besoins sociaux, il n'en demeure pas moins que ces Constitutions sont le fruit du consensus entre un substrat philosophique importé d'Occident (Europe occidentale et États Unis) et un substrat philosophique local. Bien que ces deux Constitutions soient en rupture apparente avec le paradigme dominant du constitutionnalisme, elles ne renoncent pas entièrement à l'importation des principes et institutions occidentales. Pour R. Gargarella le phénomène d'importation résulte inévitable¹⁵¹⁵. C'est pourquoi le nouveau constitutionnalisme latino-américain (ou dans ce cas andin) ne pourrait renoncer ni à son passé, ni à son présent, car ces deux temps sont liés aux transferts et aux influences externes. Ce qui signifie aussi qu'il ne serait pas logique de penser à un système contemporain andin qui soit délié de son passé récent (comme le passé colonial), ou de son passé lointain (riche des acquis des civilisations précolombiennes). Mais de façon plus large, dans un monde en phase de devenir cosmopolite, ces influences et transferts sont aussi importants que la revalorisation juridique des pratiques ancestrales andines.

806. Concernant l'aspect social, si on reconnaît que les premières vagues de réformisme constitutionnel adviennent durant le XXème siècle, poussées par les revendications des travailleurs inspirées en grande partie par une idéologie importée d'Europe; désormais il semblerait contreproductif de renoncer à ces acquis sociaux en raison d'un refus aux influences externes. C'est pourquoi, l'apport du substrat philosophique andin ne consiste pas à s'opposer aux droits sociaux inspirés d'idéologies importées, bien au contraire. Son apport consisterait à révéler les nouveaux chemins conceptuels qui renforcent la protection sociale des individus.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 9.

807. Par exemple, dans le cas où l'idéal social-solidariste s'essouffle parce que le libéralisme s'impose comme modèle de développement et que l'individu peine à trouver une justification à l'existence des droits sociaux, alors l'idéal andin proposerait d'observer par-delà la fiction du développement concurrentiel, pour se concentrer plutôt sur le progrès harmonieux des Hommes avec la Nature. Il ne s'agit donc plus de penser uniquement à l'égalité ou à la fraternité des Hommes entre eux ; mais il s'agit de penser au lien d'égalité ou de fraternité des Hommes avec leur environnement¹⁵¹⁶, ce qui implique intégrer deux pans de l'univers (Homme et Nature) qui constituent des forces en opposition mais complémentaires à la fois¹⁵¹⁷.

808. En conséquence les droits qui seraient octroyés à la Terre, aux arbres, à l'air rentreraient en collision avec la logique libérale de développement concurrentiel et capitaliste ; mais ces droits garantiraient le respect du contexte de vie de l'individu. Loin de l'idée qui soutient que l'exploitation capitaliste de la Nature encourage le développement de l'Homme ; la logique andine prône que la protection de la Nature a une incidence sur la protection du *bien-être* social de l'Homme. En effet, protéger la Nature reviendrait à protéger le droit à la santé, le droit au logement, mais aussi poserait la question de la répartition équitable des ressources. Répartition qui aurait un impact indéniable sur la mise en œuvre du droit à l'alimentation, mais surtout qui imposerait une réforme (si ce n'est plus) du contenu économique de la Constitution. En d'autres termes, tandis que la logique social-solidariste propose un projet de développement capitaliste assorti d'une régulation destinée

¹⁵¹⁶ Se reporter en ce sens aux points de cette thèse qui traitent du principe de *sumak kawsay* et de leur constitutionnalisation sous la forme de *buen vivir*.

¹⁵¹⁷ Il est fait allusion ici à la logique andine d'opposition complémentaire. Selon F. Montes Ruiz, il s'agit d'un système composé de deux opposés qui s'excluent mutuellement, de telle façon que l'actualisation de l'un suppose la potentialisation de l'autre. A partir de cette intégration contradictoire s'ouvre paradoxalement une troisième voie intermédiaire, où les forces opposées trouvent un équilibre tendu (le *tinku*) à mi-chemin entre l'actualité et la potentialité et à mi-chemin entre être et ne pas être. La condition d'existence du paradigme andin c'est donc l'unité entre les concepts, or la complémentarité, qui est la condition de cette unité, suppose l'opposition et l'asymétrie, ce qui implique la dualité. Aucun de ces facteurs ne peut exister indépendamment des autres, et le système dans son ensemble est inconcevable sans le concours de tous ces facteurs : F. MONTES RUIZ, *La Máscara de Piedra: Simbolismo y Personalidad Aymaras en la Historia*, La Paz, Editorial Armonía, 1999, p. 140-160 (sur certaines formules reprises textuellement ici on applique une traduction libre de l'espagnol). Par ailleurs, il faut être attentif à la différence qui existe ici avec la dialectique hégélienne où la synthèse n'est pas un équilibre entre opposés, mais un compromis où un des opposés domine l'autre.

au partage partiel des richesses ; la logique andine propose un projet fondé sur le progrès collectif, socialement équitable et respectueux de l'environnement¹⁵¹⁸.

809. Il est curieux d'observer que la logique andine ne s'impose dans aucune Constitution de la région. Comme il a déjà été évoqué, elle est prise en compte dans les Constitutions bolivienne et équatorienne, mais pas de manière exclusive car ces textes parviennent à un consensus avec les logiques juridiques traditionnelles occidentales. Ce sont même ces dernières qui semblent garder une prépondérance sur les logiques andines du *sumak kawsay*. On constatera qu'il existe des différences idéologiques substantielles entre les Constitutions vénézuélienne, colombienne ou péruvienne ; or elles se fondent toutes sur des logiques importées d'Europe et des États Unis, variant du socialisme (quelque peu adapté au contexte latino-américain), jusqu'au libéralisme économique mondialisé. En ce sens, il a été créé en Amérique andine (et probablement aussi en Amérique latine) une communauté qui n'est certainement pas occidentale du point de vue sociologique et anthropologique ; mais qui est occidentalisée par le droit et par les logiques juridiques prépondérantes dans la région.

810. Dans le cas du droit constitutionnel on assiste donc à un transfert de valeurs et principes entre l'Europe et l'Amérique latine, ce qui provoque la naissance d'une communauté juridique (et non sociologique) de valeurs communes. On pourrait même affirmer qu'il s'agit de pas importants pour établir un espace où il existerait un cosmopolitisme autour des valeurs constitutionnelles. Si l'on se place du point de vue andin on constate que cette dynamique de transferts est fondamentalement dans l'importation de ce qui se fait ailleurs. Trois raisons peuvent être explorées en ce sens: premièrement, parce qu'en Amérique andine il n'existe pas un important développement doctrinal autour d'idéologies ou d'une philosophie locale; deuxièmement, parce qu'il n'existe pas une adéquate transposition du patrimoine idéologique et philosophique andin dans le droit de ces États; troisièmement, parce que les substrats logiques andins ne sont pas positivés ; ce qui a pour conséquence qu'ils se présentent comme idées para-juridiques ou extra-juridiques face aux modèles juridiques d'Occident.

¹⁵¹⁸ On peut penser que ce projet andin fondé sur le *buen vivir* répond aux caractéristiques d'un bio-égalitarisme citoyen ou républicain. Voir en ce sens les réflexions de: A. HIDALGO-CAPITÁN et A.-P. CUBILLO-GUEVARA, « Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay », *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, n°48-2014, p. 27.

Conclusion du Chapitre 3

811. Malgré les évolutions du constitutionalisme social qui ont eu lieu dans certains États comme au Mexique (1917), en Allemagne (1919) ou même en Espagne (1932 et puis en 1978), le Pérou et la France ont hésité à construire un véritable système social à travers leur droit constitutionnel. Ces deux États ont pourtant connu, à plusieurs moments de leur histoire, des évènements qui ont encouragé la reconnaissance du social à travers des lois sociales. C'est le cas du Pérou qui proclame les premières lois latino-américaines de protection des travailleurs en 1911. C'est aussi le cas de la France qui proclame toute une série de lois sociales dès la fin du XIX^{ème} siècle. Par exemple la loi de 1893 sur l'hygiène et la sécurité dans les établissements industriels, ou la loi de 1919 établissant la journée de travail à huit heures.

812. Sur le plan constitutionnel on peut constater un fort intérêt des constituants français pour la question sociale dès 1793, puis en 1848 et en 1946, alors que les constitutions impériales, monarchiques et même la Constitution de la V^{ème} République ne sont pas vouées à la reconnaissance d'un quelconque droit social. Cela signifie donc que le processus d'évolution constitutionnelle du social est semé d'avancées mais aussi de reculs. Dans le cas du Pérou, la dynamique est semblable, bien que le constitutionnalisme social ne soit pas parvenu à se développer aussitôt qu'en France. Ainsi, la Constitution péruvienne de 1979 (qui reprend des acquis sociaux de la Constitution espagnole de 1978, qui elle-même s'inspire des évolutions constitutionnelles d'Allemagne) fut un exemple de constitution à fort contenu social dans la région. Remplacée en 1993 par une constitution radicalement plus libérale sur le plan économique, les influences se situent plutôt chez les doctrines du néolibéralisme développées notamment aux États-Unis et au Chili.

813. Malgré les différentes hésitations, la France a su construire, depuis la Troisième République, un cadre légal de protection de certains droits des travailleurs et d'assistance sociale autour d'un modèle qui allie l'État providence à l'économie de marché. Ce modèle accentue les garanties sociales dès la fin de la Seconde guerre mondiale en reconnaissant notamment un système universel de sécurité sociale ou encore le revenu minimum d'insertion (RMI). Sur ce point le cas du Pérou est différent. En effet la plupart des avancées sociales ne sont pas issues des régimes républicains mais de gouvernements *de facto*. Par

ailleurs, il est difficile de croire à un modèle social alors que les appuis constitutionnels des quelques lois sociales sont quasi inexistantes. Mais encore, les quelques droits sociaux qui existent ne sont que précairement garantis par un cadre normatif qui est bien souvent infra-légal qui peut changer selon la volonté du gouvernant. A cela s'ajoute le fait que, depuis les années quatre-vingt-dix, les différents pans qui constituent habituellement le social ne reposent pas sur une conception de financement par l'effort collectif, mais plutôt sur une conception individualiste. Par exemple, le système de retraite ne se finance pas avec le fruit de l'effort collectif de la population économiquement active, mais plutôt à travers un mécanisme d'épargne individuel.

814. Il faut constater que très récemment en Amérique du Sud s'est développé, avec beaucoup de dynamisme, un droit constitutionnel qui reprend des éléments issus de la pensée andine. Ainsi, sont pris en compte le principe de réciprocité ou encore le respect de l'environnement. La particularité consiste sur le fait que ce nouveau droit constitutionnel latino-américain se fonde sur des réflexions qui précèdent l'influence occidentale. On pourrait dire que cela révèle l'émergence d'un paradigme constitutionnel andin qui cherche à s'imposer.

Conclusion du Titre 1^{er}

815. Les acquis libéraux issus de la révolution française ont influencé l'Europe mais aussi l'Amérique latine. En effet, les républiques andines se sont construites à la lumière des idées de liberté et d'égalité en droits. C'est à ce moment de l'histoire que la France a le plus d'influence sur le droit des États andins.

816. La question sociale n'est pas une préoccupation essentielle en Europe jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle, même si des réflexions ont pu se développer bien avant le XIX^{ème} siècle. En Amérique andine les premières Constitutions (au XIX^{ème} siècle) ne refléteront pas un intérêt pour le social non plus. On peut cependant trouver les prémises d'un constitutionnalisme social dans la Constitution française de 1793 et surtout dans celle de 1848. Pourtant, ces expériences furent éphémères et leur portée demeure limitée à cause des échecs politiques qui caractérisent les périodes où ces Constitutions étaient en vigueur. En ce sens, il est impossible de parler de constitutionnalisme social dans le cas français avant la IV^{ème} République, qui subit certainement un échec politique assez rapide, mais qui fut reconnue comme un maillon nécessaire pour reconnaître une valeur constitutionnelle aux droits sociaux qui étaient absents du corps de la Constitution de la V^{ème} République. De son côté, le Pérou est loin des soixante-dix ans de constitutionnalisme social dont dispose la France. En réalité il n'y aura jamais de véritable constitutionnalisme social au Pérou, hormis la brève expérience de la Constitution de 1979 qui eut une vie d'à peine treize ans, avant un tournant constitutionnel radicalement opposé aux droits sociaux.

817. Au-delà de la France et du Pérou, on constate qu'il existe un développement plus dynamique du constitutionnalisme social dans des États qui se situent en périphérie de nos deux exemples. Quand bien même la France et le Pérou s'inspireront des progrès d'autres États (et seront même à l'avant-garde à certains moments de l'histoire), ils ne parviendront pas à devenir le moteur de création d'un modèle constitutionnel de droits sociaux. En effet, la tentative de constitutionnaliser le social échoue au Pérou dans les années 1990. D'une part parce que la doctrine locale ne dispose pas d'outils pour soutenir le modèle importé d'Europe, et d'autre part à cause du contexte politique qui délégitime les idéologies sociales (chute du mur de Berlin, guérilla marxiste du « sentier lumineux ») et à cause du contexte

socio-économique adverse (crises économiques et hyperinflation) qui rend impossible le financement et donc la mise en place effective des droits sociaux.

818. Le processus de constitutionnalisation du social s'estompe aussi en France, bien avant qu'au Pérou. L'échec de l'expérience sociale de 1848 sera suivi par une longue période où on alterne entre négation des idées sociales et un renforcement innovant de la doctrine social-solidariste. Ces idées, conjuguées avec des influences externes, notamment d'Allemagne, aboutissent dans la formation d'un cadre légal de plus en plus *garantiste* au niveau du droit des travailleurs et des pauvres. Il faudra attendre 1946 pour assister au retour d'un nouveau type de constitutionnalisme social en France. D'un côté on descelle une volonté des constituants de vouloir reconnaître des principes particulièrement *nécessaires* au temps de la post-guerre, comme la solidarité ou des garanties de protection matérielle minimale. Mais d'un autre côté, les tournures de cette reconnaissance sont ambiguës ce qui par conséquent remet en question la force juridique des droits sociaux constitutionnalisés.

819. C'est plutôt l'Allemagne qui va se comporter en moteur du courant le plus important du « droit social constitutionnel », influant d'autres États, comme l'Espagne ou la Colombie, qui à leur tour vont irradier leurs acquis sur les États de la région andine. C'est de cette manière que les droits des travailleurs se constitutionnalisent, ce qui constitue le socle de l'évolution des droits sociaux dans les Constitutions du XX^{ème} siècle. De manière collatérale vont se développer d'autres principes comme la fonction sociale du droit de propriété, là oui d'influence française ; ou encore le système d'assistance ou *beveridgien* d'influence anglaise mais trouvant aussi une source importante dans les débats de 1793 en France.

820. Cette dynamique où tout ce qui concerne le social est issu des conceptions et de l'histoire de l'Europe, va s'estomper dès le début du XXI^{ème} siècle par des nouvelles Constitutions andines (en Équateur et en Bolivie) qui tout en gardant un pan libéral du point de vue juridico-politique, oppose un refus aux traditions individualistes sur le plan économique. Or ce refus évoque l'insertion d'une nouvelle conception logique qui ne mobilise pas le patrimoine idéologique européen, mais plutôt des principes précoloniaux issus de la tradition andine.

Titre 2. Le parachèvement et la protection des droits sociaux : une construction en devenir

821. Le droit n'existe pas uniquement parce que la règle de droit a été créée, le droit existe surtout lorsque la règle de droit est effective et que l'individu peut s'en prévaloir. En matière de droits sociaux, surgit alors un problème car les conquêtes sociales se traduisent souvent par des normes qui parfois semblent être ineffectives ou qui sont incomplètes car elles ne couvrent pas tous les besoins sociaux.

822. En ce sens, lorsque les droits sociaux ont été rendus positifs, une manière de les mettre en œuvre consiste à encourager les systèmes de *justiciabilité*. Il sera donc important que dans un premier temps on apprécie l'efficacité en matière de résultats de ces systèmes de *justiciabilité* aussi bien en France, au Pérou, et au niveau supranational en Europe et en Amérique (Chapitre 1^{er}). Or, nous verrons dans un second temps que lorsque le droit n'est pas parvenu à tenir compte de certains besoins sociaux, ou lorsque le droit s'avère ineffectif, c'est souvent le privé qui a pris le relais de l'État afin de pallier son incapacité en matière sociale (Chapitre 2).

823. Dans le premier cas, si ce sont les institutions publiques qui garantissent les droits sociaux, alors on parlera de protection « par en haut » ; mais si ce sont les personnes privées (individus, associations, voire les entreprises) qui créent des mécanismes pour résoudre des besoins sociaux insatisfaits, alors on pourrait parler d'une protection « par en bas ».

CHAPITRE 1

Protéger les droits sociaux par le juge : les difficultés de la protection « par le haut »

824. Protéger les droits sociaux « par le haut », signifie que cette protection est exercée par l'autorité publique. Dans ce cas, les individus ou justiciables ne participent que très peu à la mise en place de la protection des droits sociaux, hormis le moment où ils forment le recours. Il s'agit donc d'un engagement des institutions nationales, voire supranationales, envers les droits sociaux, qui se manifeste par la mise en place de normes, mais surtout par un rôle accru des juges en matière de *justiciabilité* des droits sociaux.

825. La *justiciabilité* peut se définir comme ce qui est propre à être examiné par le juge¹⁵¹⁹. Dans la doctrine nord-américaine, le sens varie un peu et s'entend comme la possibilité du juge d'outrepasser les limites de sa compétence en rendant une décision sur un sujet politique, économique ou social¹⁵²⁰. Bien entendu cela pose la question de savoir s'il existe une collision avec le principe de séparation des pouvoirs ou si finalement le juge ne fait qu'accomplir son rôle de protection des droits fondamentaux de l'individu. Si on la conjugue avec les droits sociaux, la *justiciabilité* signifie, selon C. Courtis, que les victimes de violations des droits sociaux ont la possibilité de se présenter face à un organe impartial et indépendant afin d'exiger une réparation adéquate¹⁵²¹. C'est sûrement pour cette raison que C. Nivard pense que la *justiciabilité* « désigne tant la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge que la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître¹⁵²² ».

826. En Amérique andine et en Europe, au Pérou et en France, il existe une multiplicité de jurisprudences, à partir desquelles on peut induire une plus ou moins forte *justiciabilité* des droits sociaux. Cependant, ces aspects ont déjà été traités de façon récente et très exhaustive¹⁵²³, ce qui conduit à nous restreindre à l'étude de ce qui est exclusivement

¹⁵¹⁹ C. ATTIAS, « Justiciabilité », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 789.

¹⁵²⁰ G. TEMBLAY, *La théorie de la "justiciabilité" et la doctrine des questions politiques : les balises du pouvoir judiciaire*, Montréal, UMI Dissertations services, 2000, p. 52.

¹⁵²¹ C. COURTIS (dir.) et COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales*, Genève, Comisión Internacional de Juristas, 2009, p. 1.

¹⁵²² C. NIVARD, « La 'justiciabilité' des droits sociaux fondamentaux. Études de droit conventionnel européen ». Thèse de doctorat en droit public, Université Montpellier I, 2009, p. 36.

¹⁵²³ D. ROMAN (dir.) CREDOF, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, CREDOF, Mission de recherche Droit et justice France, 2010, p. 459 ; V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 247 ; C. COURTIS (dir.) et COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit.,

pertinent pour notre étude. En vue de son incidence sur le système normatif et institutionnel, on se concentrera donc sur le sommet de la hiérarchie des normes. Tout d'abord on observera le cas de la protection constitutionnelle des droits sociaux au Pérou (Section 1), puis on élaborera un bref état des lieux comparatif du cas colombien et interaméricain (Section 2). Ensuite, on verra le cas de la protection constitutionnelle des droits sociaux en France (Section 3), pour enfin faire un bref état des lieux de la protection supranationale des droits sociaux en Europe (Section 4).

Section 1) La protection des droits sociaux par le Tribunal constitutionnel péruvien

827. La protection des droits sociaux au Pérou ne repose pas exclusivement sur le juge constitutionnel, qui est cependant celui qui a su développer ou importer le mieux certains critères rendant possible la protection des droits sociaux. Ceci ne signifie pas pour autant que ces droits soient bien garantis. En ce sens on verra tout d'abord les difficultés de principe qui pèsent sur le système de *justiciabilité* des droits sociaux au Pérou (I). Ensuite à travers un bref état des recours en matière de droit du travail (II), droit à la santé (III), droit à l'éducation (IV) et la question du logement (V), on observera que les protections sont inégales entre ces différents droits.

I. Une difficile voie de recours pour faire valoir des droits sociaux

828. Au Pérou, la justice constitutionnelle n'as pas été très active en matière de protection des droits sociaux fondamentalement à cause de trois facteurs signalés par H. Campos Bernal. Tout d'abord, le cadre constitutionnel rend difficile la défense de ces droits ; il n'existe pas un consensus doctrinal autour de leur exigibilité ; il existe une tradition conservatrice de la part des juges lorsqu'il s'agit d'interpeller le gouvernement¹⁵²⁴. Pourtant, le Tribunal constitutionnel péruvien est passé par plusieurs étapes depuis son entrée en fonction en 1996. Une étape de soumission au régime autoritaire (1996-2000) ; une étape de transition après la chute du régime (2000-2002) ; une étape très active, progressiste mais prudente coïncidant avec un rebond économique (2003-2007) ; enfin une étape

p. 138; C. NIVARD, « La 'justiciabilité' des droits sociaux fondamentaux. Etudes de droit conventionnel européen », *op. cit.*, 525 p.

¹⁵²⁴ H. CAMPOS BERNAL, « ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? », *Cuadernos de trabajo del CICAJ*, n° 4, Lima, PUCP, 2013, p. 20.

conservatrice qui dure jusqu'à aujourd'hui et qui se caractérise par le faible nombre d'arrêts rendus en matière sociale et par l'idée selon laquelle les droits sociaux seraient des droits de seconde génération¹⁵²⁵.

829. Au niveau processuel, au Pérou l'atteinte aux droits sociaux peut faire l'objet d'un recours d'*amparo* qui doit être formé devant le juge de première instance ou la cour supérieure d'appel. Dans ce cas le Tribunal constitutionnel est saisi de la demande sur laquelle il se prononce de façon définitive. Le recours est ouvert à toute personne qui s'estime lésée dans ses droits constitutionnels (autres que les libertés individuelles qui font l'objet de procédures différentes), par un acte ou une omission de toute autorité publique, fonctionnaire ou personne¹⁵²⁶. Par-delà les procédures constitutionnelles d'autres recours sont aussi possibles, comme par exemple la procédure spéciale du droit du travail prévue par la *Ley Procesal del trabajo* n° 26636¹⁵²⁷. Quoiqu'il en soit la protection conférée par les juges (constitutionnels ou non) se trouve réduite premièrement à cause d'une conception restreinte de l'exigibilité des droits sociaux, deuxièmement à cause de l'absence ou de l'ambiguïté de textes qui octroient compétence aux juges.

830. En 2003 le juge constitutionnel a dû se prononcer sur l'exigibilité des droits sociaux. À cette occasion, le Tribunal a précisé que la Constitution de 1993 définit l'État péruvien comme un État démocratique de droit social, régi, d'une part, par l'existence de conditions matérielles minimales pour atteindre ses objectifs (sans dire pour autant quels sont ces objectifs) ; et d'autre part, par l'identification de l'État avec des finalités sociales¹⁵²⁸. Ces conditions matérielles minimales font allusion à la notion de « minimum vital »¹⁵²⁹ sur le fondement de laquelle l'égalité d'opportunités serait protégée sur tous les niveaux sociaux.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 20-22.

¹⁵²⁶ Voir l'article 200 al. 2 de la Constitution péruvienne.

¹⁵²⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », D. ROMAN (dir.) *Droits de pauvres, pauvres droits?, Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Nanterre, 2010, p. 119.

¹⁵²⁸ Sentence du Tribunal Constitucional, Affaire n° 008-2003-AI/TC, fondement juridique n° 12.

¹⁵²⁹ Le minimum se distingue de ce qui est esthétique et superflu. Ainsi, l'alimentation en quantité et qualité suffisantes à l'existence dans des conditions dignes de santé et l'éducation de qualité permettant l'épanouissement de l'esprit humain constituent des éléments minimaux parmi les droits sociaux. Or s'il s'avère facile de définir le noyau de ce qui serait minimal ou superflu, il est d'avantage plus compliqué de déterminer les limites entre les deux. Ce qui en d'autres termes, rend compliqué le fait de savoir à partir de quand une action ou fait devient esthétique. En tout état de cause, s'il existe débat sur le fait de savoir qui doit garantir le minimum indispensable nécessaire à la survie de l'individu, il est communément admis que la responsabilité sur ce qui dépasse le cadre du minimum indispensable relève de la liberté de chacun. D. RAPHAEL, *Problemas de Filosofía Política*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, 216 p.

Simultanément, l'existence de « conditions matérielles minimales » suppose l'élimination des situations attentatoires à la dignité de la personne humaine¹⁵³⁰.

831. Pour cette raison, selon le Tribunal constitutionnel péruvien, l'obtention de ces conditions minimales d'existence doit fonder l'intervention conjointe de l'État et de la société. C'est sur ce point que l'exigibilité des droits économiques et sociaux acquiert un caractère impératif, en ce sens que ces droits représentent les finalités sociales de l'État à travers lesquels l'individu peut obtenir sa pleine autodétermination et réalisation. Or le Tribunal énonce que lorsqu'on parle d'exigibilité¹⁵³¹, on se réfère au droit de demander que l'État adopte les mesures adéquates pour l'atteindre les objectifs sociaux qu'il s'est fixé. Parce que les droits sociaux ne sont pas exécutoires par eux-mêmes, compte tenu que le support budgétaire est nécessaire pour leur exécution¹⁵³².

832. Selon J. Witker, cela ne voudrait pas dire que l'on soit face à des normes programmatiques d'efficacité approximative (c'est par cette formule que nous pouvons différencier des droits civils et politiques d'efficacité immédiate), car justement leur satisfaction minimale représente une garantie indispensable pour la jouissance des droits civils et politiques¹⁵³³. Ce qui signifie que sans le droit à la santé, à l'éducation et à la vie digne en général, on ne pourrait pas parler de liberté et d'égalité sociale. Cela requiert que

¹⁵³⁰ C. LANDA ARROYO, «La dignidad humana valor fundamental de la Unión Europea», A. LUCARELLI et A. PATRONI GRIFFI (éd.), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Naples, Edizione Scientifiche Italiane, 2003, pp. 74 et ss.; C. LANDA ARROYO, « Dignidad de la persona humana. Cuestiones Constitucionales », *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n°7/2012, pp. 110 et ss.

¹⁵³¹ Littéralement traduit le Tribunal parle d'exigence, or le sens qui correspond le mieux en français est celui d'exigibilité.

¹⁵³² Sentence du Tribunal constitutionnel du 20 avril 2004, *Azanca Alhelí Meza García*, affaire n° 2945-2003-AA/TC, fondements juridiques n°8 y ss. En 2002 une personne interpose une demande d'*amparo* à l'encontre de l'État péruvien afin d'être soigné intégralement dans sa condition de patient atteint du VIH/SIDA. Les soins demandés comportaient des médicaments nécessaires au traitement de sa maladie, la réalisation d'exams périodiques et des analyses viraux. L'avocat de l'État invoque une erreur de procédure en soulevant qu'il y avait absence d'atteinte ou de menace d'atteinte concrète sur un droit du demandeur ; de plus il signala que, si les droits consacrés à l'article 1^{er} section 1, et à l'article 2 de la Constitution (relatifs au respect de la dignité de la personne, la vie et l'intégrité physique) constituent des droits fondamentaux dont le respect est obligatoire, ceci n'implique pas que l'État soit obligé de prêter des soins ni d'octroyer des médicaments de façon gratuite au demandeur ni à une autre personne. De son côté, le juge constitutionnel accueille l'*amparo* et précise que les droits sociaux en représentent pas des prestations spécifiques, car ils dépendent de la disponibilité des moyens avec lesquels compte l'État, ceci en justifie pas l'inaction de l'État, car cela équivaudrait à une omission inconstitutionnelle.

¹⁵³³ J. WITKER, « Derechos económicos y sociales en el área de libre comercio de las Américas », P. KURCZYN VILLALOBOS et C. PUIG HERNÁNDEZ (coord.), *Estudios jurídicos en honor al doctor Néstor de Buen Lozano*, Mexico, UNAM, 2003, p. 825.

le législateur et l'administration de justice les reconnaissent et les protègent de façon conjointe et interdépendante.

833. Il en résulte que l'effectivité des droits sociaux ne pourrait pas se réaliser sans un rôle actif de l'État. Cela requiert une autorité vouée au social par le biais de services publics ; mais cela requiert aussi un effort de la société par sa contribution aux impôts. En effet, les politiques sociales ont besoin d'un budget, mais selon la onzième disposition finale et transitoire de la Constitution péruvienne de 1993, toutes les nouvelles dispositions constitutionnelles qui augmentent les dépenses publiques doivent s'appliquer sous couvert d'un critère de progressivité. Cela voudrait dire que les droits sociaux ne pourraient pas être universels de manière immédiate, mais que l'universalité devrait s'atteindre progressivement. De ce fait, les droits sociaux sont assimilés à des coûts économiques, ce qui revient à les considérer comme des créances que le bénéficiaire fait valoir contre l'État. Dans ce contexte, il est difficile qu'au Pérou les droits sociaux puissent être d'application directe¹⁵³⁴. Pour que cela se produise il faudrait soit renoncer à l'idée que tout droit social est un droit à des conséquences financières puisque tous les droits (même les civils et politiques) représentent des coûts pour l'État ; soit dépasser les incertitudes imposées par le critère de progressivité, en éliminant le conditionnement de progressivité pour créer des nouveaux droits sociaux.

834. Ce constat, assez négatif révèle qu'on se trouve face à une impasse, car les droits sociaux devraient constituer de vraies garanties du citoyen, or leur élan effectif semble s'amoinrir à cause de la Constitution elle-même. Le Tribunal constitutionnel péruvien a bien compris cette situation et semble revaloriser l'efficacité juridique des normes constitutionnelles. Selon B. Gonzáles Moreno, le Tribunal sait que les droits économiques et sociaux impliquent un dépassement de la conception « programmatique », ce qui implique un renforcement des obligations de l'État, notamment par l'imposition d'objectifs concrets qui garantissent les droits sociaux¹⁵³⁵.

835. Cette nouvelle perspective juridique des droits sociaux permet de reconnaître de nouveaux contenus essentiels au droit, ce qui à la fois permettrait d'invoquer des principes

¹⁵³⁴ Voir en ce sens la Sentence du Tribunal constitutionnel n° 0014-2007-PI/TC.

¹⁵³⁵ B. GONZALES MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p. 153.

comme celui de solidarité ou de dignité de la personne¹⁵³⁶, qui justifient l'État de droit social péruvien. En ce sens, en 2003, le Tribunal constitutionnel péruvien a affirmé que les droits sociaux ne peuvent pas être cantonnés au lien de responsabilité politique entre Constituant et Législateur, d'une part parce que ce lien n'existe pas, d'autre part parce que cela serait une distorsion de la Constitution qui se fonde sur la dignité, en tant que principe directeur¹⁵³⁷. Pour raisonner ainsi, le juge péruvien s'inspire expressément de la doctrine du Professeur colombien F. Morón Díaz¹⁵³⁸. Mais, ce raisonnement ne permet pas pour autant de conclure à un succès de l'exigibilité de tout droit social, car la Constitution péruvienne limite le social sur trois points : premièrement, elle sépare la catégorie des droits civils et politiques de la catégorie des droits sociaux tout en excluant ces derniers du chapitre des droits fondamentaux ; deuxièmement, elle soumet la sécurité sociale au principe de progressivité (art. 10) ; troisièmement, elle soumet tout droit-créance au principe de disponibilité budgétaire (11^{ème} disposition finale et transitoire). Tout ceci raccourcit la marge de manœuvre du juge constitutionnel qui doit se résoudre à dire que l'exigibilité d'un droit social dépend de facteurs tels que le caractère grave ou raisonnable de l'affaire, son lien de connexité avec d'autres droits et la disponibilité budgétaire de l'État¹⁵³⁹.

836. Finalement, il faut souligner que, parmi les juges péruviens, certains ont compris que les droits sociaux constituent le meilleur appui des droits-libertés en vertu de l'indivisibilité des droits de l'Homme. Ces juges utilisent une stratégie qui consiste à s'appuyer sur la violation de normes juridiques qui bénéficient traditionnellement d'un meilleur accueil juridictionnel, au lieu de s'appuyer directement sur les droits sociaux¹⁵⁴⁰. Ainsi, l'obligation de respect des droits sociaux peut être invoquée en mettant en évidence qu'à défaut, et par connexité, ce sont d'autres droits et libertés dits individuels qui sont violés¹⁵⁴¹. C'est ainsi que le Tribunal Constitutionnel péruvien a admis que « sans éducation, santé et qualité de

¹⁵³⁶ Le Tribunal constitutionnel a signalé que la dignité de la personne constitue la base de l'État social. Voir Affaire n° 2016-2004-AA/TC, 5 octobre 2004, 51, fondement juridique n°16.

¹⁵³⁷ Sentence du Tribunal constitutionnel du 20 avril 2004, *Azanca Alhelí Meza García*, affaire n° 2945-2003-AA/TC, fondements juridiques n°18-19.

¹⁵³⁸ F. MORÓN DÍAZ, «La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social», *Anuario de Derecho Constitucional*, 2000, p. 668.

¹⁵³⁹ Sentence du Tribunal constitutionnel du 20 avril 2004, *Azanca Alhelí Meza García*, affaire n° 2945-2003-AA/TC, fondements juridiques n°32-33

¹⁵⁴⁰ Se reporter à V. ABRAMOVICH et C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Buenos Aires, Trotta, 2001, pp. 92-97.

¹⁵⁴¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS et Carlos GONZÁLEZ-PALACIOS, « À propos de Victor Abramovich et Christian Courtis, Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles », *Raison Publique*, (Consulté le 19 de novembre 2012, <http://www.raison-publique.fr/article512.html>.)

vie digne », c'est principalement la liberté qui est bafouée¹⁵⁴². Ils n'ont pas tort, compte tenu de la connexité qui existe entre générations des droits de l'Homme, mais il serait d'avantage plus juste d'insister directement sur l'atteinte aux droits sociaux.

II. La protection du droit du travail par le Tribunal constitutionnel péruvien

837. En matière de droit du travail, le Tribunal constitutionnel péruvien a pu protéger certaines garanties essentielles du travailleur, notamment en matière de rétribution pécuniaire : droit à la rémunération¹⁵⁴³, droit à l'égalité des rémunérations¹⁵⁴⁴, critères de respect de la pension de retraite, invalidité, veuvage¹⁵⁴⁵. Cependant, il y a peu d'éléments novateurs dans ces affaires, car le Tribunal n'a fait que réaffirmer ce que dit la loi, au soutien de la Constitution.

838. Vraisemblablement, le critère le plus important dévoilé par ce Tribunal a été la reconnaissance explicite que le travailleur en tant que personne peut opposer ses droits fondamentaux au sein de l'entreprise et au-delà de la relation contractuelle. Il s'agit de donner force à la théorie selon laquelle le « droit du travail non-spécifique¹⁵⁴⁶ » doit s'appliquer dans la relation de travail. C'est-à-dire que ce n'est pas parce qu'un droit n'a pas été créé spécifiquement pour le travailleur, que ce dernier ne peut pas l'exercer.

839. En accord avec le principe d'efficacité horizontale admis par le Tribunal constitutionnel péruvien, ce dernier effectue une analyse qui lui permet de garantir une protection contre les particuliers afin de rendre effectifs les droits fondamentaux. En ce sens il conclut que : « [...] ne sont pas exclus les problèmes en matière de droits constitutionnels

¹⁵⁴² Sentence du Tribunal constitutionnel, *José Correa Condori c. Ministerio de Salud*, n° 2016-2004-AA/TC, fondement juridique n° 10 et 27.

¹⁵⁴³ Sentence du Tribunal constitutionnel du 18 août 2012, *Donato Sancho Canasa*, affaire n° 01205-2012-AA/TC, fondements juridiques n°5 et ss.

¹⁵⁴⁴ Sentence du Tribunal constitutionnel du 18 octobre 2007, *Sindicato nacional de trabajadores de SUNAT*, affaire n° 04922-2007-PA/TC, fondement juridique n°6.

¹⁵⁴⁵ Sentence du Tribunal constitutionnel du 26 septembre 2013, *Francisca Castillo de Ipanaqué*, affaire n° 00013-2013-PA/TC.

¹⁵⁴⁶ Le « droit du travail spécifique » se distingue du « droit du travail non-spécifique » dans le sens où le premier fait allusion aux droits qui s'appliquent ou s'exercent exclusivement dans le cadre du travail. Alors que le second désigne d'autres droits constitutionnels de caractère général, qui ne font pas spécifiquement partie du droit du travail mais qui pourraient s'appliquer au travailleur (ou à l'entrepreneur). Ainsi, ces derniers acquièrent une dimension de droit du travail juste par imprégnation du contexte du travail dans lequel ils sont invoqués. M. PALOMEQUE LOPEZ et C. ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, pp. 147-148.

qui pourraient dériver des relations entre employeurs et travailleurs assujettis au régime de l'activité privée. Les droits fondamentaux, comme éléments objectifs de l'ordre constitutionnel, doivent être protégés indépendamment du secteur ou de la partie [...] dans laquelle pourraient se présenter les atteintes ou menaces de violation des droits¹⁵⁴⁷».

840. En ce sens, l'apport de la jurisprudence constitutionnelle en matière de protection des droits fondamentaux du travailleur est assez clair, car il s'agit d'élargir les garanties du droit du travail en tenant compte des droits protégés par la Constitution. Ce critère d'interprétation constitutionnelle s'oppose donc à toutes les positions qui prétendent subordonner les droits fondamentaux au contrat de travail ou aux nécessités économiques ou entrepreneuriales¹⁵⁴⁸. Par exemple, en matière de protection contre le licenciement arbitraire, la sentence constitutionnelle du 11 juillet 2002 a provoqué des réactions assez diverses de la part de la doctrine¹⁵⁴⁹. En effet, le Syndicat unique des travailleurs de *Telefónica* avait formulé une action d'*amparo* contre un licenciement non motivé que l'entreprise *Telefónica* avait effectué à l'encontre de travailleurs syndiqués sous couvert de l'article 34 §2 du Texte Unique Ordonné de la loi de productivité et compétitivité du travail qui permet le licenciement sans cause¹⁵⁵⁰.

841. L'affaire touchait au contenu essentiel du droit du travail, raison pour laquelle elle présentait un intérêt fondamental. Lorsque le juge constitutionnel ordonne la réintégration des travailleurs licenciés il avance deux arguments : d'une part, il soutient que l'État doit adopter une politique d'emploi « orientée de manière à ce que la population puisse accéder à un travail¹⁵⁵¹ ». Or la formule est générale et programmatique ce qui signifie que le développement de cette politique doit être progressif et selon les possibilités de l'État.

¹⁵⁴⁷ Sentence du Tribunal constitutionnel du 13 de mars 2003, affaire n° 976-2001-AA/TC, fondement juridique n°9. La formulation du texte original en espagnol est tout aussi complexe que sa traduction en français: « *no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que /as lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar* ».

¹⁵⁴⁸ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2007, p. 122.

¹⁵⁴⁹ A titre référentiel on peut noter que dans la revue péruvienne *Diálogo con la jurisprudencia*, la doctrine a élaboré sept articles sur la question, notamment l'apport de J. NEVES MUJICA, «La sentencia del Tribunal constitucional en el caso Telefónica», *Diálogo con la jurisprudencia*, tome n° 49/2002, pp. 45-48.

¹⁵⁵⁰ Le Texte Unique Ordonné fondé à partir du Décret suprême n° 003-97-TR du 27 mars 1997.

¹⁵⁵¹ Sentence du Tribunal constitutionnel du 11 juillet 2002, *Sindicato unitario de trabajadores de Telefónica del Perú S.A.*, affaire n° 1124-2001-AA/TC, fondement juridique n°1.

D'autre part, le juge proscrit le licenciement, sans juste raison. En ce sens, l'admissibilité au licenciement *ad nutum* de l'article 34 §2 du Texte Unique Ordonné de la loi de productivité et compétitivité du travail, est contraire et attentatoire au principe de causalité du licenciement garanti par le droit au travail. Les dispositions du Texte Unique Ordonné sont donc inconstitutionnelles en ce qu'elles contreviennent au droit au travail.

842. Le juge constitutionnel valide logiquement le fait que le licenciement non motivé est incompatible avec le principe de causalité qui exige une cause juste. Toutefois son raisonnement fait surgir une interrogation quant au fait de savoir pourquoi le juge mobilise le droit au travail comme fondement pour proscrire le licenciement *ad nutum*, au lieu d'invoquer la norme constitutionnelle contre le licenciement arbitraire, notamment les articles 23 et 27 de la Constitution.

843. Alors que l'article 23 protège le principe d'égalité dans le travail et notamment l'égalité entre travailleurs et travailleuses, l'article 27 garantit expressément une protection adéquate du travailleur contre le licenciement arbitraire. Ces dispositions ont été confirmées par le juge constitutionnel péruvien dans la sentence n° 0025-2007-PI/TC, fondement 109. Pourtant, aucun droit, aussi fondamental soit-il, ne peut être absolu. Il n'est donc pas question que le juge garantisse un droit absolu à la stabilité au travail (c'est-à-dire le droit de ne jamais être licencié), mais il s'agit plutôt de reconnaître un droit du travailleur à être protégé contre le licenciement arbitraire. Il est donc clair que cette protection est limitée notamment par des critères raisonnables (correspondant par exemple aux résultats du travailleur ou à la qualité du travail) dans la mesure où ils sont objectifs, prévus par la loi et qu'ils ne s'opposent pas au contenu essentiel du principe de protection du salarié. Dans l'espèce, le juge s'est donc limité à garantir au travailleur un droit de protection adéquat contre le licenciement arbitraire.

III. La protection du droit à la santé par le Tribunal constitutionnel péruvien

844. L'article 7 de la Constitution péruvienne reconnaît le droit de toute personne à la protection de sa santé, ainsi que le devoir de l'État de contribuer à sa promotion et à sa défense. De manière préliminaire on pourrait dire que le droit à la santé (art. 7 de la Constitution) est exclu de la catégorie des droits fondamentaux, puisque ce droit est reconnu

en dehors du chapitre relatif aux droits fondamentaux (art. 1 à 3 de la Constitution). Pourtant, il ne faut pas ignorer la relation entre le droit à la santé avec le droit à la dignité (art. 1^{er} de la Constitution), avec le droit à l'intégrité personnelle et surtout avec le droit à la vie (art. 2-1 de la Constitution)¹⁵⁵². Cette connexion permet de considérer le droit à la santé comme un droit fondamental et nécessaire au droit à la vie car il constitue une « condition indispensable du développement humain et un moyen fondamental pour atteindre le bien-être individuel et collectif¹⁵⁵³ ». Le juge constitutionnel en a fait le constat, ce qui lui a permis de préciser que le droit à la santé désigne la faculté dont dispose tout être humain de conserver un état de normalité organique fonctionnelle, aussi bien physique que mentale, et de le prévenir et soigner face à une situation de perturbation. Il est donc nécessaire que l'État effectue des actions de prévention, conservation et rétablissement de la santé, afin que les personnes profitent du plus haut niveau de bien-être physique et mental. En conséquence, le juge constitutionnel dispose que l'État doit investir dans la modernisation et le renforcement de toutes les institutions chargées de la prestation du service de santé, et doit adopter des politiques, plans et programmes en ce sens¹⁵⁵⁴.

845. Cette sentence est en concordance avec le modèle d'État prévu par la Constitution de 1993, qui présente des caractéristiques basiques d'un État démocratique de droit social assorti d'une structure fondée plus sur la consécution d'objectifs que sur une réserve d'agir.

¹⁵⁵² En parallèle, en 1999 le juge inter-américain a établi que le droit à la vie implique une obligation négative de ne pas priver de la vie arbitrairement, mais aussi l'obligation positive de prendre des mesures nécessaires afin qu'on ne porte pas atteinte à ce droit. En ce sens, l'État devrait adopter des mesures positives. A.-A. CANÇADO TRINDADE et A. ABREU BURELLI, «Voto concurrente conjunto de los Jueces A.-A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli», CIADH “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) c. Guatemala, 19 novembre 1999, § 2. A ce sujet les juges fondent leur opinion sur la doctrine suivante : B.-G. RAMCHARAN (éd.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1985, pp. 1-314 ; J.-G.-C. VAN AGGELEN, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-104; D. Prémont et F. Montant (éds.), *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: Evolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 1992, pp. 1-91; A.A. CANÇADO TRINDADE, «Human Rights and the Environment», J. SYMONIDES (éd.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris-Aldershot, UNESCO-Dartmouth, 1998, pp. 117-153; F. PRZETACZNIK, « The Right to Life as a Basic Human Right », *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, 1976, pp. 585-609 ; Commentaires généraux n° 6/1982 et 14/1984 du Comité de Droits de l'Homme, sous le Pacte de droits civils et politiques des Nations Unies: UNITED NATIONS, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev. 3, 15 août 1997, pp. 6-7 et 18-19.

¹⁵⁵³ Article I du Titre Préliminaire de la loi n° 26842, dite Loi Générale de la Santé ; à titre comparatif, voir Sentence du Tribunal constitutionnel chilien, 26 juin 2008, Rol 976 ; se reporter aussi à la riche jurisprudence colombienne en matière de garantie du droit à la santé par connectivité avec le droit à la vie, par exemple Cour constitutionnelle colombienne, *Kerly Medina Gutiérrez c. Comfamiliar Huila EPS-S*, 15 avril 2013, affaire n°T-3699975, point 9.1.2.

¹⁵⁵⁴ Sentence du Tribunal constitutionnel du 20 avril 2004, *Azanca Alhelí Meza García*, affaire n° 2945-2003-AA/TC, fondement juridique n°28.

Traditionnellement il a été soutenu que les droits individuels, civils et politiques, opèrent par abstention, alors que les droits économiques, sociaux et culturels impliquent un dynamisme public. Cette idée semble avoir été calquée par la Constitution péruvienne qui assume que le caractère fondamental se limite aux droits civils et politiques, alors que les droits sociaux seraient programmatiques. Or, le fait qu'en droit péruvien il existe des connexions (le juge européen dirait des « prolongements¹⁵⁵⁵ ») entre les droits sociaux et les droits civils et politiques, a pour conséquence que l'inconstitutionnalité peut être motivée aussi bien par des actions que par des omissions de la part des pouvoirs publics, ce qui habilite le juge constitutionnel à corriger les conséquences issues de l'action ou inaction de l'État.

846. Par sa définition, le droit à la santé implique deux actions de la part de l'État : une action de conservation et une autre de rétablissement. L'État doit donc garantir une meilleure qualité de vie par le biais du droit à la santé, tout en tenant compte du critère de progressivité de cette garantie. Or la progressivité ne signifierait pas que l'État justifie une absence de politiques, plans, programmes ou projets de type social, ou un manquement exagéré aux objectifs de ceux-ci. C'est pour cette raison que, depuis 2005, le Tribunal constitutionnel péruvien estime que les services de santé ont une « importance vitale » dans la société, non seulement parce que de leur existence et leur fonctionnement garantissent de meilleurs niveaux de vie pour ses citoyens, mais aussi parce que de l'efficacité de leur prestation dépendent la vie et l'intégrité des patients¹⁵⁵⁶.

847. Par conséquent, le juge constitutionnel a estimé que si l'État fonctionne déjà avec des politiques, plans et programmes pour garantir le droit à la santé, alors les agents publics ne peuvent pas méconnaître de manière unilatérale ou non-motivée la protection publique, notamment pour ceux qui en bénéficient déjà, sous peine d'inconstitutionnalité¹⁵⁵⁷. En d'autres termes il s'agit de comprendre que le droit à la santé n'est pas une simple norme optionnelle applicable de manière discrétionnaire, sous couvert d'objectifs

¹⁵⁵⁵ « [...] des droits civils et politiques, [...] ont des prolongements d'ordre économique ou social [...] ». CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, requête n° 6289/73, p. 11.

¹⁵⁵⁶ Sentence du Tribunal constitutionnel du 18 juin 2010, *Nancy Marcelina Lozano Valderrama*, affaire n° 01808-2008-PA/TC, fondement juridique n°5 ; voir aussi la sentence du Tribunal constitutionnel du 30 novembre 2005, *Sergio Antonio Sotomayor Roggero*, affaire n°1711-2004-AA/TC, fondement juridique n° 7.

¹⁵⁵⁷ Sentence Tribunal constitutionnel, *Jorge Carlos Castañeda Espinoza*, 30 mai 2005, affaire n° 3208-2004-AA/TC, fondement juridique n° 7.

programmatiques dépendant de ressources ou du principe de progressivité des droits sociaux.

848. Le droit à la santé, en tant que droit social, n'est donc pas une simple déclaration d'intention. Il requiert certainement une concrétisation légale qui affine son contenu. Or la Constitution définit déjà son noyau essentiel à partir duquel, à la lumière de l'esprit de la Constitution, le juge constitutionnel peut interpréter et dévoiler des éléments qui renforcent la compréhension du droit. Pour cette raison, alors que la Constitution péruvienne ne consigne pas expressément l'existence d'un « État démocratique de droit social », le juge constitutionnel le déduit à partir des préceptes qui reconnaissent l'« État de droit démocratique » (article 3) et le caractère de République sociale (article 43)¹⁵⁵⁸, ce qui dépasse le schéma strictement libéral qui caractérise l'État traditionnel pour insérer d'autres valeurs comme l'égalité et la solidarité. En effet le Tribunal constitutionnel péruvien dit que « L'État de droit social et démocratique [...] en nie pas les valeurs de l'État libéral, il les partage et les fait siens, mais à la fois, les redimensionne dans le sens où l'être humain n'a pas seulement besoin d'une série de sécurités et protections autour de ces droits classiques de type individuel et politique, mais il a besoin aussi de satisfaire diverses nécessités dérivées fondamentalement de la position ou statut socio-économique qu'il occupe¹⁵⁵⁹.

849. Dans le cas du droit à la santé, le juge constitutionnel a dû aussi expliquer le lien entre le droit à la santé et le droit à la vie qui n'est pas expressément évoqué par les textes. Pour ce faire, il s'est appuyé sur les critères de nécessité de la santé qui sont concomitantes avec la qualité de vie, voire avec la vie elle-même. Cette vision oblige à adopter des mesures de prévention, traitement et réhabilitation pour le cas où la santé est en jeu.

850. Le juge péruvien accorde donc une protection du droit à la santé en fonction d'une connexion entre le droit à la santé et le droit à la vie. Ce qui n'est qu'une technique de protection par ricochet des droits sociaux sous couvert d'un droit civil, appliquée d'abord par le juge européen¹⁵⁶⁰, et affinée quelques années plus tard par le juge interaméricain qui

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, fondement juridique n° 5 ; voir aussi Sentence Tribunal constitutionnel, *Martha Olinda Combe Rivera*, 30 mai 2005, affaire 008-2003-AI/TC, fondements juridiques 10 à 13.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, fondement juridique n° 4, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁵⁶⁰ *CEDH, López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, requête n° 16798/90. Le juge européen est saisi pour un problème qui atteint manifestement à la santé de Mme. López Ostra, or l'arrêt soutien que la nuisance sonore

la rattache au droit à la vie¹⁵⁶¹. Pourtant le juge constitutionnel péruvien ne se limite pas à la protection par ricochet pour garantir certains droits sociaux et notamment le droit à la santé. A de nombreuses reprises, le juge s'est aussi interrogé sur l'étendue du concept d'État démocratique de droit social, et notamment sur la nécessité de concrétisation des rôles sociaux de l'État démocratique de droit social, pour garantir le droit à la santé. Ce qui l'a amené à déclarer que le rôle social de l'État ne devait pas se limiter à un effort de prescription formelle ou légale, mais impliquaient une protection matérielle permanente¹⁵⁶². Il s'agit d'une décision assez courageuse de la part du juge constitutionnel péruvien, cependant elle est exceptionnelle.

851. La question de la santé mentale mérite une mention toute particulière dans le sens où le juge constitutionnel péruvien, à l'image de ses pairs colombiens, s'est montré protecteur à son égard. La Cour constitutionnelle colombienne a raisonné de manière novatrice en établissant que « la santé constitutionnellement protégée n'est pas uniquement physique mais [qu'] elle comprend nécessairement, tous les composants propres au bien-être psychologique, mental et psychosomatique de la personne¹⁵⁶³ ». Profitant de cette ouverture, le juge constitutionnel péruvien a calqué cette réflexion dans ses raisonnements jurisprudentiels, sans pour autant faire allusion aux décisions colombiennes¹⁵⁶⁴. En ce sens, le Tribunal constitutionnel péruvien énonce notamment que « la santé protégée n'est pas uniquement physique, mais elle comprend, aussi, tous les composants propres au bien-être psychologique et mental de la personne humaine¹⁵⁶⁵ » ; ce qui lui permettra de reconnaître, en 2008, la responsabilité des entités étatiques de prestation de service de santé à protéger

que supporte Mme. López Ostra porte atteinte à son droit au respect à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁵⁶¹ CIADH "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y otros*) c. *Guatemala*, 19 novembre 1999, série C n° 43, § 144 et ss.

¹⁵⁶² Sentence Tribunal constitutionnel, *Martha Olinda Combe Rivera*, 30 mai 2005, affaire 008-2003-AI/TC, fondement juridique n° 16.

¹⁵⁶³ Cour Constitutionnelle, *Lucelly Marquez Palacio c. "COLSEGUROS" E.P.S*, 26 mai 1998, sentence n° T-248/98, Magistrat José Gregorio Hernández Galindo, (traduction libre de l'espagnol) ; voir aussi Cour constitutionnelle, *Néstor Hernando González Vargas c. Compensar EPS*, 8 juillet 2010, sentence n° T-566 de 2010 Magistrat *Luis Ernesto Vargas Silva*.

¹⁵⁶⁴ Le juge constitutionnel péruvien dira que son raisonnement se fonde sur le droit international des droits de l'Homme (article 12 du PIDESC et article 10 du Pacte de San Salvador) et sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme.

¹⁵⁶⁵ Sentence Tribunal constitutionnel, *Ramón medina Villafuerte*, 11 juillet 2008, affaire n° 02480-2008-PA/TC, § 11-d.

et garantir la santé des malades psychiatriques ; garantie qui est extensive aux particuliers qui prêtent des services de santé¹⁵⁶⁶.

IV. La protection du droit à l'éducation par le Tribunal constitutionnel péruvien

852. Parmi les fonctions qui conditionnent l'existence de l'État, l'éducation revêt une importance fondamentale dans le sens où elle prend source dans le principe de démocratie et où elle contribue au développement de la société. A l'image de ce qui est énoncé par l'article 26 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, et des articles 13 et 17 de la Constitution péruvienne, le juge constitutionnel reconnaît que l'éducation est un droit de l'Homme et un devoir fondamental de l'État¹⁵⁶⁷. Le juge appuie ces raisonnements expressément sur la doctrine, qui affirme que « l'Homme connaît une réalité inachevée qui s'étend et cherche la perfection, et il [...] la retrouvera fondamentalement dans son éducation, dans le sens le plus ample du terme¹⁵⁶⁸ ». Le juge constitutionnel péruvien admettra en ce sens que l'éducation est une condition permettant de réaliser le « projet de vie » de la personne. Associer le droit à l'éducation avec la notion de « projet de vie » est intéressant dans la mesure où le juge tente de révéler la connexion entre un droit social et un droit de première génération considéré comme étant fondamental par la Constitution péruvienne.

853. Il faut observer que la notion de « projet de vie » est issue d'une tradition jurisprudentielle interaméricaine qui a vu le jour en 1998 lorsque les juges de San José ont considéré que l'atteinte au projet de vie dépassait le cadre patrimonial (dommage émergent, arrêt de profit¹⁵⁶⁹) et allait à l'encontre de la « réalisation intégrale de la personne », ce qui prend en compte sa « vocation, [ses] aptitudes, [ainsi que les] circonstances, potentialités et aspirations, qui lui permettent de se fixer raisonnablement des attentes et de réussir à les

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, § 17.

¹⁵⁶⁷ Sentence du Tribunal constitutionnel, *Larry Jimmy Ormeño Carrera*, 3 de marzo de 2005, affaire n° 4232-2004-AA/TC, fondement juridique n° 10.

¹⁵⁶⁸ L. CASTILLO CORDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 520, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁵⁶⁹ En espagnol le juge se réfère au « daño emergente » et au « lucro cesante ».

atteindre »¹⁵⁷⁰ ; autrement dit, le projet de vie désignerait les « options que le sujet peut avoir pour conduire sa vie et atteindre le destin qu'il se propose »¹⁵⁷¹.

854. Par conséquent, le Tribunal constitutionnel péruvien déduit que l'exercice du droit à l'éducation permet de respecter le « libre développement de la personne humaine » prévu à l'article 2-1 de la Constitution ; ce qui est aussi en accord avec une observation effectuée en 1999 par le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CODESC)¹⁵⁷². En ce sens, le juge contraint l'État à respecter une meilleure effectivité du droit à l'éducation. Ce qui implique de reconnaître son caractère démocratique et obligatoire, ainsi que la fonction impérative de l'État qui est obligé d'investir tous les niveaux [...] de l'éducation¹⁵⁷³. En l'espèce cette effectivité du droit à l'éducation se matérialiserait par le droit d'accès au lieu d'études (l'établissement)¹⁵⁷⁴.

855. Par ailleurs, en 2014 le Tribunal constitutionnel a soutenu une autre condition d'effectivité du droit à l'éducation. En effet, le 27 novembre 2012 a été promulguée la loi n°29947, dite loi de protection de l'économie familiale. Celle-ci interdit de conditionner le droit fondamental d'accès aux lieux d'études et d'accès aux examens, au paiement des pensions d'études. La loi prévoit que pour se présenter aux examens et accéder aux établissements d'éducation, la seule condition est que l'étudiant soit valablement inscrit. Sous la pression de nombreux établissements d'éducation privée, fonctionnant comme des entreprises, en 2014 le Tribunal constitutionnel est saisi afin de se prononcer sur la constitutionnalité de ladite loi. Il déduit que « l'objectif d'assurer la continuité de la

¹⁵⁷⁰ CIADH, *Loayza Tamayo c. Pérou*, 27 novembre 1998, série C, n° 47, §147 et ss., (traduction libre de l'espagnol).

¹⁵⁷¹ CIADH, *Loayza Tamayo c. Pérou*, *op. cit.*, §148, (traduction libre de l'espagnol); le Tribunal constitutionnel péruvien reprend cette notion interaméricaine : Sentence du Tribunal constitutionnel, *Marco Edson Otero Alvarado*, 19 mars 2013, affaire n° 2180-2012-PA/TC, fondement juridique n° 16 ; se reporter aussi à la notion de « capacité » qui est similaire à celle de « projet de vie » : A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Éditions du Seuil, 2000, 281 p.

¹⁵⁷² Sentence du Tribunal constitutionnel, *Larry Jimmy Ormeño Carrera*, 3 mars 2005, affaire n° 4232-2004-AA/TC, fondement juridique n° 10 ; CODESC, *Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation (article 13)*, 21^{ème} période des sessions (1999), § 1.

¹⁵⁷³ Sentence du Tribunal constitutionnel, *Larry Jimmy Ormeño Carrera*, *op. cit.*, fondement juridique n° 10, (traduction libre de l'espagnol).

¹⁵⁷⁴ Sentence du Tribunal constitutionnel, *Larry Jimmy Ormeño Carrera*, *op. cit.*, conclusions. Néanmoins lorsque le nombre de candidats est supérieur au nombre de places, le juge constitutionnel admet qu'on puisse appliquer des critères de sélection ou de priorité d'admission, sous condition qu'ils ne portent pas atteinte au droit à l'éducation de l'enfant, sous le respect des principes de proportionnalité, de « raisonabilité » et d'interdiction de l'arbitraire. Sentence du Tribunal constitutionnel, *Yisela Angélica Egusquiza Meza*, 25 juillet 2014, affaire n° 04577-2012-PA/TC, fondement juridique n° 8.

prestation du service éducatif est concomitant avec la protection du droit de l'étudiant à continuer à la recevoir¹⁵⁷⁵ ». Ce qui signifie que pour le juge constitutionnel péruvien il suffirait de prouver une relation causale entre le moyen (la prestation du service éducatif) et la finalité (le droit à l'éducation) pour conclure que les dispositions du législateur étaient constitutionnelles.

856. Cet arrêt montre qu'il existe des avancées récentes par rapport à la reconnaissance de l'effectivité du droit à l'éducation. Si on observe les raisonnements des juges constitutionnels on pourrait conclure que cette effectivité impliquerait notamment un accès aux centres éducatifs et une continuité dans la prestation du service éducatif. Or l'effectivité du droit à l'éducation implique aussi la qualité de celle-ci, dans la mesure où les projets doivent atteindre ses objectifs par le biais de critères favorables et utiles pour les élèves et étudiants¹⁵⁷⁶. En matière de qualité, la question a été posée au Tribunal constitutionnel en 2014 par le biais d'une demande d'inconstitutionnalité contre la loi universitaire¹⁵⁷⁷. En effet, la loi impose aux universités (publiques mais aussi privées) un mode d'organisation, premièrement, démocratique (art. 55 et s. de la loi universitaire) ; deuxièmement, fondé sur le mérite (art. 61, 63, 69, 80, 82 et 83 de la loi universitaire) et troisièmement soumis à des obligations particulières en matière de travail (art. 85 à 88 de la loi universitaire). Au surplus ladite loi soumet les universités à un régime de supervision dirigé par une autorité autonome (art. 12 et s. de la loi universitaire). A ce sujet, le juge constitutionnel a affirmé, dans plusieurs espèces, que la supervision de l'éducation universitaire constitue une compétence exclusive du pouvoir exécutif. En ce sens, même s'il existe un niveau d'interférence contre la liberté d'entreprise et contre le pluralisme économique, l'intérêt de la loi s'impose car elle satisfait les droits de l'utilisateur du service éducatif¹⁵⁷⁸. Il faut pourtant remarquer qu'ici le juge constitutionnel ne protège pas l'éducation de qualité pour toute personne, par sa qualité de personne, mais par sa qualité d'utilisateur du service. Ce qui, dans une large mesure,

¹⁵⁷⁵ Sentence du Tribunal constitutionnel, *Colegio de abogados de Lima norte c. Congreso de la República*, 27 août 2014, affaire n° 0011-2013-PI/TC, fondement juridique n° 80, (traduction libre de l'espagnol – « el propósito de asegurar la continuidad de la prestación del servicio educativo tiene como correlato garantizar el derecho del estudiante a continuar recibéndolo ».)

¹⁵⁷⁶ D. PAIVA GOYBURU, « Alcances de derecho a la educación gratuita en las universidades públicas. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos », Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2013, p. 84.

¹⁵⁷⁷ Loi n° 30220, dite *loi universitaire*, promulguée le 3 juillet 2014. L'article 1^{er} dit notamment que la loi a pour objectif promouvoir la qualité éducative des institutions universitaires.

¹⁵⁷⁸ Se reporter aux considérants et aux conclusions des sentences du Tribunal constitutionnel n° 0014-2014-PI/TC, n° 0016-2014-PI/TC, n° 0019-2014-PI/TC et n° 0007-2015-PI/TC.

implique une protection du consommateur, étant donné qu'un grand nombre d'universités péruviennes sont des entreprises privées où l'utilisateur n'est autre chose qu'un client

V. La protection du droit au logement par le Tribunal constitutionnel péruvien

857. Le droit au logement a été protégé par la Constitution péruvienne de 1979, néanmoins en 1993 la situation s'est inversée, ce qui implique que désormais aucune disposition constitutionnelle ne prévoit expressément la garantie du droit au logement. *A priori*, le juge constitutionnel péruvien ne devrait donc pas pouvoir s'emparer des affaires relatives à la protection de ce droit. D'autant plus qu'à la différence de la France, où à défaut de reconnaissance constitutionnelle il existe une loi qui proclame le droit au logement, le juge péruvien ne peut s'appuyer sur aucun raisonnement juridique contemporain sur la question.

858. Pourtant le juge constitutionnel péruvien a estimé que le droit à la propriété (garanti par l'article 2-16 de la Constitution) est un droit fondamental qui n'attribue pas un pouvoir absolu au titulaire puisque les postulats essentiels des droits fondamentaux reconnus dans un État démocratique de droit social comme le Pérou appellent à une interprétation du droit à la propriété à la lumière de l'article 70 de la Constitution qui établit que le droit « [...] s'exerce en harmonie avec le bien commun et dans les limites de la loi »¹⁵⁷⁹.

859. En ce sens, la Constitution péruvienne permettrait de déduire un double caractère du droit à la propriété : d'une part, il s'agirait d'un droit subjectif ou individuel et, d'autre part, d'une institution objective, porteuse de valeurs, ce qui inclut nécessairement la dimension sociale¹⁵⁸⁰. Le juge constitutionnel péruvien admettrait donc que le droit à la propriété contient un impératif de fonction sociale, non pas comme une limite externe à l'exercice de la propriété, mais comme faisant partie intégrante de ce droit. Cette réflexion n'est pas sans rappeler des expériences issues du droit comparé : d'abord en France, dans les théories de J. Proudhon¹⁵⁸¹, et dans les débats portant sur le Préambule de la Constitution de 1946¹⁵⁸² ;

¹⁵⁷⁹ Sentence du Tribunal constitutionnel réuni en Ass. Plén., *Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República*, 3 juin 2005, affaire n° 050-2004-AI/TC, fondement juridique n° 96.

¹⁵⁸⁰ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 554.

¹⁵⁸¹ C. GAILLARD, p. XII, P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 246.

¹⁵⁸² Voir C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 125 ; F. DE MENTHON, *Vers la Quatrième République*, Paris, Hachette, 1946, p. 86.

puis en Espagne lors des discussions doctrinales qui ont entouré la Constitution de 1931¹⁵⁸³, et dans les débats constitutifs qui créèrent la Constitution de 1978 ; enfin en Colombie où les théories de L. Duguit sur la fonction sociale semblent avoir trouvé écho dans la réforme constitutionnelle de 1936 (reprise par l'article 58 de la Constitution de 1991), et dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, notamment à partir de 1999¹⁵⁸⁴.

860. Même si le Tribunal constitutionnel péruvien reconnaît le double caractère du droit à la propriété, ce qui implique une protection du propriétaire mais aussi des devoirs et obligations légales de celui-ci envers l'intérêt collectif ou le bien commun, le juge constitutionnel péruvien ne reconnaît pas expressément une protection du droit au logement.

Section 2) La protection des droits sociaux par d'autres juges dans la région latino-américaine

861. À la différence d'autres juges dans la région, l'apport de la jurisprudence constitutionnelle colombienne se révèle utile grâce aux regards et aux interprétations plus audacieuses de leurs juges¹⁵⁸⁵ (I). De même, l'incidence de la jurisprudence interaméricaine dans les États latino-américains apparaît vitale pour comprendre certains processus d'évolution de la *justiciabilité* des droits sociaux (II).

I. Le cas de la protection des droits sociaux par le juge constitutionnel colombien

862. Les juges colombiens peuvent s'appuyer sur des principes et droits sociaux reconnus par leur Constitution, mais à défaut d'être complets, ces droits et principes ont dû s'accompagner de concepts que le juge colombien, le premier, a su déduire à partir des principes d'État de droit social et du droit à la vie. C'est l'exemple du concept de « minimum vital » (A) et de « dignité humaine » (B).

¹⁵⁸³ O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constitucional Española*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1933, p. 16 ; F.-M. GARCIA COSTA, *La Constitution de la II République espagnole*, Paris, Publibook, 2006, p. 38.

¹⁵⁸⁴ Cour constitutionnelle colombienne, Affaire *Juan Pablo Quintero*, 18 août 1999, Sentence n° C-595/99.

¹⁵⁸⁵ H. CAMPOS BERNAL, « ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales ? », *op. cit.*, p. 28.

A. Le concept de garantie au « minimum vital »

863. La Constitution colombienne issue de la première vague du nouveau constitutionnalisme latino-américain date de 1991. Assez tôt, dès 1992, la Cour constitutionnelle de ce pays reprend, à l'article 1^{er} de sa Constitution, la notion d'État de droit social, issue du constitutionnalisme allemand. C'est bien sur l'idée d'état de droit social que repose la notion de « minimum vital »¹⁵⁸⁶ utilisée surtout en Amérique latine par le juge colombien, mais dégagée d'abord par le juge constitutionnel Allemand. En effet, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand développe la doctrine du « minimum vital » ou encore du « niveau minimal de subsistance » (*existenzminimum*) afin de contraindre l'État à une obligation d'assistance aux individus qui par leur état de nécessité ne peuvent pas avoir une vie digne¹⁵⁸⁷. Cela montre, encore une fois l'influence du constitutionnalisme social allemand en Amérique andine, à travers le canal du constitutionnalisme colombien.

864. Mais plus particulièrement sur le cas du juge constitutionnel colombien, celui-ci va décrire l'État de droit social comme la forme d'organisation politique dont l'objectif consiste à « combattre les pénuries économiques ou sociales et les désavantages des divers secteurs, groupes ou personnes de la population, en leur prêtant assistance et protection¹⁵⁸⁸ ». Cette lecture du juge se fera à la lumière des principes de dignité humaine et de solidarité, inscrits à l'article 1^{er} de la Constitution. En conséquence, la Cour constitutionnelle estime que l'organisation politique, sociale et économique de l'État doit assister et protéger l'individu en vue de préserver sa dignité par le biais de conditions qui assurent sa sécurité matérielle. Ces conditions ne pourraient pas être intégrales ou maximales étant donné que la question n'est pas d'entretenir tous les aspects de la vie de la personne, mais qu'il s'agit uniquement de sa subsistance. C'est pourquoi on parle d'un « droit au minimum vital ».

¹⁵⁸⁶ Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand soutient que l'article 1^{er} (1) de la Constitution allemande portant sur la dignité humaine est en connexion avec l'article 20 de ladite Constitution qui porte sur l'État social. BVerfGE 45, 187 (229).

¹⁵⁸⁷ Sur cette idée et sur la notion de vie digne voir BVerfGE 1, 97 (104) ; BVerfGE 82, 60 (85) ; BVerfGE 99, 246 (259) ; BVerfGE 82, 60 (85).

¹⁵⁸⁸ Cour constitutionnelle colombienne, *Hernando de Jesús Blanco Angarita*, 24 juin 1992, sentence n° T-426/92, fondement juridique n° 5.

865. Ce minimum vital sert donc à la subsistance de la personne, ce qui montre la connexité que la Cour constitutionnelle colombienne fait avec le droit à la vie, ainsi que la protection par ricochet déduite à partir du droit à la santé, au travail et à l'assistance sociale, qui sont des droits constitutionnels¹⁵⁸⁹. Malgré cet élan *garantiste*, le juge semble vouloir garder une abstraction autour de la notion de « minimum vital » (mais aussi sur d'autres notions comme la « dignité humaine » sur laquelle repose la définition de minimum vital). En effet, il ne définit jamais les bornes de ce qui serait minimal et de ce qui serait esthétique ou superflu. Mais il faut reconnaître que définir aussi précisément l'action de l'État reviendrait à empiéter sur le travail du législateur.

866. La portée interprétative du juge colombien est importante en Amérique andine. Par exemple sur la question du minimum vital, le Pérou s'en est inspiré. En ce sens, le célèbre arrêt de principe *Roberto Nesta Brero* de 2003 reconnaît la nécessité d'établir les « conditions matérielles minimales » qui œuvrent pour le respect de la dignité des personnes. À l'image du juge colombien, son homologue péruvien va fonder sa décision sur la définition d'État démocratique de droit social (reconnu par l'article 43 de la Constitution péruvienne), en admettant que sa réalisation requiert « l'existence de conditions matérielles pour atteindre ses présupposés, ce qui exige une relation directe avec les possibilités réelles et objectives de l'État et [...] l'identification de l'État avec les fins de son contenu social [...] en évitant d'être un obstacle pour le développement social¹⁵⁹⁰ ».

867. Pour le juge péruvien, c'est le bien commun (qui est défini comme l'intérêt de la société) qui fonde le régime économique constitutionnel ce qui permet une garantie des intérêts de tous avec les intérêts individuels. Ce qui semble curieux est qu'il n'y ait nulle allusion aux textes internationaux ou à des raisonnements extra-systémiques, mais qu'il figure une transcription des paragraphes 39 et 40 de l'encyclique *Mater et magistra*, de 1961, faisant référence à la nécessité d'une économie régie par la justice et la charité.

868. Un an plus tard, au Pérou, l'arrêt *Azanca Alhelí Meza García*, approfondira la définition du minimum vital en avançant qu'il cherche à « garantir l'égalité d'opportunités

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, fondement juridique n° 4.

¹⁵⁹⁰ Sentence du Tribunal constitutionnel, *Roberto Nesta Brero et plus de 5000 citoyens c. Présidence du Conseil des Ministres*, 11 novembre 2003, affaire n° 0008-2003-AI/TC, fondement juridique n° 12 (traduction libre de l'espagnol).

à tout niveau social, et neutraliser les situations discriminatoires et attentatoires à la dignité de l'Homme [...] ce qui motive l'intervention de l'État et de la société [par le biais] des droits sociaux [...] tels que la sécurité sociale, la santé publique, le logement, l'éducation et autres services publics¹⁵⁹¹ ». En outre, le juge va profiter de cette espèce pour donner un contenu à la notion d'*exigibilité* des droits sociaux. Il la qualifie comme un droit à requérir que l'État adopte des mesures pour atteindre les finalités sociales. Pourtant, le juge se garde d'appliquer ce principe d'*exigibilité* à tous les droits sociaux du fait de l'indisponibilité budgétaire dans certains cas¹⁵⁹².

869. Au-delà de son influence au Pérou, la Colombie ne s'est pas limitée à dévoiler la notion de minimum vital. Entre 1998 et 2000¹⁵⁹³, mais surtout en 2001¹⁵⁹⁴ et en 2011¹⁵⁹⁵ le juge constitutionnel colombien a tenté de donner des éléments de valeur au minimum vital. Il admet tout d'abord que sa qualification n'est pas discrétionnaire, mais qu'elle dépend des situations concrètes. Par conséquent, le minimum vital ne s'indexe pas sur la base du salaire minimum, ni sur une quantification des nécessités biologiques minimales pour subsister ; elle s'indexe plutôt sur une appréciation qualitative. Cette appréciation s'applique à vérifier les possibilités, pour la personne qui soulève la demande, de satisfaire ses nécessités en matière d'alimentation, de vêtement, de santé, d'éducation, de logement et de loisir comme mécanismes pour réaliser son droit à la dignité humaine¹⁵⁹⁶.

B. Le concept de « dignité humaine »

870. Le mot dignité est utilisé par les juges sous plusieurs variables : dignité humaine (ce qui est une répétition étant donné qu'il n'y a pas de dignité animale) ; vie digne ; niveau de vie digne, projet de vie digne. En Colombie, la dignité a souvent été mobilisée par le juge comme socle conceptuel donnant validité aux droits fondamentaux. Alors même qu'il

¹⁵⁹¹ Sentence du Tribunal constitutionnel, *Azanca Alhelí Meza García*, 20 avril 2004, affaire n° 2945-2003-AA/TC, fondements juridiques n°9-10

¹⁵⁹² *Ibid.*, fondement juridique n°10

¹⁵⁹³ Cour constitutionnelle colombienne, sentences n° T-011 et T-554 de 1998 ; SU-995, T-308 et T-259 de 1999 ; T-439 de 2000.

¹⁵⁹⁴ Cour constitutionnelle colombienne, *Procédure de Tutela présentée par Juan Manuel Jaramillo*, 29 mars 2001, Sentence n° T-338

¹⁵⁹⁵ Cour constitutionnelle colombienne, *Efraín Gutiérrez Tegua c. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*, 25 juillet 2011, sentence n° T-581A/11.

¹⁵⁹⁶ Cour constitutionnelle colombienne, *Procédure de Tutela présentée par Juan Manuel Jaramillo*, 29 mars 2001, Sentence n° T-338, fondement juridique n° 2 ; Cour constitutionnelle colombienne, *Efraín Gutiérrez Tegua c. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*, 25 juillet 2011, sentence n° T-581A/11, § 3.1.1.

semble difficile de sortir ce mot de l'abstraction et donner une définition qui aille au-delà des explications essentialistes ou tautologiques.

871. Si la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), qui est le plus grand référent en matière de droits fondamentaux, énonce à son article 1^{er} que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et droits [...] », il n'étonne personne que le juge constitutionnel colombien parle de dignité pour donner fondement aux droits de l'Homme. D'ailleurs c'est en faisant appel à l'article 25 de la DUDH que le juge constitutionnel colombien fonde un de ses raisonnements relatifs au niveau de vie digne¹⁵⁹⁷.

872. En ce sens, il faut rappeler que la Constitution colombienne a reconnu une ample catégorie de droits de l'Homme, ainsi que tout un chapitre concernant les droits économiques, sociaux et culturels. Dans sa sentence en Assemblée plénière du 6 mars 1997, la Cour constitutionnelle colombienne a reconnu que le mécanisme processuel de *tutela* protégeait les droits fondamentaux, mais qu'exceptionnellement les droits économiques sociaux et culturels avaient une connexité avec les prétentions des droits garantis par le mécanisme de *tutela*. Cette « exceptionnalité » advient lorsqu'il se produit une violation à l'encontre de la dignité humaine des personnes vulnérables. Dans ces circonstances (où le minimum vital n'est pas garanti) l'abstention ou la négligence de l'État seraient les causes d'une violation directe des droits fondamentaux qui doivent déclencher des garanties constitutionnelles¹⁵⁹⁸.

873. Au vu de l'importance de fond et de forme que contenait la notion de dignité, il semblait donc nécessaire d'avancer quelques éléments qui la rendent moins abstraite. C'est pourquoi en 2002, le juge colombien a tenté de dépasser la conception essentialiste de la dignité humaine, s'attachant aux conditions inhérentes à l'humain, pour une conception fonctionnaliste, dans le sens de compléter cette essence humaine avec une dimension sociale matérialisée autour du projet de vie de la personne. En ce sens, le juge colombien estime que la dignité humaine se reporte à trois aspects exclusifs de la personne : l'autonomie individuelle (qui se cristallise par la possibilité de choisir un projet de vie) ; les conditions

¹⁵⁹⁷ Cour constitutionnelle colombienne, *Hernándo de Jesús Blanco Angárta*, 24 juin 1992, sentence n° T-426/92, fondement juridique n° 11.

¹⁵⁹⁸ Cour constitutionnelle colombienne, Assemblée plénière, 6 mars 1997, sentence SU-111, fondement juridique n° 16 ; V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 80.

de vie qualifiées (*condiciones de vida cualificadas* – c’est-à-dire les éléments matériels pour développer son projet de vie) ; et l’intangibilité du corps et de l’esprit (ce qui comprend l’intégrité physique et spirituelle, comme présupposé pour la réalisation du projet de vie)¹⁵⁹⁹.

874. La dignité humaine ou la dignité de la personne (si on le traduit dans un français moins littéral) serait donc intrinsèquement liée au projet de vie de la personne. Cela porterait aussi bien sur les conditions pour créer le projet qu’aux conditions pour le développer. Il est donc clair que la dignité ne signifie pas simplement exister. Le juge colombien a clairement établi qu’il fallait aussi prendre en compte les conditions de vie de la personne, ce qui suppose d’interroger la capacité de se procurer un minimum vital de prestations nécessaires à la vie. Mais, au-delà de ce qui est tangiblement mis à disposition de la personne (parfois sous la forme de droits ou services sociaux), ces conditions s’attachent aussi à apprécier le sentiment de la personne, c’est-à-dire sa douleur et sa souffrance, notamment si elles « incommode son existence au point de la rendre insupportable¹⁶⁰⁰ ».

II. Le cas de la protection des droits sociaux par le juge interaméricain

875. Le Pérou et tous les États d’Amérique andine sont soumis à l’autorité du juge interaméricain. Celui-ci n’a pas de capacité d’ingérence dans les affaires intérieures des États, ce qui ne lui permet pas d’influencer directement les décisions des juges nationaux ni la confection et l’effectivité des politiques sociales nationales. Néanmoins, du fait de l’application du principe *Pacta sunt servanda*, les États parties à la Convention Américaine qui fonde le système américain de protection des droits de l’Homme respectent les arrêts émis par les juges interaméricains, ce qui les oblige indirectement à mettre en place un certain nombre de garanties afin de ne pas se voir souvent condamnés du fait de leur action ou inaction à l’encontre des droits sociaux. Pourtant, on verra que le juge interaméricain n’a pas vocation à garantir les droits sociaux (A), ce qui l’a poussé à dégager ses propres techniques de protection et d’interprétation par le biais de la notion de dignité (B) ou à travers la protection d’autres droits comme les droits culturels (C), ce qui montre que le juge interaméricain a souvent recouru à l’interprétation extensive (D).

¹⁵⁹⁹ Cour constitutionnelle colombienne, *Austreberto de Ávila Ríos y otros c. Electrocosta*, 17 octobre 2002, sentence, T-881/02, préambule.

¹⁶⁰⁰ Cour constitutionnelle colombienne, *Luz Marina Mahecha Zárate*, 10 juin 1999, sentence n° T-444/99.

A. Les principales caractéristiques du « mécanisme interaméricain de protection des droits sociaux »

876. À première vue, la *justiciabilité* des droits sociaux au sein du système interaméricain de protection des droits de l'Homme n'existe pas puisque la Convention Américaine relative aux droits de l'Homme (dit Pacte de San José) ne le prévoit pas. En effet, à l'image des Pactes internationaux de l'ONU en matière de droits civils et politiques (PIDCP) et de droits économiques sociaux et culturels (PIDESC), le système interaméricain de protection des droits de l'Homme applique une compréhension duale des droits de l'Homme. Cette dualité entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques, sociaux culturels (DESC), d'autre part, implique deux phénomènes : premièrement, qu'il existe des traités spécifiques pour chaque catégorie de droits, alimentant une fiction juridique qui voudrait que les logiques libérales ne pénètrent pas les logiques sociales et vice-versa ; deuxièmement, qu'il se forme un développement des droits à deux vitesses, où les DESC semblent stagner sous divers prétextes, dont le plus répandu dans les traités est celui de « progressivité »¹⁶⁰¹. En effet, cette notion part de l'idée que les droits économiques, sociaux et culturels seraient nécessairement des droits qui provoquent des coûts (ou créances), ce qui fait appel aux dépenses publiques. Dans ces conditions, ces droits ne pourraient se réaliser que sous condition de disponibilité budgétaire, ce qui impliquerait une mise en œuvre graduelle en fonction des budgets publics.

877. Au niveau de la différenciation des textes par rapport au contenu de ceux-ci, le système interaméricain de protection des droits de l'Homme, ne diffère pas du système international et du système européen. En ce sens, le continent américain connaît deux traités de protection des droits : l'un relatif aux droits civils et politiques, dit Pacte de San José de 1969 ; l'autre relatif aux droits économiques sociaux et culturels, dit Protocole de San Salvador de 1988. Le premier texte rend justiciable les droits civils et politiques, alors que le second reconnaît de manière assez complète, l'importance des DESC, sans les accompagner pour autant d'un mécanisme d'exigibilité. En d'autres termes, aucun système régional de protection des

¹⁶⁰¹ Articles 2, 13, 14 et 22 du Pacte international des droits économiques sociaux et culturels de 1966 ; article 26 du Pacte de San José de 1969 ; Préambule et articles 1, 13, 17, et 19 du Protocole de San Salvador de 1988 ; articles 2, 3, 12 et 31 de la Charte sociale européenne révisée de 1996.

droits de l'Homme ne garantit la justiciabilité directe des droits sociaux, mais le système n'empêche pas qu'il s'instaure un mécanisme de justiciabilité indirecte des droits sociaux.

878. Cette justiciabilité interaméricaine dépend pour beaucoup des techniques utilisées par les juges : la connexité, la double facette des droits et libertés, la prise en compte de la dignité¹⁶⁰². Ce qui signifie que l'admission indirecte de la justiciabilité des droits sociaux est précaire car elle dépend de la volonté et peut-être même du positionnement doctrinal des juges interaméricains¹⁶⁰³.

879. Si l'on formule un parallèle avec le système européen de protection des droits de l'Homme on peut dire que ce dernier accorde une protection juridique aux droits de la Convention européenne des droits de l'Homme ; alors qu'en matière de DESC, c'est un Comité européen des droits sociaux qui agit à travers un système de rapports qui sont évalués par ce Comité sans aucune coercition à l'encontre des États qui ne respecteraient pas les DESC. Il ne s'agit pas d'un mécanisme juridictionnel de garantie des droits sociaux, mais il est nécessaire de reconnaître que ce système européen fait preuve d'un certain effort afin de ne pas reléguer les DESC au niveau des déclarations d'intention comme c'est le cas dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme. Dans ce dernier, les garanties en matière de DESC couvrent uniquement les droits à l'éducation et à la liberté syndicale, qui peuvent faire l'objet d'une observation ou recommandation de la part de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, avant une éventuelle transmission du dossier au juge interaméricain.

B. La protection des droits sociaux à travers la « dignité » : l'affaire des *Enfants de rue*

880. Le premier arrêt où la Cour interaméricaine fait référence à la notion de vie digne est celui rendu dans l'affaire « Enfants de rue » (*Villagrán Morales et autres*) c. Guatemala. En l'espèce la Cour a déterminé que l'État était responsable de la violation du droit à la vie et à l'intégrité personnelle de cinq enfants vivant dans la rue qui furent assassinés par des agents de police. Or, de manière novatrice, les juges interaméricains ont dépassé le sens

¹⁶⁰² Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, pp. 227-230.

¹⁶⁰³ Voir par exemple C. MAIA, « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme », *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 293 et ss.

restrictif du droit à la vie (qui s'arrête à la prohibition arbitraire de la vie physique), pour considérer aussi le projet de vie de la personne, afin de savoir si ses conditions d'existence peuvent donner un sens à son existence. C'est pourquoi l'affaire *Enfants de rue*, s'intègre parfaitement dans le cadre du non-respect du droit à la vie, mais avec la circonstance aggravante que ces enfants étaient privés de la possibilité de créer et développer un projet de vie¹⁶⁰⁴. Ce projet de vie est assimilé selon la Cour interaméricaine à « l'accès aux conditions qui garantissent une existence digne¹⁶⁰⁵ ».

881. A la lumière de cet arrêt¹⁶⁰⁶ on a déjà compris que la Cour Interaméricaine interprète certains droits civils et politiques à travers un prisme social, sous la forme d'une protection par ricochet des droits sociaux. Or ce qui est intéressant à ce stade de la réflexion ce ne sont pas les droits garantis, mais le lien qui rend possible la garantie par ricochet. C'est-à-dire ces « droits *connecteurs* ou *ponts* entre les civils et politiques et les DESC¹⁶⁰⁷ ». Dans le cas d'espèce, c'est la notion de dignité qui agit comme un connecteur. Elle permet au juge de rester dans la sphère de garantie permise par les traités en droits civils et politiques, mais aussi d'entrer sur le terrain de la protection des droits économiques et sociaux. Il faut dire qu'à défaut de pleine validité *garantiste* des traités en matière de DESC, le juge ne peut se prévaloir d'une *justiciabilité* directe des droits sociaux ; raison pour laquelle il emprunte des notions générales, issues du patrimoine commun des droits de l'Homme, pour démontrer l'évidente perméabilité entre les différentes générations de droits.

882. La critique peut peser sur le concept de dignité, dans le sens où son contenu peut paraître abstrait, impossible à saisir, voire tautologique. Pourtant la dignité humaine accomplit une fonction fondamentale car on recourt à ce concept (ou en tout cas le juge interaméricain semble le faire dans cette affaire) pour « préciser le contenu et la portée non seulement des droits de l'Homme mais aussi d'une régulation juridico-politique moralement justifiable¹⁶⁰⁸ ».

¹⁶⁰⁴ Cour IADH arrêt du 19 novembre 1999, « Niños de la calle » (*Villagran Morales y otros c. Guatemala*, fond, série C n° 63, opinion individuelle conjointe des juges Cançado Trindade et Abreu Burelli, §6-7.

¹⁶⁰⁵ Cour IADH arrêt du 19 novembre 1999, « Niños de la calle » (*Villagran Morales y otros c. Guatemala*, fond, série C n° 63, §144.

¹⁶⁰⁶ L'affaire *Enfants de rue* n'est la seule. Il faut se référer aussi à Cour IADH arrêt du 2 février 2001, « 270 Trabajadores » (*Baena, Ricardo et autres c. Panama*), fond, réparations et coûts, série C n° 72.

¹⁶⁰⁷ V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, op. cit., p. 110.

¹⁶⁰⁸ E. GARZÓN VALDÉS, *Propuestas*, Buenos Aires, Trotta, 2011, p. 102.

883. La particulière utilisation du concept de dignité est intéressante, non seulement dans son versant « dignité humaine » mais aussi dans le sens du « projet de vie digne », qui dans le cas d'espèce se confronte à la situation de risque des enfants de rue. En effet, le juge interaméricain a constaté la particulière gravité de la pratique systématique de la violence contre des enfants en situation de risque, à la lumière de l'article 19 (portant sur les droits de l'enfant) de la Convention Américaine. Le juge établit donc que les enfants en situation de risque, comme les enfants de rue, sont victimes d'une double agression. D'abord parce que les pouvoirs publics n'ont pas évité qu'ils soient confrontés à la misère, ce qui les a privé des conditions de « vie digne » et a empêché le développement de leur personnalité et de leur projet de vie ; puis, parce que les pouvoirs publics ont porté atteinte à leur intégrité physique, psychique et morale, aboutissant à leur mort¹⁶⁰⁹.

884. La notion de « projet de vie digne » est donc assimilée au droit à la vie, mais il en découle des obligations positives que l'État a envers la protection du droit à la vie. Comme il a déjà été évoqué auparavant, le juge interaméricain a compris que l'article 4 de la Convention Américaine ne pouvait pas être interprété uniquement à la lumière d'une abstention des États de priver de la vie, mais que les États avaient aussi l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour garantir le droit à la vie. C'est à ce moment que la notion de vie digne apparaît, dans la jurisprudence interaméricaine, comme une extension des obligations positives de l'État¹⁶¹⁰.

C. La protection des droits sociaux à travers les droits culturels : l'affaire *Yakye Axa*

¹⁶⁰⁹ Cour IADH arrêt du 19 novembre 1999, « Niños de la calle » (*Villagrán Morales y otros c. Guatemala*, fond, série C n° 63, §191.

¹⁶¹⁰ Dans différentes affaires le juge inter-américain a réitéré que l'article 4 de la Convention Américaine engageait les États à des obligations négatives mais aussi positives. Ce qui veut dire que les États devaient prendre des mesures nécessaires pour créer un cadre normatif adéquat qui soit dissuasif face à n'importe quelle menace contre le droit à la vie ; établir un système de justice capable de rechercher, sanctionner et réparer toute privation du droit à la vie de la part d'agents étatiques ou particuliers ; et sauvegarder le droit à qu'on ne puisse pas empêcher l'accès aux conditions qui garantissent une vie digne, ce qui inclue l'adoption de mesures positives pour prévenir la violation de ce droit. Voir en ce sens : Cour IADH arrêt du 7 juin 2003, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, fond, série C n° 99, §110 ; Cour IADH arrêt du 8 juillet 2004, *Hermanos Gómez Paquiyaury c. Pérou*, fond, série C n° 110, §129 ; Cour IADH arrêt du 2 septembre 2004, *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*, fond, série C n° 112, §158 ; Cour IADH arrêt du 17 juin 2007, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, fond, série C n° 125, §162 ; Cour IADH arrêt du 29 mars 2006, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, fond, série C n° 146, §153 ; Cour IADH arrêt du 6 avril 2006, *Baldeón García c. Pérou*, fond, série C n° 147, §85.

885. L'affaire se rapporte au droit à la propriété foncière et aux droits culturels, cependant la situation problématique a des répercussions sur le niveau de vie de la communauté indigène en question.

886. En effet, la communauté indigène Yakyé Axa, composée de trois cent personnes, a vendu à la fin du XIX^{ème} siècle une grande superficie de terres à des entrepreneurs britanniques. Ces derniers ont installé des centres d'élevage dans lesquels les indigènes sont employés. À cause de l'aggravation des conditions de vie à proximité du bétail en 1986, les membres de la communauté indigène ont déménagé sur un autre terrain et vu leurs conditions de vie empirer à cause d'un manque d'accès aux services de base et à des infrastructures. En 1993, les membres de la communauté indigène initient les démarches pour revendiquer les terres qu'ils considèrent comme leur habitat traditionnel. Aucun de ces recours n'a eu de succès en droit interne. Depuis 1996, la communauté est scindée car un groupe d'une quarantaine de familles a décidé de se rapprocher de la route pour y vivre, alors que l'autre groupe vit dans ses hameaux traditionnels.

887. Le juge interaméricain estime, dans une décision qui marquera un précédent¹⁶¹¹, que le territoire sur lequel vit la communauté indigène semble s'ajuster à la définition d'une propriété communale, ce qui s'opposerait au droit à la propriété privée que faisaient valoir les entrepreneurs paraguayens. Dans ce cas, le juge interaméricain dit qu'il existe une contradiction que la Convention Américaine et la jurisprudence semblent résoudre à travers quatre critères pour restreindre la jouissance de ces droits : les restrictions doivent être établies par une loi ; elles doivent être nécessaires ; elles doivent être proportionnelles ; et elles doivent intervenir pour atteindre un objectif légitime dans une société démocratique.

888. A cet effet, l'article 21.1 de la Convention Américaine dispose que la loi peut subordonner la jouissance du droit à la propriété à l'intérêt social. La nécessité de la loi dépend d'un intérêt public impératif (ce qui rend insuffisant la démonstration que la loi a un objectif utile et opportun). La proportionnalité repose sur le fait que la restriction doit s'efforcer d'atteindre l'objectif légitime, avec l'impact le plus réduit possible sur le droit restreint.

¹⁶¹¹ Dans le même sens : Cour IADH arrêt du 8 octobre 2015, *Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros c. Honduras*, fond, série C n° 304, §91 et ss. ; Dans le sens contraire : Cour IADH arrêt du 25 novembre 2015, *Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam*, fond, série C n° 309, §115 et ss.

889. L'État doit donc analyser si les restrictions qui résultent de la reconnaissance d'un droit l'emportent sur l'autre. Dans ce cas le juge induit que la revendication de propriété ancestrale englobe un concept plus ample qui entre en relation avec le droit collectif à la survie en tant que peuple organisé, ce qui a des répercussions sur son patrimoine culturel et son développement social, dans le sens des capacités pour mener à bien ses projets de vie. En conclusion le juge admet que la privation de la propriété ancestrale prive la communauté d'autres droits basiques, comme des droits culturels mais aussi des droits sociaux¹⁶¹².

890. En effet, sur la base de l'article 26 de la Convention Américaine, mais aussi des articles 10 à 14 du Protocole de San Salvador et de la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail, le juge interaméricain associe la disparition de la communauté (atteinte du droit à la vie) avec les atteintes répétées à l'encontre de ses droits sociaux. On fait particulièrement référence à la privation du droit à l'alimentation et à l'eau lorsque les peuples indigènes sont privés de leurs terres et ne peuvent plus accéder aux ressources naturelles directement liées à la satisfaction de ce droit¹⁶¹³.

891. L'analyse de la Cour Interaméricaine aboutit à une obligation faite à l'État paraguayen de remettre des territoires traditionnels à la communauté Yakye Axa au nom des critères précédents. De même la Cour déclare le Paraguay responsable de la mort de seize membres de la communauté indigène, comme conséquence d'un manque de réponse adéquate et opportune pour subvenir à leurs besoins en matière d'alimentation et de santé¹⁶¹⁴.

D. La protection des droits sociaux par l'interprétation extensive des juges interaméricains

892. L'article 1^{er} du Statut de la Cour prévoit qu'il s'agit d'une institution judiciaire autonome dont l'objet est l'application et l'interprétation de la Convention Américaine. Pour ce faire la Cour dispose de deux fonctions : une fonction juridictionnelle (articles 61 à 63 de la Convention Américaine), et une fonction consultative (article 64 de la Convention Américaine).

¹⁶¹² Cour IADH arrêt du 17 juin 2007, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, fond, série C n° 125, § 144-147 (les idées ont été reprises de ces paragraphes, traductions libres de l'espagnol).

¹⁶¹³ *Ibid.*, § 167.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, § 177.

893. Il est bien connu que les limites à l'interprétation des juges sont posées par le fait que le juge n'est pas « la bouche de la loi », à savoir qu'il doit analyser pour dégager le droit au-delà de ce qui est strictement écrit ; mais, son analyse ne doit pas être imaginative au point de changer la norme, voire de légiférer par son interprétation. En somme, le juge doit interpréter mais il doit demeurer dans le cadre qui légitime ou qui justifie la norme qu'il interprète. C'est bien pour cette raison qu'il est utile de connaître les fondements de droit interaméricain sur lesquels reposent les décisions des juges interaméricains, afin de déterminer si l'interprétation extensive utilisée par le juge interaméricain pour protéger les droits sociaux est justifiée ou ne l'est pas.

894. Premièrement, L. Hennebel signale qu'un des particularismes interaméricains est que la Convention Américaine est exclusivement centrée sur l'humain. En ce sens, serait donc exclue la protection de la personne morale, car le système se conçoit comme revendicatif de l'intérêt supérieur de l'Être humain, qui lui, est vulnérable, alors que les personnes morales seraient « puissantes »¹⁶¹⁵. A cette caractéristique il faut ajouter aussi que le système interaméricain ne protège pas l'environnement ni les êtres vivants qui s'y trouvent, ce qui tranche avec la conception la plus contemporaine du nouveau constitutionnalisme latino-américain dans sa version andine, assez imprégnée par les logiques du *buen vivir* et de la *Pachamama*.

895. Le système interaméricain cherche à protéger l'Homme, mais pas n'importe lequel, il s'agit comme l'évoque H. Tigroudja, de l'Homme vulnérable et de celui qui l'est potentiellement, à savoir notamment l'enfant, l'indigène, la personne handicapée mentale ou physique¹⁶¹⁶.

896. Deuxièmement, le discours du juge interaméricain dégage une volonté de protection de la personne dans sa dignité. Cette dignité étant commune à tout le genre humain, on s'approche alors de l'idée d'universalité du prescrit judiciaire, qui selon H. Tigroudja a une

¹⁶¹⁵ L. HENNEBEL, « La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme : entre particularisme et universalisme », L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, p.79.

¹⁶¹⁶ H. TIGROUDJA, « La légitimité du particularisme inter-américain des droits de l'Homme en question », L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 390-391.

dimension spatiale et temporelle¹⁶¹⁷. La conséquence n'est pas des moindres car si le juge interaméricain est juge des questions universelles, alors il serait (et d'ailleurs beaucoup de fois il s'estime) légitime pour mobiliser toutes les règles juridiques existantes afin de répondre à la question de droit qui lui est posée. Même si parfois cela entraîne « une distorsion des principes et de la logique du droit international classique, précisément parce que ces principes et cette logique ne sont pas adaptés, toujours aux yeux de la Cour, à la fin du système qui est le sien et dont elle est gardienne.¹⁶¹⁸ »

897. Troisièmement, puisqu'il s'agit d'un régime porteur de sa propre conception de la société internationale et des paramètres normatifs qui la régissent¹⁶¹⁹, alors les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour interaméricaine pour interpréter le Pacte de San José renoncent à la volonté originelle des États, et s'attachent exclusivement au souci d'effectivité des droits¹⁶²⁰.

898. En somme, le juge interaméricain sait que l'impératif de protection effective de la dignité de l'Homme vulnérable, se superpose à la volonté originelle des États et au *statu quo* du droit international. C'est pour cette raison qu'il se permet d'interpréter de manière extensive les droits de la Convention Américaine afin de protéger les droits sociaux.

Section 3) La protection des droits sociaux par le Conseil constitutionnel français

899. Il semblerait qu'en France le problème ne réside pas trop dans la reconnaissance de l'importance des droits sociaux, mais plutôt dans l'effectivité d'un certain nombre d'entre eux. Pourtant, rapprocher les droits sociaux avec la notion d'effectivité revient à s'interroger sur la pertinence de ces droits au vu de leurs finalités. Il est donc légitime de se demander s'il existe les conditions nécessaires pour croire que les droits sociaux sont effectifs. C'est un fait historique que pour atteindre l'effectivité, ces droits ont subi un long processus de juridicité qui débute bien avant les républiques ; or il est tout aussi vrai que certaines

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 395.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 397.

¹⁶¹⁹ Voir en ce sens l'idée d'élargissement du contenu matériel du *jus cogens* et la thèse du nouveau *jus gentium* développée par A.-A. CANÇADO TRINDADE, « Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles : souvenirs de la Cour Interaméricain des Droits de l'Homme », L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 37 et ss.

¹⁶²⁰ H. TIGROUDJA, « La légitimité du particularisme interaméricain des droits de l'Homme en question », *op. cit.*, p. 398.

catégories de droits sociaux demeurent exclues de toute fondamentalisation (le droit à l'alimentation par exemple), ce qui *a priori* rendrait ces droits ineffectifs (I). Pourtant, même si les droits sociaux sont reconnus formellement il arrive que leur application apparaisse comme approximative ou incorrecte. C'est à ce moment que surgissent les mécanismes juridiques de réclamation des droits (la question prioritaire de constitutionnalité par exemple), ce qui entraîne des interprétations extensives de la part des juges, alimentant, peut-être illusoirement, l'espoir d'une construction effective des droits sociaux (II).

I. La fondamentalisation partielle des droits sociaux

900. Parmi les droits de l'Homme, certains possèdent un caractère formellement fondamental et d'autres restent en marge de cette fondamentalité. Ainsi, au sein des normes de type constitutionnel et conventionnel on constate une reconnaissance certaine mais partielle des droits sociaux. Quelques fois aussi, alors que les objectifs sociaux sont reconnus par des normes, ils ne possèdent pas un caractère suffisamment contraignant pour les débiteurs. On transforme alors le droit social apparemment reconnu en une simple déclaration d'intention que les États considèrent comme optionnelle ou évolutive. A travers l'exemple du droit à l'éducation, qui est le droit social le plus anciennement accepté, nous allons voir tout d'abord, que certains droits sociaux sont clairement reconnus et effectivement mis en œuvre (A). Puis, on observera la situation de droits sociaux difficilement effectifs du fait de la précarité de leur fondamentalité formelle (B).

A. L'acceptation d'une juridicité des droits sociaux : l'exemple du droit à l'éducation

901. Axiologiquement il existe peu de résistances l'importance du droit à l'éducation. En effet, si le droit constitue une garantie de développement de toutes les possibilités de la personnalité de chaque individu¹⁶²¹, c'est bien le droit à l'éducation qui assure le mieux ce développement, car il permet de développer les capacités intellectuelles et manuelles de

¹⁶²¹ F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, p. 125.

l'individu afin d'évoluer vers deux finalités propre à l'humain : l'autonomie et la *capabilité*¹⁶²².

902. De même, l'éducation mobilise le potentiel intellectuel de la personne afin qu'elle se constitue un métier source de revenus, capable de lui assurer une meilleure qualité de vie à l'avenir¹⁶²³. En d'autres termes, l'éducation est profondément liée à l'humanité de la personne puisque c'est elle qui assure à l'Homme la liberté et son indépendance, c'est encore elle qui guide l'Homme dans sa recherche d'une place au sein de la société. En ce sens, le droit à l'éducation est inhérent à la qualité d'Être Humain. Pour ce motif, ce droit est important du point de vue axiologique, au même temps que cette importance s'exprime aussi à travers le formalisme des normes juridiques.

903. Il faut observer ici que la construction des droits sociaux est assez lente. Il apparaît tout d'abord une conception ou un principe philosophique rattaché au domaine social. Par exemple, les concepts de « justice », ou de « fraternité », qui, bien que multi-centenaires, illustrent les fondements rhétoriques ou les prémisses des droits sociaux. Or ces concepts assez généraux ne se consolident que de façon récente lorsqu'une reconnaissance normative les prend comme source d'une politique publique. Pourtant le droit à l'éducation fait exception à ce schéma d'évolution assez lent. Il suit en effet un cheminement parallèle à la constitutionnalisation sociale¹⁶²⁴, et ce dans la plupart des États occidentaux. En France la reconnaissance constitutionnelle de l'éducation est l'une des plus anciennes dans le champ du social, et constitue, dès la fin du XIXe siècle, une des bases du système républicain¹⁶²⁵.

904. Par exemple, la première Constitution républicaine de 1793 reconnaît dans son article 22 que « l'instruction est le besoin de tous... »¹⁶²⁶. De façon plus contemporaine l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît « le droit à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture » à travers « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés... ». Cette reconnaissance qui intervient dès les premières heures de

¹⁶²² A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, le Seuil, 2000, pp. 65-67, P. MEYER-BISCH, *L'économie des droits de l'homme. Le réalisme d'une confiance commune*. Les colloques de la CNCDH, Paris, La documentation Française, 2009, p. 76.

¹⁶²³ P. MEYER-BISCH, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶²⁴ C.-M. HERRERA, *Les droits sociaux*, Paris, PUF, 2009, p. 76.

¹⁶²⁵ *Ibid.*

¹⁶²⁶ Avant cela, la Constitution de 1791 énonce dans le titre Ier qu'« il sera créé et organisé une instruction publique commune à tous les citoyens ».

la République implique une construction plus longue et donc un droit mieux abouti du point de vue déclaratif et matériel. C'est la raison pour laquelle dès la III^{ème} République, les lois Ferry de 1881 et 1882 déclarent l'enseignement primaire public, gratuit et obligatoire. Matériellement on observe que ce droit social est assez consolidé en France puisque c'est l'axe social qui garde la part du budget la plus grande de l'État. On peut constater qu'en 2010, la recherche et l'enseignement scolaire et supérieur représentent près de 107 milliards d'euros¹⁶²⁷ soit près de 21% des charges de l'État.

905. Ces aménagements (déclaratifs et de moyens) indiquent qu'à la différence d'autres droits, les obligations qui découlent de l'enseignement ne sont pas entièrement déléguées à la société. Bien au contraire, ce domaine ayant une fonction politique de formation du jugement public¹⁶²⁸, le code de l'éducation établit que ce service public constitue la première priorité nationale¹⁶²⁹, ce qui a pour conséquence que son effectivité est assurée par l'État, consolidant sûrement un aboutissement de ce droit.

B. La non-juridicité ou l'ineffectivité des droits sociaux : l'exemple du droit au logement et du droit à l'alimentation

906. Certains droits sociaux sont difficilement effectifs. Bien entendu les causes sont diverses : un refus du politique pour approuver des normes qui mettent en œuvre ces droits ; un manque de coercition en cas de manquement aux obligations qui découlent de ces droits ; mais aussi à cause de l'ambiguïté des textes. Ici on focalisera notre attention notamment sur le cas du droit au logement opposable (1), et sur le cas du droit à l'alimentation (2).

1) Le droit au logement et l'ambiguïté de son opposabilité

907. Le droit au logement est-il un droit fondamental ? Si on se place sous le prisme formel, en droit interne il est difficile de répondre à cette question par l'affirmative étant donné son absence dans le bloc de constitutionnalité. De son côté, en droit international, le droit au

¹⁶²⁷ « Budget 2010 : le budget des engagements tenus - MESR : enseignementsup-recherche.gouv.fr » (consulté le 21 octobre 2013, <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid49102/budget-2010-le-budget-des-engagements-tenus.html>.)

¹⁶²⁸ C. TEITGEN-COLLY, *Propos liminaires*, Présenté à La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008 réalité d'un idéal commun?, Paris, La documentation Française, 2009, p. 86.

¹⁶²⁹ Art. 1er de la loi n° 89-486, dite loi d'orientation sur l'éducation, du 10 juillet 1989).

logement se déduit tout au plus de l'article 25 de la DUDH qui énonce le droit à un niveau de vie adéquat¹⁶³⁰. C'est seulement dans l'article 31 de la Charte sociale européenne que nous trouverons l'embryon de cette fondamentalité formelle au niveau régional.

908. Cette disparité dans la reconnaissance normative n'est pas sans conséquence dans l'exécution du droit au logement et donc, dans sa prétendue effectivité. En effet, l'exemple du logement met en évidence qu'en matière de droits sociaux l'effectivité des dispositions constitutionnelles est pour le moins relative. C'est-à-dire que le droit au logement, à l'image d'autres droits sociaux, faute d'être explicitement reconnu en tant que droit par le corpus de la Constitution de 1958, doit être interprété ou déduit à partir de principes économiques et sociaux du préambule de 1946.

909. Ainsi, si la reconnaissance constitutionnelle d'un droit assure l'importance et la légitimité de ce droit dans les objectifs de la République, *a contrario*, l'absence de reconnaissance constitutionnelle d'un droit le rend dépendant des aléas de l'interprétation juridique. Ceci n'arrange en rien le flou conceptuel qui subsiste sous la dénomination « droits sociaux », traversée de tensions, d'ambiguïtés et de confusions¹⁶³¹.

910. Il n'est donc pas étrange que suite à la loi Quillot du 22 juin 1982 ou à la loi du 6 juillet 1989 relatives respectivement au droit fondamental à l'habitat et au logement, la doctrine se soit empressée de souligner le caractère fallacieux ou faux du droit au logement¹⁶³², ou encore, que lors de la discussion sur le droit au logement opposable, la doctrine se soit questionnée autant sur la portée technique de ce droit. Mais, comme le souligne C. Roulhac :

« la loi joue un rôle particulièrement déterminant pour la réalisation de certains droits de l'homme [et] les réticences des acteurs juridiques, qu'on les regrette ou les trouve justifiées au regard notamment du principe démocratique, ont pour effet de conditionner la réalisation des droits de l'homme à l'intervention du législateur et/ou du pouvoir réglementaire. Et c'est ainsi que, dans le cadre de politiques publiques, de nouveaux

¹⁶³⁰ Art. 25-1 Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 ; V. aussi l'art. 11-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966.

¹⁶³¹ C.-M. HERRERA, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶³² G. CORNU, *Introduction - Les biens - Les personnes*, Paris, Montchrestien, 2005, n° 9, p. 15 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, Paris, Flammarion, 1996, p. 125, C. WOLMARK, « *L'opposabilité du droit au logement* », *Rec. Dalloz* 2008, p. 104 et s.

"droits" sont régulièrement reconnus par le législateur (RMI en 1988, droit au logement en 1990...), qui peut le cas échéant aménager des procédures spéciales pour ouvrir l'accès des justiciables aux prétoires, comme l'a illustré la mise en place par le législateur de la procédure dite "DALO" en 2007¹⁶³³ ».

911. Sur la question du droit au logement en France, la notion d'opposabilité tente de donner force au droit au logement, or l'effet est inverse car ladite notion est mal définie, ce qui la rend incertaine et finit par affaiblir le droit au logement¹⁶³⁴ lui-même. En effet, malgré les bonnes volontés préalables de créer ou uniformiser une politique publique effective et efficace en matière de logement, la loi du 5 mars 2007 (dite loi DALO) permet l'exécution d'une procédure à l'encontre du seul Préfet et non des tiers¹⁶³⁵. En ce sens, J.-L. Aubert affirme que puisque cette opposabilité ne manifeste pas ses effets contre des tiers, alors on ne pourrait pas dire qu'il existe un droit subjectif au logement¹⁶³⁶ (dans le sens d'une prérogative de laquelle peut se prévaloir le sujet de droit). Ce raisonnement est intéressant car il dissocie la conception classique d'opposabilité (qui oppose une demande aux tiers) avec celle de l'opposabilité du droit au logement (qui oppose la demande du droit à la seule administration afin de ne pas porter atteinte au droit à la propriété privée). Concrètement, puisque la responsabilité sociale de loger le mal logé ou le sans logement se réduit à la seule responsabilité de l'Administration et non pas à celle de toute la société, par extension du concept de solidarité, alors les chances d'observer l'exécution du droit se réduisent aux seules possibilités du contingent réservé au Préfet, ce qui réduit considérablement le potentiel d'effectivité du droit au logement.

912. De plus, dans le cas où les injonctions du Tribunal Administratif ne sont pas respectées, l'État peut être condamné à une astreinte. Or celle-ci ne profite pas au demandeur du logement, mais elle alimente un fond public, ce qui veut dire qu'en aucun cas le demandeur ne sera indemnisé ou rétabli pour l'absence d'application du droit. Comme l'explique C. Wolmark, le demandeur aura seulement participé, sans le vouloir, à l'amélioration de la

¹⁶³³ C. ROULHAC, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°5/2014, (Consulté le 14 novembre 2016, <http://revdh.revues.org/741>).

¹⁶³⁴ Alors qu'en droit interne le caractère fondamental du droit au logement se déduit de façon compliquée voire incertaine à partir de principes juridiques découlant du bloc de constitutionnalité. En droit international il est possible de déduire cette *fondamentalité* à partir du droit à un niveau de vie suffisant. Au niveau régional la reconnaissance est plus claire, l'article 31 de la Charte européenne évoquant le droit au logement.

¹⁶³⁵ C. WOLMARK, « *L'opposabilité du droit au logement* », *Rec. Dalloz* 2008, p.104 et s.

¹⁶³⁶ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, 11e éd., 2006, Sirey, n° 187.

situation du logement par le biais de la condamnation du préfet à alimenter un fond destiné à l'aménagement urbain ou à la construction de logements sociaux¹⁶³⁷. À cet égard, il est important de souligner que le juge européen a condamné la France pour ce système qui malgré une condamnation à payer des astreintes, ne prévoit aucune disposition impérative obligeant l'État à loger le demandeur ou du moins à compenser sa situation de précarité¹⁶³⁸.

913. Certainement le droit au logement opposable permet d'approfondir l'action de l'État de droit en matière de droits-créances et qu'il constitue un mécanisme d'exigibilité de ce droit social à l'encontre de l'Etat. Pourtant, l'exclusion de la procédure des étrangers résidant régulièrement sous couvert de titres de séjour précaires réduit l'effectivité du dispositif d'opposabilité, surtout lorsqu'on tient compte du fait que 9,6% des ménages qui occupent le parc locatif sont des étrangers et que ce nombre est en constante augmentation¹⁶³⁹.

914. La question de l'effectivité (c'est-à-dire de la réalité) du droit au logement opposable tient pour beaucoup à la maîtrise de l'État sur son contingent de logements. Or la Préfecture a un droit sur 30 % des Hébergements à Loyer Modéré (HLM), mais elle connaît mal le volume de logements sur lequel elle peut exercer leur droit de réservation et de présentation¹⁶⁴⁰.

2) Les « droits » sociaux en marge de la juridicité : l'exemple du droit à l'alimentation

915. Si les droits économiques sociaux et culturels sont les parents pauvres des droits de l'Homme à cause de leur formulation vague et de leur caractère progressif¹⁶⁴¹, alors le droit à l'alimentation fait sûrement partie des parents pauvres des droits sociaux, si l'on tient compte du manque de reconnaissance normative qui l'empêche d'être, du moins, un droit de deuxième génération.

¹⁶³⁷ C. WOLMARK, *op. cit.*, p. 104 et s.

¹⁶³⁸ CEDH, *Mme T. c. France*, 9 avril 2015, Req. n° 65829/12.

¹⁶³⁹ M. AMZALLAG et C. TAFFIN, *Le logement social*, 2^e éd. Politiques locales, Paris, LGDJ, 2010, p. 75.

¹⁶⁴⁰ INSPECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION, « Rapport sur la gestion du contingent préfectoral de 5% réservé au logement social des agents publics de l'État », Ministère de l'Intérieur, 2011, p.12.

¹⁶⁴¹ C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 89.

916. Contrairement aux autres droits sociaux, l'alimentation ne fait l'objet, ni d'un énoncé dans le bloc de constitutionnalité, ni dans les normes internes, ni même dans les instruments ayant le plus de force en droit international. Pourtant deux programmes européen et national¹⁶⁴² pallient le manque d'aliments chez les personnes disposant de peu de ressources, laissant entrevoir que si le droit à l'alimentation n'existe pas formellement, il existe un mécanisme de solidarité propre aux droits sociaux qui s'exerce en vue de rendre l'alimentation effective pour les bénéficiaires des programmes.

917. Ainsi, pour le rapporteur spécial sur le droit de l'Homme à l'alimentation, et selon l'Observation Générale n° 12 du CODESC, ce droit consiste dans l'accès régulier, permanent et sans restrictions à l'alimentation, soit directement, soit par l'achat, en respectant un niveau de quantité et qualité suffisantes¹⁶⁴³.

918. Partant de cette définition, l'existence d'un droit à l'alimentation se traduirait par deux exigences pesant sur le législateur. D'une part, par l'existence de conditions pour que chacun puisse obtenir les aliments en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre¹⁶⁴⁴. D'autre part (faute d'autonomie chez tous les individus et au vu de l'importance vitale de ce droit) il faudrait compter avec un mécanisme social de soutien aux personnes qui par leurs conditions ne peuvent accéder correctement aux aliments. Dans le cas français, encourager l'emploi, instaurer le revenu de solidarité active (RSA), ou protéger le principe de l'obligation alimentaire en droit civil (qui résulte de la solidarité intrafamiliale), pourraient être interprétés comme des recours de l'État à des obligations positives pour réaliser le droit à l'alimentation. On peut considérer aussi que l'État assure les conditions de réalisation du droit à l'alimentation par des obligations négatives car il se garde de créer des pénuries alimentaires, ou parce qu'il ne taxe pas excessivement les produits alimentaires de première nécessité.

¹⁶⁴² Programme Européen d'Aide aux plus Démunis (PEAD) créée en 1987 et Programme National d'Aide Alimentaire (PNAA) créée en 2004.

¹⁶⁴³ Le droit à l'alimentation se différencie du droit de l'alimentation dans le sens où ce dernier régule uniquement la qualité des aliments sans pour autant assurer l'octroi effectif des denrées pour vivre alors que le premier assure plus largement l'accès aux aliments.

¹⁶⁴⁴ Ceci implique des obligations positives, par exemple : faciliter l'emploi, s'assurer que le salaire minimum permette de subvenir aux besoins alimentaires vitaux mais encore des obligations négatives, par exemple : ne pas bloquer le commerce d'aliments de première nécessité en créant une pénurie, ne pas taxer excessivement les produits alimentaires de première nécessité.

919. Cependant, alors même que cette interprétation défend l'existence tacite d'un droit à l'alimentation, il n'en demeure pas moins que sa non-reconnaissance formelle est pénalisante chez les personnes qui ne peuvent se procurer les denrées alimentaires, celles-ci ne pouvant se prévaloir d'aucun outil juridique leur permettant d'exiger un accès à l'alimentation.

920. En ce sens, la supposition de satisfaction, alimente une présomption d'efficacité de ce droit. C'est sous couvert de cette présomption peu vérifiée qu'on admet la non-impérativité du droit à l'alimentation et qu'on permet son existence sous un statut précaire du point de vue de l'effectivité et sous un statut marginal du point de vue formel.

921. S'agissant de la justiciabilité du droit à l'alimentation, elle peut être déduite de la notion d'« état de nécessité ». Il s'agit d'une cause d'irresponsabilité pénale pour l'atteinte portée au bien d'autrui, dans le cas où celui qui a commis l'acte se trouve « face à un danger actuel ou imminent qui menace lui-même, autrui ou un bien [...] sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace¹⁶⁴⁵ ». Cela signifie donc que l'État prend la décision de se désengager de son rôle de garant de la sécurité des biens (propriété) des individus, pour assurer une garantie *in extremis* de la sécurité de la personne qui serait en état de vulnérabilité¹⁶⁴⁶. En d'autres termes, et de manière assez logique, l'état de nécessité signifie que la sécurité de la personne relève d'un caractère impératif qui prime sur les garanties de protection de la propriété privée¹⁶⁴⁷.

922. Cependant les conditions pour être couvert par l'état de nécessité sont assez strictes, puisqu'il ne s'agit pas d'éliminer ou de déstabiliser le système de sécurité des biens et le principe de respect de la propriété privée, mais il s'agit uniquement d'apporter une limite exceptionnelle pour des situations d'extrême urgence. En ce sens, en janvier 1997 le tribunal correctionnel de Poitiers avait relaxé une mère de famille pour avoir volé des aliments afin

¹⁶⁴⁵ Art. 122-7 du Code pénal.

¹⁶⁴⁶ Voir en ce sens l'affaire de Louise Ménard où le juge Magnaud soulève le caractère vulnérable de la prévenue au moment du vol de nourriture : « elle n'avait pas d'argent et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis trente-six heures ; que ni elle, ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps [...] il est regrettable que dans une société bien organisée [...] une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute; que lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est, comme pour Louise Ménard, très nettement établie, le juge peut, et doit, interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ». Tribunal de Château-Thierry, Affaire *Louise Ménard*, 4 mars 1898, 25 U61.

¹⁶⁴⁷ P. KALAMATIANOU, « L'état de nécessité sous l'angle du droit comparé et de la justice pénale internationale », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2/2004, p. 450.

d'améliorer l'ordinaire de ses enfants, en estimant que celle-ci se trouvait au moment des faits, dans un état de nécessité. Cependant la Cour d'Appel de Poitiers a soutenu que les difficultés financières de la prévenue étaient insuffisantes pour caractériser un danger réel et imminent ce qui était incompatible avec l'état de nécessité¹⁶⁴⁸.

923. Ces considérations semblent exclure le droit à l'alimentation de la catégorie des droits de l'Homme en France, ce qui semble se confirmer en 2017 par la décision du Conseil d'État en matière d'interdiction de fouiller dans les poubelles afin de collecter des déchets¹⁶⁴⁹. Dans cette affaire le juge administratif a opposé le fait que l'acte de fouille provoque l'éparpillement des poubelles sur la voie publique, ce qui perturbe le bon fonctionnement du service public de ramassage des déchets et porte atteinte à la salubrité publique. Pourtant, la conséquence de cette décision d'interdire la fouille dans les poubelles revient à pénaliser une réaction des couches sociales les plus pauvres qui cherchent des biens abandonnés afin de subvenir à des besoins sociaux insatisfaits, dont la nourriture. En ce sens, la décision du juge administratif paraît disproportionnée car, dans son élan protecteur du bon fonctionnement du service public, il semble oublier de protéger le droit à la subsistance des personnes, qui en usant d'une liberté (celle d'accéder à des biens abandonnés) cherchaient à pallier à des situations sociales d'extrême urgence comme la faim par exemple.

924. On l'aura compris, le droit à l'alimentation en tant que droit de l'Homme cède face à d'autres considérations juridiques (d'ordre administratif), ce qui revient à dire qu'en France le droit à l'alimentation ne présente pas les conditions d'un véritable droit de l'Homme, dans le sens d'un droit au sommet de la hiérarchie de normes ou même au sommet de considérations axiologiques qui pourraient être prises en compte par les juges. Sur le plan international ou sur le plan comparé, il faut constater néanmoins que le juge a pu s'appuyer parfois sur des stratégies qui lui ont permis de contourner l'absence de consécration formelle de ce droit, ou alors de compenser l'absence de compétence du juge pour connaître de la disposition qui le consacre¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁸ CA Poitiers 11 avril 1997, JCP 1997 II.22933, note A. OLIVE.

¹⁶⁴⁹ CE, 15 novembre 2017, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*, n° 403275.

¹⁶⁵⁰ C. NIVARD, « Le droit à l'alimentation », *La Revue des Droits de l'Homme*, 1/2012, pp. 247-248.

II. L'évolution de l'effectivité des droits sociaux en France

925. Lorsque l'existence normative des droits sociaux est avérée et que ces normes n'accomplissent pas les buts pour lesquelles elles furent créées, il existe quelques fois des mécanismes juridictionnels permettant l'exécution des droits sociaux. La justiciabilité est sûrement l'un des mécanismes juridique les plus efficaces dans l'évolution de l'effectivité des droits sociaux, étant donné qu'elle peut permettre d'invoquer les droits sociaux en justice afin de défendre le principe de leur mise en œuvre, face à des mesures générales destinées à réduire le niveau de la protection en question¹⁶⁵¹.

926. On constatera que la protection du social par le juge constitutionnel est réelle, mais qu'elle ne se caractérise pas par sa richesse. En ce sens, tout d'abord on rendra compte de l'état de la jurisprudence constitutionnelle en matière sociale à travers les principales décisions constitutionnelles (A). Puis nous verrons que malgré la prometteuse procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), elle n'a pas eu d'effet de garantie pour renforcer la justiciabilité des droits sociaux (B).

A. Une jurisprudence sociale constitutionnelle fondée sur les prémisses du Préambule de 1946

927. L'apparition des droits sociaux et leur reconnaissance au plus haut sommet de la hiérarchie des normes (Constitution française de 1946 et Déclaration universelle des droits de l'Homme), ne suffit pas à garantir l'effectivité de ces droits. Il faut encore les exécuter (faire ou ne pas faire) et surtout contrôler la conformité des normes aux droits fondamentaux, parmi lesquels se trouvent les droits sociaux.

928. Dès 1803 l'arrêt *Marbury c. Madison* place les États-Unis à l'avant-garde concernant le contrôle de constitutionnalité des normes. L'Europe ne connaîtra une évolution positive du contrôle de constitutionnalité qu'entre les années 1930 et 1970¹⁶⁵². En France, bien que la Constitution de 1958 crée le Conseil constitutionnel, ses compétences sont réduites et uniquement un nombre limité de personnes sont autorisées à le saisir.

¹⁶⁵¹ C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶⁵² La Constitution autrichienne de 1920 est la première au monde à proclamer l'existence d'un Conseil constitutionnel, grâce à l'influence de H. Kelsen.

929. Alors qu'en matière de libertés, les juges ordinaires réussissent à contourner l'impossibilité de contrôle des normes grâce à un contrôle externe (en référence au droit international public)¹⁶⁵³, en matière sociale l'absence de droit social international empêche l'existence d'un contrôle des normes nationales en référence aux droits sociaux. Les mécanismes de garanties des droits sociaux par le juge français restent donc limités.

930. À partir de la fin des années 1970, le Conseil constitutionnel français s'appuie sur une référence au Préambule de la Constitution de 1946, mais cette référence n'est pas pour autant systématique. A cet égard, avant l'apparition de la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) en 2010 ce sont de simples décisions constitutionnelles qui ont cherché à garantir les droits sociaux

931. A cet égard, en matière sociale, O. Dutheillet de la Mothe rappelle que la jurisprudence constitutionnelle est dominée par trois grands principes : « *le Conseil constitutionnel a [...] donné, en droit du travail, une portée considérable au principe de participation ; il n'exerce [...] qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre des droits créances du Préambule de 1946 ; [il] est amené à concilier, en permanence, les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 avec les libertés fondamentales de la déclaration de 1789*¹⁶⁵⁴ ».

932. En premier lieu, concernant les droits des travailleurs, le Conseil constitutionnel, sous couvert de l'alinéa 5 du Préambule, a reconnu expressément la valeur constitutionnelle du droit à obtenir un emploi¹⁶⁵⁵. En ce sens les sages ont établi qu'il « appartient [à l'État] de poser des règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre d'intéressés possible¹⁶⁵⁶ ». En 2011, le Conseil constitutionnel n'hésitera pas à réaffirmer ce principe par le biais d'une

¹⁶⁵³ Cass., *Société des cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975, 73-13556 ; CE, *Nicolo*, 20 octobre 1989, *Rec. Lebon* p. 190.

¹⁶⁵⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 45/2014, (consulté le 25/02/2017, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-45.142398.html>.)

¹⁶⁵⁵ C. constit., 86-207 DC, 26 juin 1986, cons. 32, *Rec. p.* 61 ; C. constit. 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 26, *Rec. p.* 258.

¹⁶⁵⁶ C. constit., 85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 4, *Rec. p.* 9.

des premières QPC en matière sociale¹⁶⁵⁷. Le Conseil constitutionnel a aussi jugé que l'indemnisation chômage constitue une garantie issue de l'alinéa 5 du Préambule par combinaison avec le principe de solidarité¹⁶⁵⁸.

933. Dans le cadre de l'action syndicale (al. 6) et du droit de grève (al. 7), les « sages » ont affirmé la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale¹⁶⁵⁹, et ont reconnu que la défense des intérêts professionnels pouvait s'exercer à travers la grève¹⁶⁶⁰. Or, ils ont établi aussi que la continuité du service public revêt le caractère de « principe de valeur constitutionnelle » au même titre que le droit de grève, ce qui signifie que le droit de grève peut être limité, voire interdit « aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays¹⁶⁶¹ ».

934. En deuxième lieu, concernant le droit à l'instruction, les juges de la rue Montpensier ont réaffirmé, sous couvert de l'alinéa 13, la valeur constitutionnelle du droit d'égal accès à l'instruction¹⁶⁶².

935. En troisième lieu, s'agissant de la protection de tout être humain qui en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler (al. 11) et aux conditions de développement que l'État doit lui assurer (al. 10), le Conseil constitutionnel déduit que la mise en œuvre des politiques de solidarité nationale favorisant les plus démunis découlent des alinéas 10 et 11 du Préambule. Ainsi, « il appartient au législateur, pour y satisfaire, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées [...] Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel¹⁶⁶³ ».

¹⁶⁵⁷ « Il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer, conformément aux dispositions du cinquième alinéa du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre ». C. constit., 2010-98 QPC, 4 février 2011, cons. 3, Rec. p. 108.

¹⁶⁵⁸ « [L]es personnes exerçant une activité professionnelle [sont tenue] à l'indemnisation de celles qui en sont privées » C. constit., 85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 4, Rec. p. 9.

¹⁶⁵⁹ C. constit., 82-144 DC, 22 octobre 1982, cons. 9, Rec. p. 61 ; C. constit., 89-257 DC, 25 juillet 1989, cons. 22 et 23, Rec. p. 59.

¹⁶⁶⁰ C. constit., 79-105 DC, 25 juillet 1979, Rec. p. 33.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² C. constit., 2001-450 DC, 11 juillet 2001, cons. 31 à 33, Rec. p. 82.

¹⁶⁶³ C. constit., 2011-137 QPC, 17 juin 2011 ; C. constit., 2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 100 et 101, Rec. p. 218.

936. De la combinaison des alinéas 10 et 11, découle aussi toute une série de droits caractéristiques du système social français. Tout d'abord, le principe d'aide aux familles, ce qui implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille, « le législateur [pouvant] choisir les modalités d'aide aux familles qui lui paraissent appropriées¹⁶⁶⁴ ». Mais aussi, le droit à un logement décent qui a été reconnu en 1995¹⁶⁶⁵, et qui a été élevé au rang d'objectif de valeur constitutionnelle en 2009¹⁶⁶⁶. A travers une QPC de 2011, les « sages » ont fait appel aux alinéas 10 et 11 du Préambule pour invoquer le principe de dignité de la personne humaine afin de réaffirmer « que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle » que le législateur doit mettre en œuvre¹⁶⁶⁷.

937. Par ailleurs, du seul alinéa 11 du Préambule, le Conseil constitutionnel a déduit la protection sociale, les retraites et le droit à la protection de la santé. En ce sens, les « sages » ont confirmé la valeur constitutionnelle de la protection sociale en 1987¹⁶⁶⁸, mais encore ils ont soutenu le régime d'assurance sociale des accidents du travail et des maladies professionnelles établi par la loi n° 56-2426 du 30 octobre 1946¹⁶⁶⁹. De même, l'alinéa 11 établit une protection pour les « vieux travailleurs », ce qui implique pour les juges de la rue Montpensier, une exigence constitutionnelle de mettre en œuvre un système des retraites fondé sur le principe de solidarité nationale¹⁶⁷⁰.

938. Enfin, aux termes de l'alinéa 11, tous et notamment les personnes les plus vulnérables de la société se voient garantir le droit à protection de la santé, droit auquel le juge constitutionnel confère la qualité de valeur constitutionnelle dès 1980¹⁶⁷¹. Encore une fois en matière sociale, le juge constitutionnel énonce qu'il revient au législateur de statuer « dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive

¹⁶⁶⁴ C. constit., 97-393 DC, 18 décembre 1997, cons. 30 à 34, Rec. p. 320.

¹⁶⁶⁵ C. constit., 94-359 DC, 19 janvier 1995, cons. 5 et 7, Rec. p. 176.

¹⁶⁶⁶ C. constit., 2009-578 DC, 18 mars 2009, cons. 12, Rec. p. 73.

¹⁶⁶⁷ C. constit., 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, cons. 3 à 5, 8 et 9, Rec. p. 478.

¹⁶⁶⁸ C. constit., 86-225 DC, 23 janvier 1987, cons. 16 et 17, Rec. p. 13.

¹⁶⁶⁹ C. constit., 2010-8 QPC, 18 juin 2010, cons. 11, Rec. p. 117.

¹⁶⁷⁰ C. constit., 2010-617 DC, 9 novembre 2010, cons. 7 et 8, Rec. p. 310.

¹⁶⁷¹ C. constit., 80-117 DC, 22 juillet 1980, cons. 4, Rec. p. 42 ; C. constit., 90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 7 et 8, Rec. p. 11 ; C. constit., 2009-584 DC, 16 juillet 2009, cons. 6, 15 et 19, Rec. p. 140.

pas de garanties légales des exigences constitutionnelles¹⁶⁷². » Par exemple en matière de « politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective [ou] pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques¹⁶⁷³ ».

B. La Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) : une évolution en matière d'exigibilité des droits sociaux ?

939. La protection conventionnelle des droits sociaux, nourrie d'une multiplicité de textes, se confronte à deux difficultés : soit elle comporte rarement un effet direct, soit les énoncés sont rédigés de façon trop vague¹⁶⁷⁴ pour qu'au niveau national, le juge ordinaire puisse dégager une prestation quelconque. De même, au niveau européen, la crainte du juge d'empiéter sur le domaine de compétence du législateur justifie le caractère vague des droits sociaux¹⁶⁷⁵.

940. Force est de constater que la protection des droits sociaux n'est pas meilleure en droit constitutionnel dans la mesure où le préambule de la Constitution de 1946 est constitué d'un grand nombre de formules vagues, et, au surplus, où la théorie de la loi-écran empêche d'écarter une loi contraire à la Constitution. Il n'est donc pas anodin que le Conseil d'État et la Cour de Cassation aient préféré fonder leurs décisions sur les normes internationales plutôt que sur la Constitution qui en définitive est moins protectrice¹⁶⁷⁶. En effet, selon un segment de la doctrine, il se dégage deux catégories de droits sociaux dans le Préambule : une catégorie de droits sociaux constitutionnalisés et exigibles, le droit de grève ou la liberté syndicale par exemple. Et une autre catégorie « d'objectifs de valeur constitutionnelle », d'une nature sûrement plus programmatique, car ils ne peuvent être exigés de la même façon que des droits¹⁶⁷⁷. Ainsi, le Conseil Constitutionnel observera que le droit à obtenir un emploi n'est pas un « droit subjectif directement justiciable » mais qu'il s'agit « [d']un

¹⁶⁷² C. constit., 2010-605 DC, 12 mai 2010, cons. 33, Rec. p. 78.

¹⁶⁷³ C. constit., 2015-458 QPC, 20 mars 2015, cons. 10, texte n° 47.

¹⁶⁷⁴ E. CELESTINE, Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels. Présenté à VII Congrès français de droit constitutionnel, Paris, p. 4.

¹⁶⁷⁵ D. ROMAN, « La *justiciabilité* du droit au logement et du droit à la sécurité sociale : les droits sociaux au-delà des droits créances », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, editor, 2010, pp. 267-281.

¹⁶⁷⁶ E. CELESTINE, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷⁷ C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica, op. cit.*, p. 72.

intérêt collectif directement opposable au législateur » (83-156 DC, 28 mai 1983)¹⁶⁷⁸. Ce raisonnement dispose de multiples précédents dont le plus emblématique est la décision Tallagrand (CE, 29 novembre 1968) qui limite la justiciabilité des droits sociaux en « [l']absence de disposition législative précise », quand bien même le principe de solidarité serait énoncé dans l'alinéa 12 du Préambule.

941. A défaut de concrétisation normative, certains droits sociaux, et notamment ceux qui se caractérisent pour être des « droits à prestation » demeurent ineffectifs sur le terrain et il en est de même face au juge constitutionnel qui ne peut contraindre le législateur à les mettre en œuvre. Or en 2008, est intervenue la révision constitutionnelle qui a donné naissance à l'article 61-1 de la Constitution et ouvert la voie au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

942. La création du contrôle *a posteriori* permet d'effectuer un contrôle de proportionnalité, le juge ayant ainsi la capacité d'apprécier l'efficacité et l'adéquation des moyens mis en œuvre pour atteindre les finalités sociales. Il a ensuite vocation à rétablir une interprétation de la loi conforme aux droits sociaux constitutionnels¹⁶⁷⁹. Enfin, un tel contrôle suppose une utilisation de l'article 6 de la DDHC, relatif au principe d'égalité, et notamment en ce qui concerne l'égalité d'accès aux droits sociaux¹⁶⁸⁰. Toutefois, on ne peut que déplorer la pauvreté de la jurisprudence dans ce champ, ce qui confirme que la création de la QPC n'a pas révolutionné la protection des droits sociaux. Tout au plus, on peut citer deux décisions importantes : premièrement, la décision *Labane* du 28 mai 2010¹⁶⁸¹ relative à la décrystallisation des pensions des « anciens combattants indigènes. En ce qu'elle leur permet de recevoir une pension en accord avec le pouvoir d'achat de leur pays de résidence, celle-ci constitue, selon les juges, un moyen d'accès aux ressources nécessaires pour subvenir à leurs besoins. Deuxièmement, la décision SAUR du 29 mai 2015¹⁶⁸² qui interdit les entreprises d'interrompre, dans une résidence principale, la distribution d'eau pour non-paiement des factures. Cette décision valide la loi Brottes de 2013 qui poursuivait l'objectif de s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau car il

¹⁶⁷⁸ L. GAY, *La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité*. Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°16/2011 (Consulté le 12 décembre 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-16/la-notion-de-droits-creances-a-l-epreuve-du-controle-de-constitutionnalite.51982.html>); O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *op. cit.*

¹⁶⁷⁹ E. CELESTINE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ C. const., 2010-1 QPC, 28 mai 2010, Consorts Labane.

¹⁶⁸² C. const., 2015-470 QPC, 29 mai 2015, Société SAUR SAS.

s'agit d'un besoin essentiel de la personne¹⁶⁸³.

943. Cependant, il faut concéder que la procédure de contrôle constitutionnel *a posteriori*, a su maintenir une tradition de la rue Montpensier : concilier le droit de propriété et l'accès à un logement décent. Par exemple, dans la décision *Consorts M. et autres* du 30 septembre 2011, le juge constitutionnel considère que « s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés ; que doit être aussi sauvegardée la liberté individuelle¹⁶⁸⁴, »

944. Il faut signaler cependant que cette analyse ne fait pas l'unanimité chez tous les juges français, notamment à la Cour de Cassation. En ce sens, à l'occasion d'une affaire survenue en 2010, le juge judiciaire s'est prononcé sur le caractère absolu du droit à la propriété, même lorsque ce droit rentre en collision avec le droit au logement, quand bien même serait invoqué le respect de la dignité de la personne¹⁶⁸⁵. Cette divergence de points de vue, loin d'être anodine, peut avoir une répercussion sur la justiciabilité des droits sociaux. Car à partir de l'apparition de la QPC, la Cour de Cassation et le Conseil d'État sont chargés d'apprécier le « caractère sérieux » de la question avant de transmettre ou non l'affaire au juge constitutionnel¹⁶⁸⁶.

945. Il existerait donc un risque que la Cour de Cassation ne transmette pas au juge constitutionnel une QPC en la matière. Or il est intéressant de relever que la Cour de

¹⁶⁸³ Sous couvert de l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

¹⁶⁸⁴ C. constit., 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, *Consorts M.*, cons. 8.

¹⁶⁸⁵ « La Cour consacre en effet le caractère absolu du droit de propriété en jugeant que l'occupation sans droit ni titre d'un terrain ou immeuble appartenant à autrui constitue un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809, alinéa 1er, du CPC, auquel le juge des référés doit mettre fin (Cass., 3ème civ, 20 janvier 2010, n° 08-16.088) » S. SLAMA, (2011, octobre 11). Constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle donnant un caractère absolu à la définition du droit de propriété de l'article 544 du Code civil. *Combats Pour les Droits de l'Homme*, (Consulté le 12 décembre 2013, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/10/11/linterpretation-absolutiste-du-droit-de-propriete-versus-droit-au-logement-des-occupants-sans-droit-ni-titre-cons-constit-dec-n%C2%B0-2011-169-qpc-du-30-septembre-2011-consorts-m-et-autre/>).

¹⁶⁸⁶ La Cour de Cassation semble s'approprier d'avantage les normes constitutionnelles sans pour autant contredire l'incompétence du juge judiciaire en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, voir en ce sens : Cass., 3° Civ., 8 juillet 2011, n° 11-40025.

Cassation s'est montrée particulièrement sollicitée en matière sociale sur deux sujets : le droit des travailleurs et la sécurité sociale. Dans ces affaires elle s'est montrée particulièrement mobilisée par exemple sur le travail de nuit et certains aspects de l'interdiction du travail dominical¹⁶⁸⁷, et des QPC sur les conditions d'octroi de l'allocation due aux travailleurs handicapés¹⁶⁸⁸.

Section 4) La protection des droits sociaux par des instances supranationales en Europe

946. Certaines jurisprudences comparées en Europe pourraient s'avérer intéressantes à notre étude, cependant du fait de la construction juridique de l'espace de protection des droits de l'Homme en Europe, c'est bien à l'échelon régional que l'on retrouve l'alliage le plus intéressant des principes qui définissent et régulent les questions liées aux droits sociaux. Le cas de l'Union Européenne (UE) pourrait révéler certaines avancées, comme par exemple la question de la « citoyenneté sociale européenne », déjà traitée par le droit et la science politique¹⁶⁸⁹. Or l'UE est une organisation vouée à d'autres objectifs essentiels, qui ne sont pas (ou peu) ceux qui font évoluer les droits sociaux. Cela ne signifie pas que l'UE ne défende pas les droits sociaux¹⁶⁹⁰, ça veut dire uniquement que son objet initial (hérité de la Communauté Économique Européenne) semble être d'avantage économique (encourager les investissements, faire circuler les capitaux, rendre un marché commun) que social. En ce sens, l'impact qu'a l'UE en matière de régulation commerciale, de propriété intellectuelle ou monétaire, ne se reproduit pas au niveau de l'évolution des droits sociaux. Pour cette étude il semble donc plus porteur de traiter tout d'abord le cas de la Cour Européenne des droits de l'Homme (I), et aborder ensuite le cas du Comité européen des droits sociaux (II).

¹⁶⁸⁷ Cass., soc., 8 janvier 2014, n° 13-24851.

¹⁶⁸⁸ Cass., 2° civ., 17 février 2011, n° 10-21634.

¹⁶⁸⁹ C. MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Montpellier, PUAM, 2011, 578 p ; S. COPPOLA, « La justiciabilité des droits sociaux dans l'Union Européenne », Thèse de doctorat en science politique, Université de Strasbourg, 2012, pp. 32 et ss.

¹⁶⁹⁰ On peut signaler par exemple que la CJUE confronte souvent les libertés économiques et les droits sociaux ; par ailleurs, pour l'Union Européenne le champ de la non discrimination ou de la citoyenneté sociale sont très importants pour la garantie des droits sociaux.

I. Les principales techniques du juge européen dans la protection des droits sociaux

947. Au-delà du domaine politique, on doit les avancées en matière de protection des droits sociaux, au développement de techniques juridiques rendant les droits sociaux justiciables et donc effectifs. Certains juges ont employé des approches conceptuelles extensives pour défendre les droits sociaux, dans d'autres cas, c'est le principe d'égalité qui a servi de fondement pour la protection des droits sociaux.

948. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la protection des droits est fondamentalement dédiée aux droits civils et politiques par le biais de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et complétée par seize protocoles. À première vue, on ne peut pas dire qu'il existe un système de protection des droits sociaux en Europe, et pourtant, il existe la Charte sociale apparue en 1961, complétée par deux protocoles consolidées par une révision de la Charte en 1996. Ces instruments ont pour objectif d'améliorer le niveau de vie et de promouvoir le bien-être des individus. Les droits consacrés s'attachent principalement à la protection des travailleurs, à la protection de certaines personnes en état de vulnérabilité (mineurs, personnes âgées, migrants travailleurs, travailleuses enceinte), aux garanties en matière de santé et sécurité sociale, de droit au logement, de droit à l'assistance sociale.

949. La Charte sociale ne dispose pas du même poids juridique que la Convention Européenne dans la mesure où la première n'est pas opposable aux États par la voie du juge mais peut être invoquée uniquement devant le Comité Européen des droits sociaux qui n'a aucun pouvoir coercitif. Ainsi, le principal instrument normatif dont dispose le juge européen est la Convention Européenne de 1950. La différence paraît donc bien marquée entre un texte justiciable et un texte déclaratif pourtant sur le terrain de la jurisprudence le juge européen a clairement laissé entendre dès l'affaire *Airey* en 1979, que l'ordre économique et social était le prolongement des droits civils et politiques, ayant tous les deux une implication mutuelle¹⁶⁹¹.

¹⁶⁹¹ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, Requête n° 6289/73, paragraphe 26. De manière plus récente voir CEDH *Annoni di Gussola et autres c. France*, 14 novembre 2000, Req. n° 31819/96 33293/96. Voir L. JIMENA QUESADA, « El complejo diálogo judicial europeo en materia de derechos sociales », *Revista do Instituto Brasileiro de Dereitos Humanos*, n° 11/2011, pp. 95-113.

950. Cette indivisibilité dans les générations des droits de l'Homme va devenir un principe jurisprudentiel en Europe et sera la première méthode interprétative que les juges européens utiliseront pour garantir les droits sociaux. Contrairement aux représentations classiques d'opposition entre droits de première et de deuxième génération, il s'agit ici de comprendre ces deux types de droits comme porteurs d'obligations « positives » d'action et d'obligations « négatives » d'abstention¹⁶⁹². Les droits civils et politiques ne seraient donc pas dépendant d'une unique abstention de l'Etat et les droits sociaux ne dépendraient plus exclusivement de prestations. La conséquence n'est pas des moindres puisqu'il s'agit d'accepter la nécessité d'une multiple dimension dans la garantie des droits de l'Homme.

951. Comme l'expriment F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, ce « décloisonnement des générations de droits s'accompagne, dans la jurisprudence de la Cour, d'un "dialogue des instruments" et d'un "dialogue des juges". Ce qui signifie que les interprétations sociales que le juge fait de la Convention s'accompagnent souvent de références « non seulement au texte même de la Charte sociale européenne, mais aussi à la "jurisprudence" de ses organes d'application. Le *soft law* du Conseil de l'Europe en matière de protection sociale sera lui aussi, le cas échéant, mobilisé aux fins d'enrichir l'interprétation conventionnelle¹⁶⁹³ ».

952. Par ailleurs, le juge européen a créé une ligne jurisprudentielle autour de l'article 14 de la Convention Européenne qui soulève le principe non-discrimination¹⁶⁹⁴. Même s'il n'a pas été possible d'inclure explicitement le principe d'égalité dans l'article 14 de la CEDH, ni dans le protocole européen n° 12 sur l'interdiction de discrimination, ces deux textes contribuent, comme indique le préambule du protocole 12, à la concrétisation du principe d'égalité au-delà de la simple interdiction de discrimination¹⁶⁹⁵. C'est en ce sens qu'en matière de protection sociale, a été établie l'égalité de traitement entre étrangers et

¹⁶⁹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud*, D. ROMAN (dir.) *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, éditeur, 2010, pp. 108-127. (Consulté le 11 janvier 2014, <http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-latine1.pdf>).

¹⁶⁹³ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme », *Pauvreté, dignité, droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*, Bruxelles, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, 2008, p. 68.

¹⁶⁹⁴ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Req. n° 6833/74 ; CEDH, *Feldbrugge c. Pays Bas*, 29 mai 1986, Req. n° 8562/79. De manière plus récente voir CEDH *Andrejeva c. Létonie*, 18 février 2009, Req. n° 55707/00; CEDH, *García Mateos c. Espagne*, 19 février 2013, Req. n° 38285/09.

¹⁶⁹⁵ J.-M. LARRALDE, « La Convention Européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, n°56/2003, pp. 1247-1274.

nationaux dans l'affaire *Gaygusuz*¹⁶⁹⁶, ou l'égalité entre hommes et femmes dans l'affaire *Petrovic*¹⁶⁹⁷ cherchant à résoudre des situations de précarité¹⁶⁹⁸, éliminant ce qui peut être ressenti comme des injustices sociales et contribuant à l'effectivité des droits sociaux. Or, les garanties jurisprudentielles des droits sociaux demeurent assez précaires, et ne sont pas à l'abri d'interprétations sociales régressives¹⁶⁹⁹. C'est bien ce qui s'est encore produit avec l'inadmissibilité de l'affaire *El Orabi*, le juge européen refusant d'admettre la demande d'une femme algérienne réclamant la pension de veuvage de son mari qui était un soldat français¹⁷⁰⁰.

953. Par ailleurs, le juge européen utilise une approche extensive afin d'admettre la justiciabilité d'un droit social à partir de la compréhension ou la définition large d'une notion juridique. À partir de cette approche naît la technique de connectivité des droits ou de protection par ricochet des droits sociaux. En ce sens, le juge peut faire découler des effets sociaux à partir de l'utilisation des textes protégeant les droits civils et politiques. Le cas européen le plus emblématique demeure l'affaire *López Ostra c. Espagne*¹⁷⁰¹ où suite à l'installation d'une station d'épuration d'eaux et de déchets proche du domicile de Mme López Ostra, et aux rapports d'expertise signalant que les nuisances « peuvent constituer un danger pour la santé des riverains »¹⁷⁰², la Cour résout qu'il y a violation à l'article 8 de la CEDH concernant le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce fondement permet de contourner la difficulté liée au fait que le droit à la santé ou à l'environnement sain ne font pas partie des compétences de la Cour. Il a été alors utile d'avoir recours au droit civil et politique présent dans la Convention européenne pour véhiculer la protection du droit social à l'environnement sain¹⁷⁰³. Cette protection par ricochet des droits sociaux s'est étendue à la protection de la santé d'étrangers¹⁷⁰⁴, à la protection de femmes soumises à

¹⁶⁹⁶ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, D., 1998, p. 438, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

¹⁶⁹⁷ CEDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, Req. n° 20458/92.

¹⁶⁹⁸ S.-J. PRISO ESSAWE, *Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, RTDH, n° 36/1998, p. 721.

¹⁶⁹⁹ P. MARGUENAUD-MOULY, « La jurisprudence sociale de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : bilan et perspectives », Droit social, n° 9-10/2010, p. 884.

¹⁷⁰⁰ CEDH, *El Orabi c. France*, 7 mai 2010, Req. n° 20672/05

¹⁷⁰¹ CEDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, rec. n°16798/90.

¹⁷⁰² V. §9 de l'arrêt.

¹⁷⁰³ P. BILLET, M. DUROUSSEAU et G. MARTIN, *Droit de l'environnement et protection de la santé : actes du colloque SFDE Strasbourg 4-5 décembre 2003 ENA*, 2009, Paris, l'Harmattan, p. 191.

¹⁷⁰⁴ CEDH, *D. c. Royaume Uni*, 2 mai 1997, Req. n° 30240/96.

l'esclavage¹⁷⁰⁵, à la protection des mineurs en situation de vulnérabilité¹⁷⁰⁶, à la protection du droit à l'éducation d'enfants gitans¹⁷⁰⁷.

954. Pourtant cette approche n'est pas propre au juge européen, car en droit international les juges ont réussi prendre en compte la garantie du droit à l'alimentation, alors même qu'il s'agit d'un droit social assez marginal. Ainsi, la Cour Internationale de Justice dans son avis sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, énonce des violations portant atteinte au niveau de vie suffisant¹⁷⁰⁸, ce qui, au regard du contexte humanitaire de la région, est rattaché au respect d'une multitude de droits sociaux dont notamment celui à l'alimentation¹⁷⁰⁹.

955. Enfin, de manière assez logique on pourrait se poser la question de l'aptitude qu'aurait l'article 3 de la Convention européenne à défendre les droits des pauvres et précaires sous couvert de la protection contre les traitements inhumains et dégradants, pourtant sur ce point la Cour a été claire en affirmant que ni l'article 3 de la Convention, ni la Convention elle-même « ne garantissent comme tels des droits économiques et sociaux, en ce compris le droit à un logement gratuit, le droit au travail, le droit à l'assistance médicale gratuite ou encore, le droit de réclamer de l'État l'assistance financière nécessaire pour maintenir un certain niveau de vie¹⁷¹⁰ ».

956. Au-delà des techniques de garantie, qui relèvent de la créativité et de l'*empowerment* des juges européens, la doctrine européenne contemporaine paraît préoccupée par ce qui semble être une régression de la jurisprudence sociale, notamment dans un contexte de crise

¹⁷⁰⁵ CEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, Req. n° 73316/01.

¹⁷⁰⁶ CEDH, *Z et autres c. Royaume Uni*, 10 mai 2001, Req. n° 29392/95.

¹⁷⁰⁷ CEDH, *D. H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007, Req. n° 57325/00 (même si dans ce cas le juge combine la technique de protection par ricochet et celle qui interroge le principe de non-discrimination).

¹⁷⁰⁸ CIJ, Avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences Juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, C.I.J Rec. 2004, p. 136.

¹⁷⁰⁹ C. NIVARD, « Le droit à l'alimentation », *op. cit.*, pp. 246-260

¹⁷¹⁰ CEDH, *Pancenko c. Lettonie*, 28 octobre 1999, Req. n° 60654/00, traduction de F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 71. Voir aussi CEDH, *Mikheyeva c. Ukraine*, 4 octobre 2005, Req. n° 44379/02 ; CEDH, *Ivanov c. Lettonie*, 7 juin 2001 ; CEDH, *Fedorova et autres c. Lettonie*, 9 octobre 2003, Req. n° 69405/01 ; CEDH, *Burdov c. Russie*, 7 mai 2002, Req. n° 59498/00.

économique qui accentue la pauvreté et la précarité¹⁷¹¹. Les affaires *Fawsie c. Grèce*¹⁷¹² et *Molka c. Pologne*¹⁷¹³ montrent que les interprétations extensives que les juges européens ont employé ne correspondent pas à l'herméneutique d'une Cour qui n'a pas été créée, ni préparée pour garantir des droits sociaux.

957. En effet, à l'image du Pacte de San José dans le système interaméricain, la Convention européenne « n'offre pas la garantie des droits sociaux de base, se contentant de traiter de quelques rares questions sociales¹⁷¹⁴ ». Comme l'évoque J. Gerds, il existe une brèche qui ne peut être comblée par la seule jurisprudence, même si le recours à un renforcement du respect du principe de dignité humaine pourrait combler une partie de cette brèche¹⁷¹⁵. C'est un peu le chemin qui fut entrepris par la Cour Interaméricaine sous la présidence du juge A.-A. Cançado Trindade où les stratégies qu'ont entrepris à l'échelle nationale l'Allemagne ou la Colombie. Cela montre que la Cour n'est pas dépourvue d'outils pour lutter contre les injustices sociales, mais qu'elle pourrait en faire un usage plus *garantiste*.

II. Le cas spécifique de la protection des droits sociaux par la Charte sociale européenne

958. La Charte sociale européenne, dans sa version modifiée, semble combler les lacunes de la Convention européenne, cependant il se pose le problème de son effet direct (A), mais aussi des lignes « jurisprudentielles » qui se restreignent fondamentalement aux droits des travailleurs (B).

¹⁷¹¹ J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « La jurisprudence sociale de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : bilan et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 883; V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa, op. cit.*, pp. 194-196; D. ROMAN, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45/2014 (Consulté le 26 janvier 2017, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/la-jurisprudence-sociale-des-cours-constitutionnelles-en-europe-vers-une-jurisprudence-de-crise.142405.html>.)

¹⁷¹² CEDH, *Fawsie c. Grèce*, 28 octobre 2010, Req. n° 40080/07.

¹⁷¹³ CEDH, *Molka c. Pologne*, 11 avril 2006, Req. n° 56550/00.

¹⁷¹⁴ J. GERDS, « Les droit de l'Homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe. Partie I : La Convention européenne des droits de l'homme », *Redéfinir et combattre la pauvreté*, Tendances de la cohésion sociale n° 25, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2012, p. 156.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

A. Un effet direct problématique

959. Sur un plan abstrait, la Charte sociale européenne garantit une protection directe et générale contre la pauvreté, en ce sens qu'elle reconnaît que la pauvreté constitue une atteinte contre les droits de l'Homme, ce qui est *sui generis* en droit international et implique, selon J. Gerds, un engagement en faveur de la dignité humaine¹⁷¹⁶.

960. Sur un plan formel, la Charte dispose d'un organe de garantie des droits sociaux, ce qui signifie qu'elle est soumise au système de contrôle établi par la Charte de 1961, renforcée par le Protocole d'amendement de 1991 (STE n° 142) et par le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives (STE n° 158). »¹⁷¹⁷

961. En ce sens le Comité européen des droits sociaux est l'équivalent de la Cour européenne des droits de l'homme par rapport à la Convention européenne¹⁷¹⁸. Composé de quinze membres indépendants et impartiaux élus par le Conseil du Comité des Ministres de l'Europe, le Comité est le principal interprète de la Charte sociale européenne en vertu de deux procédures distinctes. Tout d'abord à travers la procédure des réclamations collectives, puis à travers le système des rapports. Les premières sont introduites par les partenaires sociaux et d'autres organisations non-gouvernementales¹⁷¹⁹ ; les secondes sont rédigées par les Etats parties.

962. L'effet direct reste problématique car la Charte n'a pas connue les mêmes mécanismes de sauvegarde que la Convention européenne. On note en effet l'absence de juge visant à la

¹⁷¹⁶ J. GERDS, « Les droit de l'Homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe. Partie II : La Charte sociale européenne », *Redéfinir et combattre la pauvreté*, Coll. Tendances de la cohésion sociale n° 25, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2012, p. 176.

¹⁷¹⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, « Charte sociale européenne », (consulté le 9 novembre 2015, <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>).

¹⁷¹⁸ V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, op. cit., p. 198.

¹⁷¹⁹ « Une fois introduite la réclamation collective [...] les deux étapes centrales de la procédure sont marquées par une décision sur la recevabilité ainsi que par une éventuelle ultérieure décision sur le bien-fondé constatant ou non la violation des dispositions invoquées de la Charte. Pour chaque réclamation collective, le Comité nomme un Rapporteur [et peut] organiser une audience publique [...]. La supervision du suivi des décisions au fond – c'est-à-dire de savoir si et comment les États corrigent les violations décelées grâce à la réclamation – relève de la compétence du Comité des Ministres. » D. ROMAN et L. JIMENA QUESADA, « La charte sociale a 50 ans. Réflexions de l'intérieur autour d'un anniversaire... Entretien avec Luis Jimena Quesada », *Raison Publique*, (Consulté le 21 mars de 2016, <http://www.raison-publique.fr/article501.html>).

faire respecter. Les deux mécanismes existants restent donc plus incertains car ils n'ont pas une dimension obligatoire.

963. Pourtant, les États sont obligés de respecter les *décisions et conclusions* du Comité européen des droits sociaux même si ces dernières ne sont pas exécutoires dans les ordres juridiques nationaux. Leur utilité repose donc sur le fait qu'elles peuvent servir de base à des développements positifs pour les droits sociaux par le biais de la législation et de la jurisprudence au niveau national¹⁷²⁰. Ainsi la Charte garderait une prétention à l'effet direct.

964. La France dans son appréhension de la Charte apparaît comme l'illustration d'une dimension incertaine avec toutefois quelques évolutions notables. Sur le plan civil comme administratif l'effet direct n'est pas encore reconnu. Toutefois, la Cour de Cassation commence progressivement à reconnaître l'applicabilité de certaines dispositions « la Chambre sociale a admis d'appliquer des dispositions générales de la Charte sociale révisée, combinées avec l'article 5, que sont l'article A, qui précise l'étendue des engagements des États membres de la Charte, l'article E qui consacre le principe de non-discrimination dans l'exercice des droits de la Charte et l'article G qui définit les restrictions autorisées par la Charte »¹⁷²¹. Néanmoins cette applicabilité reste incertaine car la Cour de Cassation la limite dans la mesure où elle ne doit pas venir s'opposer à la loi nationale ; ce fut le cas par exemple pour les conventions forfait-jours¹⁷²².

965. Le Conseil d'État, est longtemps gardé une attitude plus réticente, refusant l'applicabilité directe des articles de la charte depuis 1984¹⁷²³. Face à cette réticence la doctrine avait souligné la peur d'ouvrir une « boîte de Pandore »¹⁷²⁴, tout en signalant que la dynamique avait tendance à évoluer vers l'intégration plutôt que vers le rejet comme le montrait le cas français. Trente ans plus tard, le Conseil d'État admettra l'invocabilité de la charte¹⁷²⁵ et l'applicabilité directe de la charte sociale européenne et notamment des

¹⁷²⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, « Comité européen des droits sociaux », (consulté le 9 novembre 2015, <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/european-committee-of-social-rights>).

¹⁷²¹ Cass., Soc., 29 février 2012, n° 11-60203 ; Cass., Soc., 10 mai 2012, n° 11-60235.

¹⁷²² C. Constit., 29 juillet 2005, décision n° 2005-523 DC.

¹⁷²³ CE, *Melle Valton et Melle Crépeaux*, 20 avril 1984, n° 37772 et 37774.

¹⁷²⁴ C. NIVARD, Carole « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 28 (consulté le 12 novembre 2015, <http://www.revuedlf.com/cedh/leffet-direct-de-la-charte-sociale-europeenne-article/>).

¹⁷²⁵ CE, *M. B.*, 10 février 2014, n° 358992.

stipulations de son article 24 relatives au droit des travailleurs de ne pas être licenciés sans motif valable « dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.¹⁷²⁶ »

B. Les lignes « jurisprudentielles » du Comité européen des droits sociaux

966. Au niveau des résolutions apportées aux réclamations collectives il faut signaler celles qui concernent les personnes vulnérables et celles qui concernent des droits sociaux spécifiques¹⁷²⁷. La protection à l'encontre du travail des enfants en violation de l'article 7.1 de la Charte¹⁷²⁸ ; la protection des personnes âgées en situation de dépendance¹⁷²⁹ ; la protection des personnes en situation de handicap¹⁷³⁰ ; des enfants étrangers en situation irrégulière¹⁷³¹.

967. Au sujet des droits sociaux, le Comité a été plus actif en matière de protection des droits des travailleurs. Par exemple en matière de sécurité et hygiène dans le travail le Comité a eu à rappeler l'intégrité physique et psychique des travailleurs¹⁷³². De même, le Comité a manifesté diverses garanties à l'égard des droits de syndicalisation et de négociation collective (articles 5 et 6 de la Charte sociale), mais aussi à l'égard du droit de grève¹⁷³³. Très récemment, le Comité européen a dû rappeler à la Grèce que malgré le contexte de crise économique, ses engagements internationaux pour rendre flexible le marché de l'emploi portaient atteinte aux conditions de travail des citoyens ; ceci voulant dire deux choses : premièrement que les engagements internationaux de la Grèce sont incompatibles avec la Charte sociale européenne ; mais de manière plus générale, que la crise économique ne doit pas se traduire par une réduction des droits protégés par la Charte sociale¹⁷³⁴.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, Considérant n° 5.

¹⁷²⁷ V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, *op. cit.*, pp. 198-205.

¹⁷²⁸ CEDS, *Comisión internacional de juristas c. Portugal*, 9 septembre 1999, n° 1/1998.

¹⁷²⁹ CEDS, *Association of Care Giving Relatives and Friends c. Finlande*, 27 juin 2011, n° 70/2011 et n° 71/2011.

¹⁷³⁰ CEDS, *Association Internationale Autisme-Europe c. France*, 4 novembre 2003, n° 13/2002.

¹⁷³¹ CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, 8 septembre 2004, n° 14/2003.

¹⁷³² CEDS, *Tehy ry et STTK c. Finlande*, 17 octobre 2001, n° 10/2000.

¹⁷³³ CEDS, *Confédération des syndicats indépendants de Bulgarie et autres c. Bulgarie*, 16 octobre 2006, n° 32/2005.

¹⁷³⁴ CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Grèce*, 23 janvier 2013, n° 72/2001 ; CEDS, *IKA –ETAM c. Grèce*, 7 décembre 2012, n° 76/2012, n° 77/2012, n° 78/2012, n° 79/2012 et n° 80/2012,

968. Par-delà les droits des travailleurs, le Comité a été sollicité sur d'autres droits sociaux, sous le prisme de la lutte contre la pauvreté. En effet, il faut rappeler que l'alinéa « a » de l'article 30 de la Charte sociale européenne met en place une stratégie générale pour faire face à la pauvreté¹⁷³⁵. Or le texte demeure incomplet et assez général, ce qui oblige plusieurs requérants à demander une interprétation plus précise au Comité. Ce dernier évoquera donc son approche se calquant sur un « cadre analytique et un ensemble de priorités et de mesures correspondantes en vue de prévenir et de supprimer les obstacles qui entravent l'accès aux droits sociaux fondamentaux¹⁷³⁶ ». Selon l'analyse et la reformulation de J. Gerds, les mesures prises doivent répondre à la nature et à l'ampleur de la pauvreté et le plan d'action doit intégrer les politiques de façon cohérente et comporter un volet concernant la politique de logement¹⁷³⁷. Ceci s'explique par le fait que la Charte sociale proclame le droit au logement (art. 31), ce qui a été reconnu par le Comité notamment lorsque la vie est en danger¹⁷³⁸.

969. En matière de justiciabilité des droits sociaux énoncés à l'article 30 de la Charte il est important de rappeler, comme le souligne J. Gerds, que la jurisprudence relative aux réclamations collectives semble ignorer ledit article, au profit d'une prise en compte de l'article 31 par le Comité¹⁷³⁹. Cela remet en cause les mécanismes de participation directe des principaux concernés par des situations d'exclusion et de pauvreté, raison pour laquelle le Comité a réaffirmé dans une réclamation collective rendue en 2009 que « la lutte contre l'exclusion sociale est un domaine où la notion d'indivisibilité des droits fondamentaux

note C. NIVARD, « Seconde condamnation des mesures d'austérité grecques par le Comité européen des droits sociaux », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, (consulté le 1^{er} mai de 2014, <http://wp.me/p1Xrup-1P8>).

¹⁷³⁵ Ce dispositif énonce textuellement que « les parties s'engagent à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille ».

¹⁷³⁶ CEDS, « Observation interprétative relative à l'article 30 », *Digest de Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, Strasbourg, CEDS, 2008, p. 167.

¹⁷³⁷ J. GERDS, « Les droit de l'Homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe. Partie II : La Charte sociale européenne », *op. cit.*, p. 163.

¹⁷³⁸ CEDS, *Mouvement international ATD Quart Monde c. France*, 5 décembre 2007, n° 33/2006, § 169 et s.

¹⁷³⁹ J. GERDS, « Les droit de l'Homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe. Partie II : La Charte sociale européenne », *op. cit.*, p. 166 ; CEDS, *Mouvement international ATD Quart Monde c. France*, 5 décembre 2007, n° 33/2006 ; CEDS, *Centre sur le droit au logement et les expulsions c. Italie*, 21 octobre 2010, n° 58/2009.

revêt une importance spécifique [en ce sens, les] droits relatifs à la participation civique et citoyenne constitu[ent] une dimension nécessaire à la réalisation de l'intégration et de l'inclusion sociale¹⁷⁴⁰ ».

¹⁷⁴⁰ CEDS, *Centre européen des droits des Roms c. France*, 19 octobre 2009, n° 51/2008, § 111.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

970. La distinction duale classique entre les droits de l'Homme qui énonce que les droits civils et politiques seraient porteurs d'« obligations négatives » de la part des États, tandis que les droits sociaux seraient porteurs d'« obligations positives » semble être dépassée, dans les systèmes interaméricain et européen de protection des droits de l'Homme. Ceci est flagrant notamment par la thèse qui postule que vis-à-vis de tout droit ou liberté, les États ont des obligations de respecter, de protéger, de garantir et de promouvoir¹⁷⁴¹.

971. Sur la même ligne de pensée, une partie de la doctrine latino-américaine et européenne disqualifie scientifiquement la doctrine de classification des droits de l'Homme et démontre que ses fondements seraient le fruit des préjugés idéologico-politiques¹⁷⁴². Cela permettant à des auteurs comme V. Abramovich et C. Courtis de rendre légitime l'idée d'exigibilité des droits sociaux. Pourtant il existe nombreuses difficultés, notamment de fond, afin de rendre justiciables les droits sociaux comme par exemple la définition d'un seuil minimal de droits que l'État devrait s'obliger à respecter, ou l'établissement de mécanismes d'accès au juge pour réclamer des droits sociaux, ou encore la constitution d'un système de sanctions à l'encontre des atteintes aux droits sociaux. Sur ce point, en Europe et en Amérique latine un pan de la doctrine regrette que le droit soit en retard pour théoriser l'État social au même niveau qu'a pu l'être l'État libéral¹⁷⁴³.

972. Certes, le Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels (PIDESC) est la manifestation d'un intérêt pour quelques droits sociaux, or la différence dans la promotion, garantie et respect des droits du PIDESC face à ceux du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP), révèlent que l'intérêt pour les droits sociaux ne serait que de façade. Cette situation est identique à l'échelon régional

¹⁷⁴¹ G.-H.-J. VAN HOOFF, *The legal nature of economic, social and cultural rights : A rebuttal of some traditional views*, P. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (eds.), *The right to food*, Utrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 97-110.

¹⁷⁴² En effet, C. Courtis et V. Abramovich « mettent en évidence le fait que l'intervention de l'Etat est nécessaire pour poser des conditions institutionnelles de garantie de nombreux droits "civils et politiques" : le droit au mariage exige par exemple la création et la tenue d'un registre civil. De la sorte, il est erroné de croire que seuls les droits sociaux imposent des obligations positives aux Etats. » : V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GONZÁLEZ-PALACIOS, « À propos de Victor Abramovich et Christian Courtis, Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles », *Raison Publique*, (Consulté le 16 de novembre de 2012, <http://www.raison-publique.fr/article512.html>.)

¹⁷⁴³ L. FERRAJOLI, « El Derecho como sistema de garantías », *Jueces para la democracia*, n° 16-17/1992, pp. 119-130 ; V. Abramovich et C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 47.

(interaméricain et européen) de protection des droits de l'Homme, puisque ni le Pacte de San José de 1969, ni la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 ne consacrent des droits sociaux. Cela a obligé certains juges régionaux à dégager des mécanismes ou des arguments complexes pour tenter de garantir des situations où le manque d'une adéquate protection des droits sociaux avait été à l'origine de situations humaines complexes portant atteinte à plusieurs droits de l'Homme (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels).

973. Toutefois, en dépit d'une réelle garantie internationale des droits sociaux, les Constitutions de certains États reconnaissent certains droits sociaux. Dans le cas du Pérou il s'agit d'un contenu strictement limité, dans le cas de la France la reconnaissance paraît être ambiguë et insuffisante. De plus, la reconnaissance du social est soumise à des sous-principes juridico-politiques (par exemple celui de « progressivité des droits sociaux » ou celui de « non-gouvernement des juges ») qui limitent l'évolution de la protection des droits sociaux. Cela signifie que les juges nationaux sont assez dépourvus d'outils pour rendre justiciables ces droits. Face à cette situation, certains juges régionaux, profitant d'une marge de manœuvre plus large conférée par la supranationalité, ont réussi à garantir des droits sociaux en combinant des volontés intégratrices des droits de l'Homme avec des techniques d'interpr novatrices.

CHAPITRE 2

Satisfaire les besoins sociaux par-delà l'État : l'actualité de la protection « par le bas »

974. Les besoins sociaux¹⁷⁴⁴ se voient parfois confrontés à l'absence de droit, au refus de protection juridique ou à l'ineffectivité de celle-ci. En ce sens, penser que la résolution des problèmes sociaux passe nécessairement par une action des institutions publiques (nationales ou supranationales) semble peu réaliste, car cette vision rend invisible le rôle actif qu'ont certains individus dans la Cité. L'observation précédente ne veut pas dire que ce travail traversera les bornes du droit pour entrer dans le champ de la sociologie ou de la science politique. Ça signifie tout simplement que la réalité de terrain nous appelle à observer des éléments de formation du droit au-delà la triade « doctrine-norme-jurisprudence » qui s'impose au juriste. Ici il s'agit donc, tout au plus, d'une invitation à penser que parmi les pratiques citoyennes, on peut trouver des initiatives juridiques ou para-juridiques qui chercheraient à résoudre durablement des situations de pauvreté, de précarité et d'exclusion sociale

975. Exclues de ce chapitre, la philanthropie, la charité et certains types d'assistance privée, constituent certainement des initiatives non institutionnelles et bien intentionnées, mais il existe trois raisons qui les différencient des pratiques citoyennes d'inclusion sociale. Premièrement, les trois peuvent encourager un rapport vertical entre celui qui donne et celui qui reçoit, ce qui empêche toute idée de solidarité fondée sur une conception horizontale et républicaine de fraternité. Deuxièmement, bien que leur objectif consiste à résoudre des besoins sociaux assez précis, elles ne disposent pas des moyens juridiques et matériels pour créer un climat de cohésion sociale destiné à résoudre durablement les inégalités sociales. Troisièmement, il est unanimement admis que la philanthropie, la charité et l'assistance privée ne constituent pas des droits sociaux, mais elles ne cherchent pas non plus à devenir du droit, ni à influencer sur le droit, ni à se confronter au *statu quo* du droit (même si ce *statu quo* alimente l'exclusion sociale).

¹⁷⁴⁴ Entendons par besoins sociaux les différentes nécessités que peuvent présenter les personnes en état de vulnérabilité. L'article R.123-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles, issu du décret n° 95-562 du 6 mai 1995, énonce le terme « besoins sociaux » pour rendre compte d'un recueil de données qui puisse révéler la situation sociale de certaines catégories de personnes (jeunes, personnes âgées, personnes handicapées, et plus généralement les personnes en difficulté).

976. À l'opposé de la philanthropie, de la charité et de certains types d'assistance privée, certaines pratiques citoyennes impliquent une utilisation ingénieuse du droit pour obtenir la satisfaction des besoins sociaux. C'est l'exemple des systèmes mutualistes de santé, de la copropriété et de la colocation. Dans ces cas, l'État n'intervient pas, mais met à disposition un cadre normatif afin que les individus s'organisent autour de montages juridiques. Or il reste le cas particulier des pratiques citoyennes qui encouragent à prendre la chose par la force. D'une part ces actions sont réprimées car elles s'opposent au droit. Mais, d'autre part, selon certains contextes, ces actions peuvent trouver un point d'entente avec le droit ou à terme elles peuvent devenir du droit. Dans ces cas de figure, il y aurait entente (partielle ou permanente) avec le droit lorsque l'autorité publique tolère certaines situations illégales, comme par exemple lorsqu'on ne déloge pas des sans-abri d'un lieu d'hébergement. Ces situations illégales peuvent aussi devenir du droit si l'institution publique fini par admettre sa légalité. C'est l'exemple de l'état de nécessité en France ou de la formalisation des invasions de terrains au Pérou. Pourtant ces pratiques ne sont pas sans risque pour le droit car elles encouragent l'insécurité juridique en dépit du droit des biens et notamment des droits issus du droit à la propriété privée.

977. En ce sens, nous verrons tout d'abord que les pratiques citoyennes d'auto-garantie (garantie par soi-même) des besoins sociaux, peuvent encourager la création des droits sociaux (section 1). Enfin on effectuera une analyse critique de la responsabilité sociale des personnes morales, en tant que système incomplet et non intégral de résolution des besoins sociaux (section 2).

Section 1. L'auto-garantie des besoins sociaux : aménager le droit et créer le droit

978. Si le droit est important pour une société organisée, il ne répond pas à toutes les situations problématiques, c'est pourquoi le droit et sa structure ne sont pas immuables ni immobiles. En ce sens le Doyen Carbonnier disait que « le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité¹⁷⁴⁵ ». Les paradigmes juridiques seraient alors relatifs, ce qui pose la question de savoir ce que l'on fait lorsque le

¹⁷⁴⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 8.

système institutionnel n'a pas prévu de règle juridique face à une situation particulière, où lorsque la règle juridique est insuffisante pour répondre à des impératifs de la société.

979. Dans le cas du droit social, lorsque celui-ci n'existe pas ou n'est pas effectif, mais que la nécessité sociale est latente, il existe deux possibilités majeures : subir le manque ou chercher à obtenir satisfaction de ses demandes. D'une part, l'attitude qui consiste à subir le manque est la voie la plus disciplinée et la plus respectueuse de l'ordre établi. Il s'agit d'adopter une posture passive et attendre que les institutions (législateur, juge) répondent à un moment donné aux inconsistances du droit en matière sociale. D'autre part, l'attitude qui cherche à obtenir satisfaction plus immédiate aux demandes sociales adopte une posture active. Cette posture active passe tout aussi bien par une utilisation ingénieuse du droit (I), que par la recherche d'une satisfaction directe des besoins sociaux, par-delà le droit (II).

I- Résoudre les besoins sociaux à travers l'usage ingénieux du droit

980. L'institution publique, et donc le droit, ne donne pas de réponse à tous les besoins sociaux, or il tente de s'adapter à la pratique et à la réalité des individus. En ce sens, comment garantir au mieux les besoins en matière de logement et de santé, tout en préservant la protection d'un cadre juridique ? Avant la fin du XIX^{ème} siècle la réponse à cette question était difficile à résoudre. Car si le patrimoine individuel ou familial ne suffisait pas garantir les besoins en matière de logement ou de santé, alors l'individu n'avait d'autre solution que se tourner vers l'assistance privée (se faire loger ou se faire soigner dans des hospices par exemple) ou aménager sa situation de besoin par des solutions instables, voire contreproductives. Comme par exemple le recours à l'automédication pour faire face à un problème de santé ; ou encore avoir recours à la location sans contrat, à des sous-locations ou à des cohabitations, dans le cas de ceux qui ont besoin d'un logement.

981. Face à la répétition des situations sociales compliquées, le législateur a compris qu'il fallait adapter le droit à la réalité. Mais en aucun cas il s'agissait de résoudre les problèmes sociaux des individus à travers une intervention matérielle directe du public. Il s'agissait plutôt d'aménager le droit afin que les individus puissent résoudre leurs problèmes par eux-mêmes, sans que cela représente une créance pour l'État. Deux exemples en ce sens.

982. En matière de santé tout d'abord, en Europe on voit apparaître un cadre juridique qui encourage l'établissement des mutuelles¹⁷⁴⁶. En effet, sous l'influence beveridgienne, la protection sociale publique cherche à garantir des prestations sociales de caractère généralement universel (assistance sanitaire, prestations familiales, etc.) par le biais d'un financement issu des impôts. En parallèle, sous l'influence bismarckienne¹⁷⁴⁷, les régimes contributifs des travailleurs leur garantissent, sous la forme d'assurances, des pensions de retraite, invalidité, chômage, maternité, etc. Mais il reste tout un pan de situations et de droits qui ne sont pas couverts ni par les deniers publics ni par les contributions des salariés (au demeurant qu'un certain nombre de personnes en situation de vulnérabilité n'ont pas d'emploi). Les mutuelles se créent donc afin de garantir ces droits que ni l'État ni les contributions salariales ne peuvent pas couvrir. Les formules sont multiples, par exemple les mutuelles peuvent être complémentaires au remboursement de base des frais de santé en France, ou intégrales comme dans le cas allemand. Les mutuelles peuvent être obligatoires comme aux Pays Bas ou en Allemagne, ou bien être optionnelles comme en Italie ou au Royaume Uni¹⁷⁴⁸.

983. Le but consiste à indemniser les associés ayant subi un problème issu des aléas de la vie. À l'origine la solidarité était le principe fondamental de ces mutuelles car les associés sont leurs propres assureurs. En ce sens, en cas de différence négative entre les cotisations et les indemnisations, les associés paient des suppléments de cotisation. Pourtant au fil du temps les mutuelles ont mis en avant un système de gestion qui consolida leur solidité financière, ce qui se traduit par des cotisations fixes, sans que l'associé ou adhérent soit sollicité au-delà du montant de sa cotisation.

¹⁷⁴⁶ Par exemple en Espagne l'article 41 de la Constitution de 1978 proclame le droit à la sécurité sociale et établit un régime de coexistence entre le système public et les systèmes privés. En France la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, facilite la constitution de groupes économiques et sociaux non lucratifs où des groupes de personnes unissent leurs efforts pour donner solution aux problèmes issus des aléas de la vie. Cependant, l'histoire de la mutualité en France est bien plus complexe et ancienne. En effet, comme l'indique M. Dreyfus, « la mutualité est le mouvement social français le plus ancien puisque les premières sociétés de secours mutuels apparaissent [...] à la veille de la Révolution, cinq décennies donc avant que n'émergent les coopératives et un siècle avant que les organisations syndicales ne voient le jour. » M. DREYFUS, « L'histoire de la Mutualité : quatre grands défis », *Les Tribunes de la Santé*, n°31/2011, p. 49.

¹⁷⁴⁷ « Le bénéfice de la couverture, loin d'être universel, est déterminé par la qualité de cotisant, sinon de travailleur, les régimes de sécurité sociale français étant des régimes professionnels [qui] par extension est reconnu aux proches de l'assuré grâce à un mécanisme de droits dérivés. » M. BADEL, O. PUJOLAL, « Systèmes de santé et accès aux soins : diversités des modèles et enjeux actuels », *Bulletin de droit comparé et de la sécurité sociale*, 2008, p. 108.

¹⁷⁴⁸ M.-T. SÁNCHEZ MARTINEZ, « El mutualismo de previsión social en España », *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n°57/2007, p. 232.

984. En matière de prévoyance collective, le mutualisme est un modèle socioéconomique issu pour beaucoup de la doctrine française du XIX^{ème} siècle, aussi bien du mutuellisme de J. Proudhon que du solidarisme de P. Laroque. Au contraire des assurances privées qui ont une logique lucrative, le mutualisme garantit une protection ou une prévoyance sociale en marge de l'État sans intention de générer du profit. Bien qu'elles existent depuis le Moyen-Âge sous la forme de groupes d'entraide mutuelle, les mutuelles demeuraient fort rattachées à la charité et à l'assistance privée. Durant le Second Empire le régime de Louis Napoléon, qui avait reconnu l'intérêt du mutualisme, tente de reprendre l'idée afin de satisfaire les demandes sociales et de lutter contre le paupérisme en réunissant « *les différentes classes de la société, [dans le but] de faire cesser la jalousie qui [pouvait] exister entre elles [et dans le but] de neutraliser en grande partie le résultat de la misère*¹⁷⁴⁹ ».

985. L'Empire aida les mutuelles en leur accordant des avantages fiscaux et parfois des aides matérielles. En contrepartie, celles-ci offrirent une aide financière pour les soins, les frais funéraires et les retraites. Ce schéma de mutualisme, éloigné de l'idée d'indépendance de l'État imaginée par Proudhon, n'était pas très populaire chez les ouvriers qui préféraient les chambres syndicales plus révolutionnaires et moins liées au pouvoir impérial. Avec l'avènement de la III^{ème} République, fut créé le 1^{er} avril 1898 la Charte de la mutualité, accordant aux mutuelles une ample marge de liberté et leur ouvrant la possibilité de couvrir tous les domaines de la protection sociale. Les différentes modifications qui auront lieu au cours de la première moitié du XX^{ème} siècle (défense de gérer des caisses d'assurances sociales¹⁷⁵⁰ ; possibilité de constituer des sections locales de sécurité sociale¹⁷⁵¹) finiront par être regroupées avec la Charte de 1898 dans le Code de la Mutualité qui apparaîtra en 1955¹⁷⁵². C'est aussi grâce à la Charte de la mutualité en 1898 que fut supprimée l'emprise impériale ce qui se traduit par des adhésions massives d'ouvriers, notamment dans les grandes villes de France. Cet essor semble s'estomper en 1946 avec la mise en place de la sécurité sociale qui est vécue comme un bouleversement pour les mutualistes. En effet,

¹⁷⁴⁹ M. DREYFUS, *Liberté, égalité, mutualité. Mutualisme et syndicalisme 1852-1967*, Paris, Éd. de l'Atelier, 2001, p. 43.

¹⁷⁵⁰ Se reporter à la célèbre ordonnance n°45-2250 du 4 octobre 1945, qui crée le système de sécurité sociale en France selon le modèle « bismarckien ».

¹⁷⁵¹ Se reporter à la loi n°47-649 du 9 avril 1947, dite loi Morice, portant ratification du décret n° 462971 du 31 décembre 1946 relatif à l'institution du régime de sécurité sociale des fonctionnaires.

¹⁷⁵² Se reporter au décret n° 55-1070 du 5 août 1955.

comme l'explique M. Dreyfus, les mutuelles se voient privées de certaines de leurs missions comme la maladie et la vieillesse confiées maintenant aux syndicats¹⁷⁵³.

986. C'est pour cette raison que les mutuelles du XXème se dirigent donc vers de nouvelles missions comme les garanties de protection sur les préjudices corporels pour des accidents automobile (c'est le cas de la mutuelle d'assurance automobile des instituteurs de France – MAIF- dès 1938) ; ou comme la responsabilité civile du locataire, ou encore comme le remboursement des frais de santé qui dépassent les seuils de remboursement de la sécurité sociale. C'est d'ailleurs sous cet objectif que les mutuelles sont le plus connues par le grand public à l'heure actuelle en France. Même s'il faut reconnaître aussi que cet objectif de prise en charge intégrale par combinaison entre la mutuelle et la sécurité sociale connaît des difficultés à cause du recul dans les taux de remboursements de la sécurité sociale. En effet, la France, comme tous les autres systèmes de nature bismarckienne fortement financés par les cotisations, ont subi un contexte de difficultés financières qui a obligé l'État à recourir à imposer des nouvelles contributions¹⁷⁵⁴, parfois aux entreprises, mais parfois aussi aux usagers, ce qui accentue le phénomène du reste à charge.

987. Au Pérou, les sociétés mutuelles apparaissent dans un contexte de développement économique mais aussi social étant donné qu'il s'agit de l'organisation des secteurs populaires de la société civile. Il n'en demeure pas moins, selon F. Portocarrero, que les courants de pensée libéraux et socialistes critiquèrent le mutualisme péruvien par ses méthodes clientélistes et par son message conservateur et réactionnaire (à savoir nationaliste, raciste et orthodoxe religieux)¹⁷⁵⁵. Le mutualisme péruvien ne se limite pas à la solidarité entre ses membres, dès la fin du XIXème siècle il prend aussi la forme d'un mouvement politique qui revendique la régulation du travail des enfants et des femmes. Ainsi, en 1895 la confédération d'artisans du Pérou, fonctionnant sous les préceptes mutualistes, fait élire un parlementaire¹⁷⁵⁶. Mais, vers la moitié du XXème siècle le mutualisme péruvien entre en déclin à cause des dettes et de la critique constante des autres acteurs politiques. Le mouvement connaît en ce sens une période de croissante

¹⁷⁵³ M. DREYFUS, *Liberté, égalité, mutualité. Mutualisme et syndicalisme 1852-1967*, op. cit., pp. 142 et s.

¹⁷⁵⁴ M. BADEL, O. PUJOLAL, « Systèmes de santé et accès aux soins : diversités des modèles et enjeux actuels », *Bulletin de droit comparé et de la sécurité sociale*, 2008, p. 110.

¹⁷⁵⁵ F. PORTOCARRERO, C. SANBORN & H. CUEVA, *Más allá del individualismo : el tercer sector en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 2002, p. 98.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

dé légitimation en tant qu'organisation motrice des droits sociaux. Les quelques organisations mutualistes qui existent à l'heure actuelle au Pérou sont soit quelques petites organisations rurales de secours mutuel, soit des grandes structures regroupant tous les salariés d'un secteur spécifique qui cotisent de manière obligatoire. Pour le cas des petites entités rurales de mutualisme, il faut signaler que la plupart des pratiques de secours mutuel ne s'organisent pas à travers une structure déclarées ou institutionnalisée sous le schéma juridique traditionnel, mais plutôt par des organisations qui existent par la force de la coutume. Pour le cas des grandes structures de type mutualiste, il faut souligner que l'obligation de cotiser diffère de l'esprit initial du mutualisme où chaque membre est libre d'adhérer ou pas. Un exemple de ces organisations de type mutualiste au Pérou est la « derrama magisterial » qui est un système de sécurité et de bien-être social créée en 1965 et appartenant aux enseignants du secteur public. Elle dispose d'autonomie administrative, économique et elle est autogérée par les enseignants eux-mêmes. Son objectif consiste à assurer un complément à la couverture de sécurité sociale (subvenir aux besoins liés à retraite, aux décès et à l'invalidité), mais aussi à faciliter l'accès aux prêts immobiliers (afin de garantir l'accès au logement) ou à des activités culturelles, sportives ou de divertissement des enseignants (ce qui revient à mettre à disposition des garanties du droit au loisir et à la culture)¹⁷⁵⁷.

988. Par ailleurs, un autre type d'usage ingénieux du droit qui a été imaginé porte sur les montages capables de répondre aux nécessités sociales en matière de logement. Ceci est observable en matière de reconnaissance de la copropriété. Il s'agit d'un aménagement de la loi qui n'apparaît pas en Amérique latine mais tout d'abord en Europe, d'où l'intérêt de l'exemple français. En effet, avant la moitié du XIXème les propriétés immobilières appartenaient souvent à un seul propriétaire. Dans le cas des immeubles, se développe peu à peu, et notamment au début du XXème siècle, un phénomène de vente immobilière où les anciens propriétaires d'immeubles vendent des lots à des propriétaires différents. Afin d'encadrer des problèmes tels que l'entretien des parties communes et la gestion de l'immeuble commun, le législateur français créa le premier texte spécifique à la copropriété

¹⁷⁵⁷ Créée par le biais d'un décret suprême n° 078 du 10 décembre 1965 lui conférant des objectifs sociaux spécifiques ; le décret suprême n° 021-88-ED du 13 septembre 1988 valide les statuts de la "Derrama Magisterial" établissant qu'il s'agit d'une personne juridique de droit privé avec autonomie administrative, économique et financière. En ce sens, selon la résolution ministérielle n° 0561-93-ED du 5 août 1993, le système mutualiste se soutient par un prélèvement à la source mensuel de chaque associé équivalent à 0,5% d'une "unité impositive fiscale" (chaque unité impositive fiscale équivaut à 900 euros en 2017).

à travers la loi du 28 juin 1938, qui sera succédé par la loi du 10 juillet 1965. Mais au-delà des éléments liés à la gestion et à l'administration de l'immeuble, ce qui est important ici est que le législateur s'est adapté aux changements du système de propriété en zones à forte densité urbaine. En effet, la loi apparaît au moment d'une transition entre deux époques bien marquées : on est passé d'un temps où la propriété foncière était concentrée entre peu de mains, vers un temps où la propriété foncière est devenue accessible à une nouvelle classe moyenne. Ainsi, cette loi rend plus facile l'exercice des droits pour les détenteurs de petits lots de propriété. Il ne s'agit donc pas de lois destinées aux pauvres mais plutôt aux classes moyennes qui disposent d'un capital suffisamment important pour acheter un lot. Au Pérou, l'utilité de la loi de copropriété (art. 969 du Code civil) se fonde sur le fait qu'elle régule la division des toits de maison (qui pour la plupart sont plats et donc aménageables). Ainsi, il est donc possible, et c'est une pratique de plus en plus courante, de céder ou de vendre à un membre de la famille une partie de son toit afin qu'il construise son logement. Ceci donnera lieu au fil du temps à une copropriété parfois même sous la forme d'un immeuble à plusieurs étages. Dans ces cas, celui qui est titulaire de la propriété initiale, encouragé par l'usage de solidarité familiale, parvient à satisfaire la nécessité en logement d'un membre de sa famille ; action qui se consolide par la suite grâce au mécanisme de copropriété.

989. Toujours en matière de logement, un meilleur exemple qui pousse des limites du droit afin de l'aménager dans la recherche de solutions pour les classes populaires est celui de la colocation. Dans ce cas le règle de droit est destinée aux personnes qui ne disposent pas de capital pour acheter un logement, ni même pour subvenir seuls aux frais de location d'un logement. La colocation est une modalité d'économie collaborative, au même titre que l'habitat collectif. En ce sens, elle a pour objectif de louer en commun un logement et donc diviser les frais inhérents à l'habitat (le loyer, les charges, les éventuels aménagements) entre plusieurs occupants d'un logement qui initialement est destiné à une seule famille (vue comme une seule cellule économique). En France c'est une loi assez récente, du 24 mars 2014, qui régule les contrats de colocation, ce qui permet à deux ou plusieurs personnes qui ne pourraient pas accéder à un logement de cosigner un contrat avec un propriétaire. En outre, il est important de signaler que la France ne fait pas qu'accepter la colocation, elle l'encourage par le biais de ses mécanismes d'aide au logement sous la gestion de la Caisse d'allocations familiales. Tout le contraire se passe au Pérou, où malgré un fort taux d'occupation précaire des logements, la loi ne définit pas cette notion.

990. En somme, malgré le mutualisme en France et les assurances privées au Pérou, qui pallient un manque de couverture en matière de protection du droit à la santé, et malgré les montages juridiques ingénieux pour couvrir des situations de vulnérabilité au niveau de l'accès au logement, le système ne semble pas donner de solution aux multiples facteurs structurels qui ne protègent pas les personnes en situation de besoin social. Dans ces circonstances, il est difficile de reprocher aux personnes un manque de volonté ou d'imagination pour trouver des solutions juridiques à ses besoins sociaux, face à une persistante nécessité de leur part, le dernier recours pourrait aussi consister à chercher la chose directement dont on a besoin pour subsister.

II- Résoudre les besoins sociaux à travers l'*empowerment* du citoyen

991. Même si le droit donne parfois la possibilité de trouver des aménagements possibles afin de pallier ou de résoudre à certains besoins sociaux comme dans le cas du logement ou de la santé, il n'en demeure pas moins que les schémas juridiques ne résolvent pas toutes les situations de nécessité sociale. En ce sens, au vu des limites du droit positif, c'est bien l'action des hommes qui parfois prend le relais afin de donner solution aux situations de nécessité sociale. Mais, est-ce pour autant que ces actions, non prévues par la norme, sont en dehors du droit ?

992. Dans une logique positiviste on peut être tenté de répondre par l'affirmative dans le sens où le droit existe que dans la norme. Or, si l'on croit à la formule en provenance de l'école de juristes de l'anthropologie juridique, le droit serait d'avantage ce que font les hommes et moins ce que disent les textes¹⁷⁵⁸. Ce qui insisterait sur l'idée qui croit que le droit n'est pas inerte, mais qu'il évolue grâce aux actions des hommes, car le droit est lié au fait auquel il s'applique¹⁷⁵⁹. La conséquence n'est pas des moindres car cela voudrait dire, comme l'explique P. Bourdieu, que « ce que le monde social a fait, le monde social peut [...] le défaire¹⁷⁶⁰. » Ou autrement dit, sous couvert du principe de souveraineté populaire, les clefs du véritable mouvement dynamique du droit seraient entre les mains des citoyens.

¹⁷⁵⁸ LAJP, « Editorial. Un droit sinueux, capricieux, incertain », *Cahiers d'Anthropologie du droit*, 2010, p. 12.

¹⁷⁵⁹ Se reporter à la doctrine du droit vivant, qui sur ce cas précis est évoquée par : R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *Amer Law*, N°44/1910, p. 12 et s., L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 151, note n° 32.

¹⁷⁶⁰ P. BOURDIEU (dir.), *La misère du monde*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, p. 1454.

993. Ce qui nous intéresse ici ce sont les actions qui, dépassant le cadre de ce qui est permis, cherchent à donner solution à des situations de nécessité sociale, s’opposant nécessairement à quelqu’un ou à quelque chose qui empêche la réalisation d’un événement qui donnerait satisfaction à l’individu dans sa quête de protection sociale. Or, ce n’est pas parce que ces actions s’opposent à quelqu’un ou à quelque chose qu’elles cherchent à l’anéantir. Entendons donc que l’objectif de celui qui agit au profit du minimum essentiel n’est pas la violence. Selon l’École d’Oslo c’est plutôt tout le contraire, car la confrontation générée entre, d’une part, les individus socialement insatisfaits et, d’autre part, le système, advient comme résultat de violences structurelles (la pauvreté c’est un exemple) que ces individus subissent de la part du système¹⁷⁶¹.

994. Cela veut dire que si tous ceux qui agissent par-delà le droit sont contraires à une partie de l’ordre établi, ils ne sont pas pour autant opposés à la totalité du système¹⁷⁶². En réalité l’idée d’une action citoyenne en dehors du cadre juridique consiste à s’opposer à ce qui résulte injuste dans le système et non pas s’opposer à l’idée de système par lui-même. Autrement dit, celui qui agit en ce sens ne renonce pas à l’idée de contrat social mais il pense certainement que les clauses du contrat social sont désavantageuses pour l’une des parties. Quoi qu’il en soit, l’existence d’un système résulte indispensable pour celui qui compte utiliser ingénieusement le droit comme outil pour satisfaire les nécessités sociales. Mais encore, l’existence d’un système est important aussi pour celui qui, confronté à l’urgence sociale, se permet de désobéir pour montrer son désaccord face à ce qu’il lui semble injuste ou dangereux, tout en demeurant obéissant à l’autorité publique qui le protège des abus dont il pourrait faire l’objet dans sa quête de changement social.

995. Le problème advient lorsque celui qui cherche à obtenir satisfaction des demandes sociales utilise des mécanismes non institués qui se confrontent aux droits ou intérêts d’autres personnes. C’est-à-dire lorsqu’une personne fait appel à des formes de réclamation peu disciplinées qui le mènent par exemple à contourner le droit pour éviter de payer une

¹⁷⁶¹ Sur l’École d’Oslo, en matière d’éducation pour la paix, voir J. GALTUNG, *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Bakeaz, 2003, 354 p.

¹⁷⁶² Par exemple, il est possible de s’opposer partiellement le système libéral, si au même temps que l’on s’oppose au système économique néolibéral (de l’École de Vienne, de l’École de Chicago ou du Consensus de Washington), on est en d’accord avec le système de garantie libérales qui défendent la démocratie et les droits de l’Homme (à condition qu’ils soient effectifs).

chose ou un service. Il faut signaler que l'état de nécessité de la personne qui commet ces actions importe peu ici. Car ce qui importera c'est l'impact que l'action aura sur l'évolution du droit et non la satisfaction ponctuelle d'une nécessité individuelle.

996. Étant donné qu'il s'agit d'une personne qui refuse d'obéir à l'autorité en provenance de la règle de droit, cela nous interroge sur la légitimité de la désobéissance que le citoyen emploie pour parvenir à ses objectifs. E. Desmons rappelle que le contrat social est censé traduire une capacité d'autonomie du sujet entendue comme « le pouvoir de s'obliger juridiquement vis-à-vis d'une sphère supra-individuelle » ; ce qui voudrait dire que le contrat social justifie l'interdiction de désobéissance, mais il peut aussi l'autoriser¹⁷⁶³. En effet, le principe du contrat social est que l'individu est tenu par une obligation juridique de respect et de solidarité envers la société. Puisqu'il s'agit d'une obligation, le système s'écroule si l'individu désobéit et se désengage du respect et de la solidarité envers la société. Cependant, si l'obligation juridique à laquelle est tenu l'individu devait porter atteinte à la société, alors le propre contrat social pourrait autoriser que l'individu désobéisse aux obligations qui lui sont imposées. En effet, le contrat social cherche à aménager les intérêts individuels de chaque personne avec les intérêts collectifs de la société. Si par excès d'individualisme le contrat devait avantager abusivement l'individu, il le ferait en dépit des intérêts de la société ce qui serait inacceptable. De même, si par excès de « collectivisme » le contrat devait avantager abusivement la société, il le ferait en dépit des intérêts de l'individu, ce qui serait tout aussi inacceptable.

997. Cela explique pourquoi la personne, se voit parfois dans l'obligation d'agir à la recherche de certains éléments minimaux qui ne seraient pas à sa portée et dont il dépend pour vivre dignement. Il s'agit d'une prise de position de la part de la personne qui prend conscience de son pouvoir en tant que citoyen. Car la personne qui agit consciente du fait que son action va par-delà le droit, sans pour autant briser tout le système, est en réalité, et parfois sans le savoir, en train de contribuer à la création du droit ; puisque, rappelons-le, le droit n'est pas inerte, mais il est transformé par l'action de la société civile dans une perspective de recherche d'une plus grande justice sociale¹⁷⁶⁴. Ce pouvoir, que la société

¹⁷⁶³ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, Paris, LGDJ, 1999, p. 43.

¹⁷⁶⁴ S. RATJEN, « Le rôle des acteurs de la société civile dans la redéfinition du droit comme outil de transformation sociale », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 87.

civile découvre par son action, les états-unis le dénomment *empowerment*. Il trouve sa source dans la théorie d'éducation populaire de P. Freire dans les années soixante, mais aussi dans le mouvement féministe des années quatre-vingt.

998. L'*empowerment*, n'as pas de traduction spécifique en français mais il est lié à la découverte du pouvoir de soi-même ou de ses actions afin de résoudre ses difficultés. Étudié par le prix Nobel A. Sen au niveau de la lutte contre la pauvreté, l'*empowerment* permet de résoudre des problèmes ponctuels par l'action même de l'intéressé. Il s'agit en ce sens « d'un processus par lequel l'autorité et la maîtrise se gagnent, se développent ou se prennent¹⁷⁶⁵ ». L'*empowerment* serait donc lié aux notions de coopération, de pouvoir populaire, d'autonomie et d'autogestion, mais s'opposerait au paternalisme, à l'autoritarisme et à l'institutionnalisation inflexiblement verticale.

999. Si l'on se réfère au droit et notamment au traitement de la question sociale par le droit, l'*empowerment* du citoyen peut se manifester de plusieurs façons : par exemple lorsque la Constitution ou un texte juridique énonce que la personne a droit au logement et que ladite personne n'a pas de logement, celle-ci prend conscience qu'elle peut prendre place dans un logement vide pour auto-garantir son besoin. En France cela se traduit notamment par l'occupation d'immeubles ou appartements vides. Au Pérou cela se cristallise à travers l'occupation de terrains vagues dans les banlieues afin de prendre possession de ceux-ci et avec le temps devenir propriétaire par prescription acquisitive. Bien entendu, la conséquence de ces pratiques semble être positive d'un côté (satisfaire une nécessité urgente), mais négative d'un autre côté, car ces pratiques entrent en collision avec des droits individuels, comme le droit à la propriété dans l'exemple d'occupation de logements vides ou de terrains vagues.

1000. Pourtant il serait injuste de penser que l'*empowerment* du citoyen est l'antithèse du droit dans le sens où il induit au désordre et au non-respect de certains droits individuels. Bien au contraire, l'*empowerment* permet de perfectionner le système juridique en encourageant son évolution à travers la participation directe (et non représentative) des citoyens. C'est sur ce point que l'*empowerment* contribue à la transformation sociale. En

¹⁷⁶⁵ J. DURSTON, *¿Qué es el capital social comunitario?*, Santiago de Chile, División de Desarrollo Social, CEPAL, 2000, p. 16.

conséquence, d'un point de vue prendre la chose dont on a besoin pour subsister ou pour vivre dignement porte atteinte au système d'État de droit, mais d'un autre point de vue, prendre la chose dont on a besoin pour subsister confronte le système à ces propres paradoxes¹⁷⁶⁶ et pousse le système à aménager des nouvelles solutions institutionnelles.

Section 2. La responsabilité sociale des personnes morales : un palliatif aux besoins sociaux insatisfaits

1001. Le rôle de l'État consiste à assurer, selon la théorie du contrat social, la sécurité des individus. Cette sécurité peut s'entendre sous un angle strict, ce qui reviendrait à croire que l'État doit garantir uniquement les biens et l'intégrité des personnes. Mais, le rôle de sécurité de l'État est un édifice bien plus complexe. Ainsi, selon l'Organisation d'États Américains, la sécurité doit s'entendre comme une construction intégrale à multiples dimensions¹⁷⁶⁷. Cela a pour conséquence que l'État doit aussi agir sur le plan de la sécurité sociale, au même titre que sur celui de la sécurité juridique ou que celui de la sécurité civile. Or on constate qu'après une période où le secteur public s'est montré actif pour subvenir aux besoins sociaux les plus élémentaires, depuis les années 80, aussi bien en Europe qu'en Amérique andine (sous couvert de quelques exceptions) on assiste à un croissant désengagement de l'État et à une privatisation des responsabilités sociales. C'est ainsi qu'en dépit de l'action d'un État qui appelle à l'austérité, les personnes morales, c'est-à-dire les associations (I) et les entreprises (II), tentent de pallier, avec beaucoup de difficultés méthodologiques et de moyens, à certains problèmes sociaux.

I- L'utilité et les limites du système associatif

1002. Au Pérou l'association est définie comme une « organisation stable de personnes physiques ou morales ou des deux, qui à travers une activité commune poursuit une fin non

¹⁷⁶⁶ Par exemple, l'État se donne pour obligation de garantir la sécurité et le bien-être à tous, mais lorsque certaines personnes se trouvent effectivement sans logement et donc sans protection ni bien-être et que le système institutionnel peine à trouver des solutions, alors la personne qui va occuper un logement vide va trouver une tribune audacieuse pour réclamer son droit en confrontant le système à l'absurde. C'est-à-dire qu'entre le propriétaire et l'occupant illégal, l'État doit protéger les deux personnes, or s'il décide d'expulser l'occupant, il serait en train de protéger au juste le propriétaire, qui au surplus n'est pas le plus vulnérable des deux.

¹⁷⁶⁷ P. CELI, « La seguridad multifuncional en la región », S. ALDA et S. DE SOUSA (éd.), *La multidimensionalidad de la seguridad nacional: retos y desafíos de la región para su implementación*, Madrid, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2015, p. 17.

lucrative¹⁷⁶⁸ ». Tandis que dans le cas français l'association est conçue comme une « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices [...] »¹⁷⁶⁹. Dans ces deux cas on retrouve des similitudes qu'on retrouvera dans la quasi-totalité des définitions données par les autres États. Premièrement, il s'agit d'un groupe de personnes manifestant un intérêt commun et, deuxièmement, le but de ce groupe est non lucratif. Le bénéfice des associés ne consiste pas à gagner de l'argent, mais ça peut consister à gagner du bien-être (dans le cas des associations d'amis, de jeux ou de collectionneurs), ou à gagner des espaces pour des idées (dans le cas des associations politiques ou engagées sur des thèmes spécifiques). Mais parmi la multiplicité des objectifs des associations, ce travail s'intéresse particulièrement à celles qui œuvrent en faveur des personnes qui ne couvrent pas leurs besoins sociaux élémentaires. Par exemple, les associations qui distribuent des repas, qui organisent des dons de vêtements, ou encore des associations qui par le volontariat apportent un soutien scolaire aux enfants pauvres en difficultés.

1003. L'association est la manifestation d'une société qui s'organise librement ; mais lorsque son objectif consiste à favoriser la condition de vie des pauvres on peut dire qu'elle manifeste un intérêt pour résoudre un problème qui est incommensurable et qu'elle ne parviendra pas à anéantir seule. C'est en ce sens que le travail de l'association résulte palliatif car, premièrement, elle n'a souvent pas la capacité de répondre à toutes les situations de faim, de pauvreté, de manque de soins, etc. ; et deuxièmement, car elle n'a pas le pouvoir pour changer à elle seule le système ou créer du droit (sauf dans le cas où l'association décide de s'impliquer sur le plan politique sous la forme d'*empowerment* citoyen).

1004. Malgré l'apparente incommensurabilité du travail social qui pèse sur les associations dans leur quête de résolution des situations de pauvreté et de précarité, il serait injuste de soutenir que ces associations sont inutiles. Bien au contraire, dans un système construit autour du paradigme individualiste, l'individu doit généralement faire face, tout seul, à certaines de ses besoins sociaux. Lorsque l'individu n'y parvient pas, et sans le soutien de

¹⁷⁶⁸ Art. 80 du Code civil péruvien.

¹⁷⁶⁹ Art. 1^{er} de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

l'État, de la famille ou d'un individu isolé, apparaît le soutien de groupes de personnes qui, dans un élan de solidarité républicaine, décident de fédérer des efforts autour d'une entité intermédiaire (qui se place entre l'individu et l'État) afin de soutenir les individus démunis. Telle est la logique des associations vouées au travail social.

1005. En France par exemple, le système associatif est assez puissant. Selon une étude du Centre d'Economie de la Sorbonne il existe 1,3 millions d'associations actives, représentant un budget de 85 milliards d'euros. La moitié de leur financement est public (13 % des communes, 11 % des départements, 11 % de l'Etat et 9 % des organismes sociaux) ; tandis que l'autre moitié provient surtout de la participation des usagers (46 %), puis des dons et du mécénat (5 %)¹⁷⁷⁰. Au Pérou il est difficile de savoir le nombre précis d'associations actives, or les services fiscaux croient qu'il existe 50.000 associations qui sous la forme d'une association à but non lucratif cachent des organisations qui fonctionnent sous la forme d'entreprises¹⁷⁷¹. Parmi les associations péruviennes, seul 1.500 s'engagent à présenter des comptes annuels au registre l'Agence Péruvienne de Coopération Internationale qui est une institution assurant un contrôle plus important que celui des services fiscaux. Les financements ne proviennent pas de l'État ni des collectivités locales mais plutôt de dons privés ou de la coopération internationale. Par exemple l'Union Européenne finance des projets en matière de cohésion sociale à travers son programme Eurosociale. Alors qu'en France il existe d'importantes associations vouées au travail social (les Restos du cœur, le Samu social, l'association droit au logement, etc.) ; au Pérou les associations (plus connues sous le nom d'organismes non-gouvernementaux) sont d'envergure moins importante et sont peu connues du grand public. Il existe par exemple « SOS Aldeas infantiles » qui travaille pour la scolarisation et socialisation des enfants en état d'abandon dans dix villes ; le « Samu social », qui assiste des personnes uniquement dans deux quartiers de Lima ; « Techo », qui construit ou améliore des logements dans les quartiers défavorisés.

1006. Quoi qu'il en soit, la situation du secteur associatif dans les différents terrains étudiés il est certain que devant la précarisation et la paupérisation de la population, on assiste à un désengagement des acteurs publics, reléguant parfois ses missions (de garantir le minimum

¹⁷⁷⁰ E. ARCHAMBAULT & V. TCHERONOG, « Quelques repères sur les associations en France aujourd'hui » Paris, Centre d'Economie de la Sorbonne - CNRS - Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012, pp. 3-4.

¹⁷⁷¹ J. LIRA SEGURA, « Hay más de 50 mil asociaciones sin fines de lucro en la mira de la Sunat », *Diario Gestión*, 26 mai 2014, p. 18.

vital à la société) vers le secteur associatif¹⁷⁷². Aussi bien en France qu'au Pérou, l'État est par exemple bien conscient qu'il n'existe pas une politique publique d'anéantissement de la faim. Tout au plus le secteur public s'attache à améliorer les conditions d'alimentation (c'est le cas de programmes qui cherchent à manger sain) ou à subventionner des repas, ou encore à distribuer gratuitement des aliments à des populations bien ponctuelles (c'est le cas de la banque alimentaire en France ou des programmes « Qali Warma » et « Verre de lait » au Pérou). Pourtant un bon nombre d'individus n'est pas couvert par les programmes alimentaires étatiques. Par exemple les personnes sans domicile fixe bien souvent ne le sont pas, et c'est à ce moment que le secteur associatif pallie les absences du secteur public. L'État et les collectivités locales savent bien que ces pratiques associatives existent et qu'elles sont nécessaires pour venir au soutien d'un système juridique où le droit à l'alimentation n'existe pas et *a fortiori* il n'est pas exigible. La différence entre la France et le Pérou ne se situe donc pas sur la faiblesse de l'État, ni sur le rôle actif mais palliatif des associations. Elle se situe plutôt sur le fait que les associations françaises sont bien souvent *de iure*, c'est-à-dire inscrites en Préfecture, comme le secours populaire ou les restos du cœur ; alors que les associations péruviennes sont *de facto*, c'est-à-dire constituées par des individus qui opèrent sans grand lien juridique avec le secteur public. C'est le cas des *comedores populares* qui à Lima donnent à manger à un demi-million de personnes.

1007. Chaque *comedor popular* est une organisation populaire de femmes (non déclarée aux registres publics comme une association *de iure* péruvienne) qui conjugue *empowerment*, informalité, solidarité, féminisme et activisme social pour la subsistance. C'est pourquoi selon C. Blondet et C. Montero il s'agit d'une forme d'organisation sans parallèle au niveau latino-américain et probablement mondial¹⁷⁷³. Les premiers *comedores populares* apparaissent lorsque les instituteurs manifestant pour la hausse de leurs salaires entre 1978 et 1979 occupèrent des écoles des quartiers populaires de Lima. Par solidarité avec les grévistes, les femmes, qui suivirent les instituteurs dans les écoles, commencèrent à préparer des marmites communes au même temps qu'elles commencèrent à se politiser. Au même temps, dans la périphérie nord de Lima, la bonne sœur M. Van der Linde proposa à un groupe de femmes qui recevait des dons d'aliments crus de l'église, de cuisiner ces

¹⁷⁷² M. LONG, « Quel avenir pour le prix des services publics dans un contexte financier contraint ? », *Revue française d'administration publique*, Vol. 144/2012, pp. 953–963.

¹⁷⁷³ C. BLONDET & C. MONTERO, *Hoy: menú popular. Los comedores populares en Lima*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1995, p. 19.

produits afin de mutualiser les produits dans des marmites communes¹⁷⁷⁴. Le succès de l'expérience s'étala dans plusieurs quartiers périphériques de la capitale péruvienne passant d'un seul *comedor popular* en 1978 à plus de deux-cent en 1982, et à près de cinq-mille en 2003, fédérant plus de cent-cinquante-mille adhérentes¹⁷⁷⁵.

II- La précarité du système de responsabilité sociale entrepreneuriale

1008. À la différence d'une association à but non lucratif, la doctrine économique classique, affirme que l'objectif principal d'une entreprise consiste à générer du bénéfice et le faire augmenter sans fraude ni supercherie¹⁷⁷⁶. Il est accepté que plus grande partie de ce bénéfice profite à l'entrepreneur notamment pour compenser le risque que celui-ci a pris au moment d'investir de l'argent. Or malgré ce principe, une partie du bénéfice de l'entreprise peut être distribuée, par obligation juridique, aux collaborateurs de l'entreprise (par exemple à travers le partage d'utilités avec les salariés) ou à la collectivité (via le paiement d'impôts). En ce sens, on pourrait dire que l'entreprise est *per se* une organisation qui cherche le profit individuel avec un atténuant qui oblige l'entreprise à assumer une fonction sociale notamment envers ses salariés et la collectivité.

1009. Ce constat se conjugue avec le fait que les activités des entreprises ont un impact parfois positif ou parfois négatif sur la société. Ce qui pose la question de savoir : comment les entrepreneurs compensent la société (d'autant plus s'ils sont conscients de l'impact négatif de leurs activités)¹⁷⁷⁷. Parfois cette compensation est prévue par le droit, par exemple à travers l'imposition d'une taxe sur un produit ou un service, mais d'autres fois, aucune compensation n'est prévue par les normes. C'est là que l'entreprise au gré de sa liberté peut choisir de ne rien faire ou de compenser volontairement la société. C'est sur ce point qu'advient la responsabilité sociale entrepreneuriale qui se calque sur un schéma culturel d'entrepreneuriat fondé sur des valeurs éthiques cherchant l'amélioration des conditions de

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁷⁷⁵ C. BLONDET & C. TRIVELLI, *Cucharas en alto: del asistencialismo al desarrollo local: fortaleciendo la participación de las mujeres*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004, p. 20.

¹⁷⁷⁶ M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 173.

¹⁷⁷⁷ La notion de compensation envers la société est reprise par la doctrine spécialisée : I. PIZZOLANTE NEGRÓN, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*, Madrid, Ediciones Ciencias Sociales, 2009, p. 41.

travail des salariés, l'égalité d'opportunités ou plus généralement le respect des droits de l'Homme¹⁷⁷⁸.

1010. En réalité l'éthique d'entreprise qui fonde la responsabilité sociale entrepreneuriale existe depuis plusieurs siècles¹⁷⁷⁹. Au début du XXème siècle elle prend une forme assez paternaliste tel qu'imaginé par l'allemand W. Rathelnan qui s'intéressa en 1919 au rôle de l'entreprise envers la société¹⁷⁸⁰. En effet, jusqu'à la seconde moitié du XXème siècle la responsabilité sociale des entreprises s'agissait généralement d'une forme de philanthropie de l'entrepreneur (limitée aux dons) et non d'une politique de l'entreprise fondé sur une vision sociale¹⁷⁸¹. Malgré cela, la doctrine européenne et surtout états-unienne (Firsch, Ackerman, Bauer, Sethi, Votaw, Walton, Preston & Post) commencera à souligner l'importance des obligations des entreprises comme conséquence de leurs activités¹⁷⁸². Pendant les années soixante et soixante-dix, la doctrine avancera sans un effet direct sur les pratiques des entreprises qui tarderont à comprendre la différence entre philanthropie et paradigme social dans l'entreprise.

1011. Ce n'est que vers la fin du XXème siècle qu'adviennent, selon L.-A. Vega, deux faits générateurs qui accélèrent le processus contemporain de responsabilisation sociale des entreprises et lui donnent la forme actuelle. Premièrement, les mouvements contestataires du système économique des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix ; et deuxièmement, le constat d'incapacité des acteurs publics pour surmonter les phénomènes de pauvreté et d'exclusion sociale¹⁷⁸³. Ce à quoi s'ajoute, sous les théories du néolibéralisme, le progressif retrait de l'État en tant qu'acteur social¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, pp. 42-43.

¹⁷⁷⁹ Déjà au XVIème siècle les commerçants moralistes se demandaient si les prix du marché ou si les intérêts étaient ou pas un pêché : M. GONZÁLEZ, « La ética económica de la Escuela de Salamanca », M. DE LA CUESTA GONZÁLEZ & L. RODRÍGUEZ DUPLÁ (coord.), *Responsabilidad social corporativa*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, p. 25.

¹⁷⁸⁰ W. RATHENAN, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, 8ème éd., Madrid, Biblioteca Nueva, 1966, 296 p.

¹⁷⁸¹ J.-L. VEGA, *Responsabilidad social y los principios del desarrollo sostenible como fundamentos teóricos de la información social de la empresa*, Madrid, ESIC, 2009, p. 27; I. PIZZOLANTE NEGRÓN, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁷⁸² J.-L. VEGA, *Responsabilidad social y los principios del desarrollo sostenible como fundamentos teóricos de la información social de la empresa*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, pp. 25-26.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 26.

1012. A ce stade, en 1984 apparaît la théorie des *stakeholders* de R.-E. Freeman, qui propose que les processus de gestion externe de l'entreprise tiennent compte des relations avec les individus ou les groupes d'individus qui soient lésés par les objectifs de l'entreprise¹⁷⁸⁵. Cette théorie constitue une véritable remise en question du paradigme classique de gestion d'entreprises, car il s'agissait de satisfaire des intérêts qui jusqu'alors étaient conçus comme opposés. Afin de concilier ces intérêts qui paraissent opposés il fallait comprendre que la relation entre l'entreprise et la société se fonde sur un contrat social (de type rousseauien). D'une part, la société octroie à l'entreprise un statut légal et la possibilité d'utiliser les ressources sociales ; d'autre part, et en contrepartie, l'entreprise satisfait les nécessités de la société¹⁷⁸⁶. En ce sens, la satisfaction de ces nécessités sociales constitue un critère incontournable pour évaluer l'utilité, et donc la légitimité sociale, de l'entreprise. Bien entendu, plus l'entreprise est puissante, plus élevé est le degré de satisfaction qu'elle doit donner à la société. Le point d'équilibre de la légitimité de l'entreprise face à la société consiste donc dans une corrélation proportionnelle entre le pouvoir et la responsabilité sociale de l'entreprise. On constate donc que la responsabilité sociale de l'entreprise établit une triple relation gagnante car tout d'abord est favorisé l'individu, qui voit amélioré son quotidien ; puis est favorisé l'acteur public, qui soulage un peu ses charges ; enfin est favorisé l'entreprise, qui renouvelle et renforce son contrat social avec la société.

1013. C'est pourquoi certains États comme le Danemark¹⁷⁸⁷, ou des organismes internationaux comme l'ONU¹⁷⁸⁸ ou la Commission européenne ont intégré cette logique dans leurs plans de travail. Entre 2001 et 2002 l'Union Européenne lance le « livre vert » qui est un document cherchant à créer un cadre européen pour que volontairement les entreprises intègrent des préoccupations sociales et environnementales dans ses opérations commerciales et dans ses relations avec ses interlocuteurs¹⁷⁸⁹. Or, cet élan *garantiste* qui irrigué tout l'occident n'as pas empêché que beaucoup d'entreprises persistent dans les

¹⁷⁸⁵ R.-E. FREEMAN, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 52.

¹⁷⁸⁶ J.-L. VEGA, *Responsabilidad social y los principios del desarrollo sostenible como fundamentos teóricos de la información social de la empresa*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁸⁷ « *The Copenhagen Charter : A management guide to stakeholder reporting* » de 1988, constitue la première initiative en Europe de gestion de la responsabilité sociale entrepreneuriale. Il s'agit d'un processus similaire au contrôle de qualité (que l'entreprise s'applique à elle-même) afin de révéler le degré d'implication de l'entreprise et de sa haute direction avec le substrat éthique de la responsabilité sociale.

¹⁷⁸⁸ Voir notamment le programme *Global Compact* lancé par l'ONU en 1999 portant la responsabilité sociale des entreprises.

¹⁷⁸⁹ F. NAVARRO GARCÍA, *Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica*, Madrid, ESIC, 2008, p. 139.

violations des droits fondamentaux. C'est pour cette raison qu'en 2017 le Comité des droits de l'Homme a été interrogé sur cette question¹⁷⁹⁰, ou que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a du se prononcer à travers l'Observation générale n° 24 sur les obligations des États dans le contexte des activités des entreprises. Cela révèle qu'il existe un mouvement assumé par le droit international (mais aussi par le droit français¹⁷⁹¹) qui souhaite que l'entreprise soit capable de se conformer aux responsabilités de respect des droits de l'Homme. Selon B. Delzangles et S. Grosbon « il s'agit alors essentiellement pour les États de prendre des mesures raisonnables (devoir de vigilance, coopération judiciaire, lutte contre l'optimisation fiscale notamment) pour empêcher la violation du PIDESC par les entreprises sur qui [les États et l'ONU] peu[vent] exercer une influence¹⁷⁹² ».

1014. La responsabilité sociale de l'entreprise signifie donc que cette personne morale doit assumer un rôle qui ne se limite pas au respect des simples injonctions que la loi lui fait (payer un salaire minimum, payer des impôts, etc.) ; mais encore, l'entreprise doit agir en accord avec l'esprit des droits de l'Homme sans abuser des droits et libertés que le système lui octroi pour opérer. Par exemple, l'entreprise ne devrait pas instrumentaliser le droit pour trouver des parades qui la mènent à évader des impôts, ou ne devrait pas chercher des salariés dans un pays juste parce que le salaire minimal est dérisoire, etc.

1015. Néanmoins, il ne s'agit pas non plus de transformer l'entreprise en une entité qui assume toutes les responsabilités sociales auprès du salarié ou de la société. Si tel était le cas, elle deviendrait une intermédiaire entre l'individu et l'État ce qui brouillerait les relations de coresponsabilité (droits et devoirs) entre État et individu. C'est pourquoi la responsabilité sociale de l'entreprise ne doit pas substituer le rôle du gouvernement puisque cela entraînerait un double effet négatif : d'une part cela accentuerait la délégation de responsabilités sociales de l'État envers le privé ; et d'autre part, cela désintéresserait le citoyen de sa lutte pour l'obtention de droits sociaux. Par rapport à ce dernier point, I.

¹⁷⁹⁰ « [L] 'obligation de veiller à ce que l'exercice des droits consacrés par le Pacte ne [doit pas être] entravé par [les] activités extraterritoriales d'entreprises, relevant de sa compétence » Basem Ahmed Issa Yassin et al. c. Canada du 26 juillet 2017, communication n° 2285/2013, paragraphe 6.5.

¹⁷⁹¹ En droit français, voir la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, en droit international, se reporter aux principes directeurs droits de l'homme et entreprise, adoptés par l'ONU en 2011 ; P. MOUGEOLLE, « Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Revue des droits de l'homme*. (Consulté le 26 février 2018, <http://journals.openedition.org/revdh/2970>).

¹⁷⁹² B. DELZANGLES et S. GROSBON, « Entreprises et droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme*. (Consulté le 26 février 2018, <http://journals.openedition.org/revdh/3674>).

Pizzolante Negrón affirme que ce sont les citoyens qui doivent construire les situations qui définissent des nouveaux droits, or si l'entreprise privée envahi les espaces du gouvernement elle établit de nouvelles obligations et de nouveaux droits qui ne sont pas définis par les citoyens¹⁷⁹³. Dans ce cas tous les acteurs seraient perdants : le citoyen perdrait de l'*empowerment* ; l'entreprise s'éloignerait de sa véritable mission¹⁷⁹⁴ ; et l'État serait remis en question dans son rôle de garant de la sécurité (sociale) des individus, ce qui remettrait en question aussi l'utilité des institutions publiques.

1016. En somme l'entreprise ne peut pas remplacer l'État, et c'est tout naturellement sur ce point que se trouve la faiblesse de la responsabilité sociale entrepreneuriale car l'entreprise ne participe pas au jeu politique de formation des normes de type social et au contraire, elle peut accentuer le désengagement social de l'État. En ce sens, les pratiques de responsabilité sociale de l'entreprise n'octroient pas de véritables droits aux bénéficiaires, et ne sont pas à la source de la création du droit. Au surplus, une de ses caractéristiques c'est que la responsabilité sociale entrepreneuriale est volontaire, ce qui veut dire que l'entreprise peut décider de faire, de ne pas faire ou de ne plus faire du travail d'action sociale. C'est pourquoi on pourrait affirmer qu'il s'agit d'initiatives précaires d'un point de vue juridique car l'entreprise ne peut pas assurer de manière certaine qu'une activité ou pratique sociale se maintiendra dans le temps. Certes il existe des exceptions, c'est-à-dire des situations où l'entreprise ne peut pas se désengager facilement de ses initiatives sociales : soit parce qu'elles sont devenu un droit pour le bénéficiaire (c'est le cas des usages d'entreprise¹⁷⁹⁵) ; soit parce qu'elles font partie de l'identité de l'entreprise (c'est le cas du commerce équitable ou du commerce éthique¹⁷⁹⁶).

¹⁷⁹³ I. PIZZOLANTE NEGRÓN, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*

¹⁷⁹⁵ L'usage d'entreprise est une pratique ou un avantage régulier volontaire accordé aux salariés sans qu'une norme ou une convention collective ne l'impose. Or, malgré le fait que l'usage d'entreprise devient obligatoire s'il est général, fixe et constant, il est possible de dénoncer l'usage par le biais d'une procédure spécifique. Voir C. Cass., 10 janvier 1985, n° 81-42801.

¹⁷⁹⁶ Le commerce équitable se caractérise par des « opérations commerciales qui soutiennent les producteurs marginalisés des pays en voie de développement en améliorant leur accès au marché, garantissant des prix justes et une stabilité des revenus à travers des paiements directs et *a priori* ». Alors que le commerce éthique fait allusion aux « activités des entreprises qui cherchent à améliorer ses responsabilités éthiques, environnementales et sociales et promouvoir des droits de l'Homme et les conditions de travail dignes » : F. NAVARRO GARCÍA, *Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica*, *op. cit.*, pp. 186-188.

1017. La responsabilité sociale entrepreneuriale est donc un phénomène bien complexe, ce n'est plus un type de philanthropie adaptée aux entreprises et qui se limite aux dons. Mais il s'agit d'un effort de certaines entreprises pour dépasser les logiques économiques classiques qui prônent la maximisation des bénéfices au profit d'une logique qui concilie l'incontournable objectif de bénéfice des entreprises avec l'utilité sociale que l'entreprise doit avoir envers la société¹⁷⁹⁷. Au même titre que toute propriété privée doit observer une fonction sociale, les entreprises ont aussi une fonction sociale puisque la norme les oblige à contribuer au développement de la collectivité (en payant des impôts, en respectant les droits des salariés, etc.). Or, bien que le premier pilier de la responsabilité sociale entrepreneuriale consiste à respecter la loi, l'enjeu se situe dans le surpassement volontaire du cadre des droits sociaux pour limiter les impacts négatifs qu'aurait l'activité de l'entreprise. En ce sens, la responsabilité sociale entrepreneuriale agit différemment à une association créée ou soutenue par une entreprise. Dans le premier cas, le terrain d'action sociale de l'entreprise se situe auprès de ses *stakeholders*, alors qu'une association ou fondation (indépendamment du soutien d'une entreprise) agissent auprès du public qu'elles veulent, sous réserve de respecter les statuts de ladite association ou fondation.

1018. Comme l'affirme I. Pizzolante Negrón, lorsqu'une entreprise agit en dehors de son foyer d'affaires, c'est un indicateur qu'elle ne sait pas ce qu'elle fait en matière de responsabilité sociale¹⁷⁹⁸. Pourtant si l'entreprise ne sait pas ce qu'elle fait son action peut devenir contreproductive mais au moins l'entreprise est de bonne foi ; alors qu'il existe des cas où l'entreprise soutient des pauvres, donne des avantages aux salariés ou participe d'activités de bienfaisance, sous couvert de responsabilité sociale, pour obtenir des bénéfices plus grands que les sommes dépensées pour ces activités. Dans ce cas l'entreprise n'as pas changé son paradigme classique, elle ne cherche pas à concilier profit avec fonction sociale, elle cherche à investir dans une opération qui lui donnera un profit économique. C'est le cas d'une entreprise qui exploite le droit à l'image des pauvres sous couvert d'un don ; ou le cas d'une entreprise qui restaure une route qui la dessert et se fait rembourser

¹⁷⁹⁷ Cette utilité sociale repose sur quatre piliers qui sont le substrat philosophique de la responsabilité sociale entrepreneuriale : le pilier social (rendre ce que la société octroi) ; le pilier moral (dépasser l'idée que l'Homme est juste un *homo oeconomicus*) ; le pilier économique (générer du profit mais en tenant compte de son environnement social et écologique) ; et le pilier instrumental (les entreprises doivent respecter la loi) : I. PIZZOLANTE NEGRÓN, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*, *op. cit.*, pp. 216-217.

¹⁷⁹⁸ I. PIZZOLANTE NEGRÓN, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*, *op. cit.*, p. 222.

par des crédits d'impôts dans le cas français (ou par le dispositif fiscal « *obras por impuestos* » dans le cas du Pérou). Ces pratiques, anti-éthiques, et qui trahissent les objectifs de la responsabilité sociale entrepreneuriale, ont l'effet pervers de coûter cher à la collectivité, au même temps que le marketing de l'entreprise convainc la société que le modèle économique peut avoir des vertus en faveur des pauvres. Il s'agirait alors d'une forme évoluée et agressive de légitimation du système économique et non d'une relativisation des théories classiques de l'économie.

Conclusion du Chapitre 2

1019. On peut croire que lorsqu'il n'y a plus de norme juridique le droit n'existe plus, mais cela n'est pas tout à fait juste. En toute vraisemblance les situations où le droit est absent, constituent des espaces où le dynamisme citoyen est sûrement plus actif pour combattre l'absence de droit, voir pour provoquer la création du droit. Ce dynamisme citoyen étant d'avantage plus impérieux lorsqu'il s'agit de l'absence ou de l'ineffectivité de droits sociaux car ce sont des situations où parfois la survie des personnes est en jeu.

1020. Pour protéger sa vie ou sa dignité lorsque les garanties sociales sont insuffisantes, la première idée consista à penser aux aménagements de principes juridiques déjà existants. C'est une stratégie qui a réussi à combler des vides en matière d'accès au logement ou à la santé ; or la portée de ces dispositifs s'avère être de plus en plus inefficace et surtout destinée à des classes moyennes qui ont des moyens (certes limités) pour accéder aux ressources matérielles minimales.

1021. Face à l'absence d'une protection sociale par « le haut » c'est-à-dire par l'acteur public, une seconde stratégie consiste à laisser que l'acteur privé fasse du social. En ce sens, ce sont les initiatives privées qui prendraient le relais de l'action sociale pour combler les situations les plus urgentes. Sous un schéma organisé, semblable à celui de l'assistance privée en Europe ou de la réciprocité communautaire d'Amérique andine, les associations ont réussi à soutenir la société dans un objectif commun de justice sociale. Or à cause du grand nombre de situations, mais aussi à cause de la complexité qualitative des affaires, ces associations ne sont pas parvenues à remplacer l'État lorsqu'il s'agit de répondre aux objectifs en matière sociale. Les entreprises, à travers des politiques internes de « responsabilité sociale », ont compris aussi que leur objectif devait dépasser l'individualisme orthodoxe et les doctrines économiques classiques pour assumer une responsabilité sociale qui consiste à rétribuer la société au-delà de ce que le droit leur impose. On se rend compte, aussi bien dans le cas des associations que dans celui de l'entreprise, que l'objectif louable se confronte premièrement à l'incommensurabilité de la tâche et, deuxièmement, à la précarité de l'action menée, puisqu'à la différence du droit, aucune volonté du privé ne peut engager la personne privé de manière certaine et pérenne.

1022. En tout dernier recours, apparaît la possibilité de contester le cadre juridique existant, sans pour autant chercher à le détruire. En ce sens, la perspective de solution aux problèmes sociaux résulte d'une telle urgence que les individus n'ont plus le temps d'interroger les procédures institutionnelles existantes et doivent satisfaire leurs besoins sociaux par eux-mêmes, en dépit du système. Bien entendu, ces actions posent des problèmes aussi bien en matière de non-respect de l'État de droit qu'en matière de non-respect du droit à la propriété privée.

Conclusion du Titre 2

1023. Le parachèvement du processus de construction des droits sociaux consiste fondamentalement dans la *justiciabilité* de ces droits et, lorsque l'État ne peut pas agir, dans l'action directe des privés. Après la doctrine, les constituants et les législateurs, ce sont les juges mais aussi les individus par-eux-mêmes qui terminent de construire le système des droits sociaux.

1024. En matière de *justiciabilité*, aussi bien en France qu'au Pérou, les juges rencontrent des limites organiques, d'une part parce que la règle de droit n'est pas suffisamment explicite et d'autre part parce que les sanctions pour non-respect des droits sociaux sont assez souples ou n'existent pas. De plus la *justiciabilité* se voit confrontée au phénomène de conservatisme de certains courants doctrinaux qui prônent un rôle peu actif du juge en matière de protection des garanties sociales. En ce sens, la méthode d'interprétation extensive ou la protection par ricochet ne semblent ne pas trop s'appliquer en matière sociale hormis quelques exceptions inhérentes à des moments bien précis en jurisprudence interaméricaine et européenne.

1025. A défaut d'une protection intégrale de la part des juges, souvent la société a dû aménager le droit afin de donner solution à ses difficultés sociales (c'est l'exemple des mutuelles qui furent une création européenne exportée en Amérique andine). Or lorsque ces situations semblent atteindre l'urgence face à l'inaction des acteurs publics, certains groupes individus ont tenté d'assumer un rôle social qui correspond à l'État (c'est le travail associatif, voire la responsabilité sociale d'entreprise), sans parvenir à résoudre véritablement un problème qui dépasse les acteurs privés.

1026. Face à un système social qui parfois ne fonctionne ni en Europe ni en Amérique andine, par exemple en matière de droit au logement, le dernier rempart pour la survie demeure l'individu. Ce dernier étant démuné, il n'a souvent d'autre choix que de prendre la chose directement, par exemple, en occupant un logement ou un terrain vague. D'un côté cette action peut être interprétée comme un attentat à l'encontre du système normatif, d'un autre côté on peut observer que si cette action répond à des impératifs de nécessité et en fait un exemple, elle peut être à la source de la création de nouveaux droits.

1027. Pourtant, le conservatisme juridique, véhiculée notamment par les écoles positivistes assez répandues en Occident, exclu souvent les individus du processus de construction du droit. Or l'individu étant le destinataire de la règle de droit, il est le mieux placé pour savoir ce qui doit être conquis prioritairement en matière de droits sociaux. Il est en ce sens un acteur incontournable pour améliorer un système des droits sociaux qui montre encore beaucoup de lacunes.

Conclusion de la Seconde Partie

1028. Si l'on se réfère aux Constitutions, qui sont ce qu'il y a de plus consolidé dans la hiérarchie des normes, on constate que les premiers symptômes du constitutionnalisme social apparaissent au début du XX^{ème} siècle en dehors de l'Europe. Bien entendu ce constitutionnalisme, ainsi que le pan légal qui s'en suit, ont trouvé leur essor dans une Europe qui disposait d'une classe politique engagée et d'une doctrine assez productive ; néanmoins on ne doit pas exclure le fait que depuis le début du XXI^{ème} siècle l'Amérique andine a su proposer un courant constitutionnel, que l'on pourrait qualifier de néoconstitutionnalisme social, fondé sur des valeurs propres et sur une philosophie extra-occidentale. Pourtant, ce n'est ni la France, ni le Pérou qui se situent à l'avant-garde des différentes évolutions en matière de constitutionnalisme social. Hormis quelques apports en matière de législation sociale (la France étant bien avancée en matière de droit du travail par exemple, le Pérou étant le premier en Amérique andine à reconnaître des garanties sociales aux salariés), ces deux États sont arrivés tard au processus de constitutionnalisation du social. Mais le cas français diffère du cas péruvien sur le fait que la doctrine française (par exemple lors de la révolution de 1848 ou vers la fin du XIX^{ème} siècle) avait des propositions qui auraient pu servir de fondement à un nouveau paradigme constitutionnel, alors que la doctrine péruvienne n'a jamais donné signes d'une proposition originale. Il est ainsi curieux de voir que le constitutionnalisme social péruvien se tourne plus vers les propositions constitutionnelles allemandes et moins sur celles issues du Mexique, et moins encore sur les pratiques sociales de réciprocité andine qui sont pourtant à portée de main du législateur ou de la doctrine juridique péruvienne. En ce sens, on peut affirmer qu'en dehors des cas bien particuliers de l'Équateur et de la Bolivie, le constitutionnalisme social reste influencé par le droit des États européens.

1029. Au niveau de la protection des droits sociaux, si l'on dépasse les limites du positivisme juridique, on retrouve deux systèmes de protection : la protection par le juge et la protection par l'*empowerment* des individus (qu'ils soient seuls ou réunis en groupes). Dans le premier cas, on constate que le système de *justiciabilité* des droits sociaux est uniquement une extension de celui qui existait pour protéger les droits civils et politiques. Sur la *justiciabilité*, il est peu intéressant de savoir quel État a créé le système ou qui l'a mieux perfectionné. Ce qui semble plus porteur est le fait de savoir de quels raisonnements

se sont servis les juges des différents terrains étudiés pour garantir les droits sociaux alors que parfois les normes ne permettent pas de les garantir pleinement. Bien que le droit européen de protection des droits de l'Homme soit un des plus avancés en la matière, le droit interaméricain l'est aussi, notamment sur la question du « projet de vie ». Aussi, en Amérique andine, certains États comme la Colombie sont remarquables par l'essor de la protection jurisprudentielle des droits sociaux grâce aux mécanismes de *tutela*. Malgré les avancées des deux ou trois dernières décennies, il n'en demeure pas moins qu'en Europe et en Amérique andine, la *justiciabilité* des droits sociaux est insuffisante et précaire. Tout d'abord, cette *justiciabilité* est insuffisante car les mécanismes qui permettent de protéger les droits sociaux sont limités, surtout si l'on compare par rapport à ceux qui protègent les droits-libertés. Puis, il peut être affirmé que la *justiciabilité* est précaire parce que les jurisprudences les plus protectrices correspondent à des périodes dominées par les réflexions de certains juges. Ce qui voudrait dire que la *justiciabilité* serait plus redevable à l'interprétation des juges qu'au système de garanties normatives mises à disposition du juge.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1030. À la fin de ce travail, deux types de conclusions, une d'ordre général et une autre d'ordre spécifique peuvent être formulés. De façon générale il semblerait qu'il existe une prépondérance de l'influence européenne dans la construction idéologique des droits sociaux en Amérique andine ; et que malgré quelques tentatives qui cherchent à atténuer cette influence, le droit des États andins continue à être profondément influencé par les logiques juridiques occidentales.

1031. De manière plus spécifique, chaque chapitre de ce travail semble apporter des lumières sur quelques aspects relatifs aux droits sociaux. Tout d'abord, que l'idée du social (qui précède la constitution des droits sociaux) se construit initialement, et de façon plus complète, autour de la doctrine chrétienne. Mais qu'au moment de l'avènement des républiques en Europe, l'État tente de séculariser le discours sur le social faisant appel à des idées qui prônent d'abord l'assistanat, puis l'égalité matérielle ou la cohésion sociale. L'influence que l'Europe a eue en Amérique andine en matière de construction du social est donc d'abord une influence issue des idées chrétiennes (par exemple, le social-christianisme a joué un rôle dans certains processus constitutifs).

1032. Par ailleurs, il est curieux de remarquer que dans les États andins il existe des idées et des pratiques sociales issues d'un passé précolonial et qui s'assimilent à ce qu'on connaît en Occident comme principe de solidarité. Or ces principes originaires dénommés *sumak kawsay* ou *Pachamama*, n'ont pas réussi à se traduire en droits sociaux ou du moins en philosophie du droit, ce qui contraste avec le cas des idées chrétiennes ; alors même que ces principes originaires ont récemment été constitutionnalisés par certains États andins, sans que le juriste local puisse encore comprendre l'étendue de son contenu.

1033. Après les révolutions en Europe et les indépendances en Amérique andine, aussi bien en Europe qu'en Amérique andine, notamment à partir de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle, un courant de pensée propose une nouvelle conception de l'économie, de la philosophie du droit et du système politique : le socialisme. En France, le socialisme, mais aussi le communisme, ont une influence dans la construction des droits sociaux. Or la

doctrine française, à partir du solidarisme de P. Leroux et de L. Bourgeois, a tenté de frayer le chemin d'une troisième voie entre libéralisme et socialisme. Ces idées, qui semblent avoir cherché dans l'esprit républicain de fraternité une justification pour construire un système juridique fondé sur des solidarités destinées à lutter contre la pauvreté, ont été accueillies de manière importante en France, même si elles n'ont pas réussi à étendre leur champ d'influence au-delà du territoire français¹⁷⁹⁹.

1034. Le cas du solidarisme en France est similaire à celui du nationalisme au Pérou. Dans les deux cas, ces courants ont tenté de penser la construction d'un schéma de cohésion de la société, où l'union sociale alliée avec un certain équilibre matériel entre les membres de la société permette de développer un système de réciprocité et de partage des richesses organisé par l'État. Il n'en demeure pas moins que les autres États ont été peu perméables à l'influence française et péruvienne en matière de modèle social. Ainsi, le solidarisme n'a pas influencé grandement l'Europe, et moins encore l'Amérique andine ; et le nationalisme péruvien, qui n'est pas exclusif à cet État mais fort développé par ce dernier en tant que stratégie de cohésion sociale, est inusité, voire rejeté en Europe occidentale du fait de la confusion qui est faite avec le fascisme.

1035. Le problème majeur consiste dans le fait que les propositions idéologiques qui sont réalisées au Pérou ou en France ne sont pas comprises de la même manière sur le continent opposé. Ainsi, en Amérique andine la solidarité n'est pas comprise dans son acception d'ensemble social fraternel et républicain, mais plutôt sous une acception qui fait appel à la loyauté ou à l'amitié entre les peuples. Dans ces conditions elle ne peut servir de fondement à la constitution des droits sociaux. Dans le cas du Pérou où la formation de la nation est un processus non aboutit, on se préoccupe qu'il n'existe pas les conditions de cohésion sociale pour constituer un système économique de réciprocités et redistribution capable de rendre effectifs des droits sociaux. C'est pour cette raison qu'en Amérique andine consolider la construction d'une nation apparaît comme une condition *sine qua non* pour imaginer la création des droits sociaux ; d'où l'importance du nationalisme andin. Bien entendu, en Europe où la nation semble être déjà formée, tout nationalisme apparaît comme une redondance, inutile, voire nocive, puisque le système de cohésion ayant déjà été créé, le

¹⁷⁹⁹ Par les conditions précitées on peut affirmer qu'il n'existe pas de pénétration des idées sociales françaises en Amérique andine, avec quelques exceptions assez remarquées comme par exemple sur la notion de « fonction sociale de la propriété » de L. Duguit qui est reprise initialement par la doctrine colombienne.

nationalisme cherche à exacerber la compétition entre les groupes culturels/ethniques pour savoir qui est plus légitime pour s'imposer sur l'autre.

1036. Mais il n'y a pas qu'une incompréhension entre la France et le Pérou au niveau des idées fondamentales du social. Des similitudes existent aussi. Ainsi, l'objectif du solidarisme et du nationalisme se présente comme étant le même : expliquer que sans l'existence d'un lien social fondé sur l'égalité en droits (que l'on prénomme « inclusion sociale » au Pérou ou « fraternité » en France) le système de réciprocité sociale n'est pas imaginable. Il faut observer à cet égard que certains courants de pensée, comme le socialisme ou la social-démocratie, ont irrigué aussi bien la France que le Pérou.

1037. Le marxisme réussi à irradier une influence importante pour la consolidation de l'idée de justice sociale en Europe occidentale et en Amérique andine. Or, même si le marxisme a été accueilli par une partie de la classe intellectuelle andine, celle-ci s'est aussi employée à adapter ces théories à la réalité locale. C'est à ce moment que surgit le travail de J.-C. Mariátegui au Pérou, alliant le marxisme avec l'indigénisme, tout en recevant l'influence des idées sociales italiennes de P. Gobetti ou de C. Rosselli dans le sens d'un socialisme libéral. Or l'apport de Mariátegui consiste dans l'adaptation du socialisme aux particularités des Andes en comprenant bien que pour l'Amérique andine la lutte de classes n'était pas une cause ouvrière mais plutôt une cause paysanne, à l'image de la révolution mexicaine.

1038. Cela rappelle que le marxisme n'a jamais été uniformément interprété. Ainsi, le socialisme français, notamment le jaurésien, diffère, par ses méthodes, du socialisme allemand. Le premier prône que la réalisation des droits sociaux s'effectue après avoir conquis le pouvoir politique (d'en haut vers le bas) ; alors que le second propose que les droits sociaux naissent de l'initiative populaire (d'en bas vers le haut). Cette même problématique est reflétée lorsqu'on étudie l'impact de la social-démocratie. En effet, l'apport principal que celle-ci a en Allemagne, puis dans toute l'Europe, consiste à établir de nouveaux standards en matière de droits des travailleurs par le biais de la négociation collective ; alors que son influence en Amérique andine se limite à la transposition des acquis sociaux européens, plutôt qu'à l'obtention de ces droits par le biais de la méthode social-démocrate de négociation via les syndicats.

1039. Quoi qu'il en soit, toutes ces idées politiques qui ont tenté de construire le social n'ont jamais réussi à bouleverser, ni en Europe occidentale, ni en Amérique andine, les soubassements juridiques qui soutiennent le modèle économique. En somme, à la différence du libéralisme qui a réussi à concrétiser une véritable révolution du point de vue philosophique, juridique mais aussi social et économique ; ni en Europe occidentale ni en Amérique andine, le marxisme n'a réussi à changer les fondements du système économique. En effet, les droits sociaux ne semblent pas se baser sur un socle philosophique inhérent uniquement à une doctrine « sociale » déliée du libéralisme, bien au contraire ; il semble que les fondements contemporains de la question sociale en Occident répondent à un socialisme de type républicain, ce qui octroie une place prépondérante au libéralisme comme essence motrice de l'action de l'Etat. En ce sens, les droits sociaux ne seraient pas, dans la région andine et en Europe occidentale, le produit des révolutions sociales, mais le fruit des évolutions du libéralisme qui, aux périodes historiques de délégitimation du modèle, a su incorporer des idées sociales pour se redonner un élan révolutionnaire. En somme, les transformations porteuses de droits sociaux seraient issues, paradoxalement, d'un renouvellement et d'un nouveau dynamisme réformateur du paradigme libéral.

1040. Plus concrètement, au niveau de la mise en place des idées sociales dans le cadre normatif, on assiste à une première phase où le droit constitutionnel se limite à octroyer des garanties à « l'Homme abstrait », c'est-à-dire un Homme imaginé par un idéal, sans considérer les différents rôles qu'il occupe dans la société (comme par exemple le rôle de travailleur). Ce droit constitutionnel se construit en tournant le dos aux droits sociaux, à partir d'une conception biaisée où le contrat social rousseauien considère à la sécurité sous le prisme de la garantie des biens.

1041. Or le droit constitutionnel connaît un renouveau dès le début du XXème siècle, au Mexique tout d'abord (1917), puis en Allemagne (1919) ou même en Espagne (1932 et puis en 1978). On s'intéresse désormais à l'Homme qui a un rôle dans la société. Ce qui donne lieu à la constitutionnalisation de certaines garanties sociales. Pourtant, même s'ils ont réussi à encourager la reconnaissance du social à travers des lois sociales, le Pérou et la France ont hésité à construire un véritable système social à travers leur droit constitutionnel.

1042. Cependant l'histoire du droit constitutionnel nous fait remarquer un fort intérêt des constituants français pour la question sociale dès 1793, puis en 1848 et en 1946 ; alors que les Constitutions impériales et même la Constitution de la Vème République ne sont pas vouées à la reconnaissance d'un quelconque droit social. Cela signifie donc que le processus d'évolution constitutionnelle du social est semé d'avancées mais aussi de reculs. Dans le cas de la région andine, la dynamique est semblable. Bien que le constitutionnalisme social ne soit pas parvenu à se développer aussitôt qu'en France, on assiste à un véritable élan de constitutionnalisme social dès 1979 au Pérou. En effet, la Constitution péruvienne de 1979 (qui reprend des acquis sociaux de la Constitution espagnole de 1978, qui elle-même s'inspire des évolutions constitutionnelles d'Allemagne) fut un exemple de Constitution à fort contenu social dans la région. C'est pour cette raison que dans ce cas du Pérou, ainsi que dans le cas colombien, il est difficile de nier l'influence du droit constitutionnel des États d'Europe occidentale. Pourtant cette première pierre du constitutionnalisme social andin qui avait été posée avec la Constitution péruvienne de 1979 souffre un revers en 1993, année où entre en vigueur une nouvelle Constitution radicalement plus libérale sur le plan économique. Le substrat idéologique de cette dernière semble provenir des doctrines du néolibéralisme développées notamment aux États-Unis et au Chili, avec une réduction des garanties sociales par rapport à la Constitution précédente.

1043. Dans la région andine c'est actuellement la Colombie qui semble proposer la version la plus consolidée du modèle constitutionnel d'État de droit social. L'influence allemande est à cet égard fragrante or certains acquis, comme la « fonction sociale de la propriété » sont issus de la doctrine française. La Constitution colombienne, à contrecourant du phénomène qui s'est produit au Pérou, agit en élément déclencheur d'un mouvement constitutionnel qui caractérise la région andine : le nouveau constitutionnalisme latino-américain. Ce courant se caractérise par deux éléments de fond. D'une part, il se refuse à accepter tout type de courant liberticide (considérant le précédent des événements politiques chiliens et le refus de l'autoritarisme). D'autre part, on réservera une place importante aux garanties sociales en important dans un premier temps les acquis doctrinaux européens (c'est le cas des Constitutions en Colombie et en moindre mesure au Venezuela). Puis, dans un second temps, le nouveau constitutionnalisme latino-américain se caractérisera par développer les droits sociaux à partir d'une pensée sociale indigène (c'est le cas des Constitutions en Équateur et en Bolivie). C'est en ce sens que l'on assistera pour la première

fois à la transposition de principes philosophiques non-européens dans les Constitutions andines : tel est l'exemple du *sumak kawsay* ou de la *Pachamama*.

1044. La France n'est pas la première à proclamer les lois sociales en Europe. Elle adopte toute une série de lois sociales dès la fin du XIX^{ème} siècle, suivant l'exemple allemand. Par exemple la loi de 1893 sur l'hygiène et la sécurité dans les établissements industriels, ou la loi de 1919 établissant la journée de travail à huit heures. Malgré les différentes hésitations, au cours de l'histoire, la France a pourtant su construire, depuis la Troisième République, un cadre légal de protection de certains droits des travailleurs et d'assistance sociale autour d'un modèle qui allie l'État providence à l'économie de marché. Ce modèle accentue les garanties sociales dès la fin de la Seconde guerre mondiale en reconnaissant notamment un système universel de sécurité sociale ou encore le revenu minimum d'insertion (RMI). C'est donc durant des périodes républicaines où les lois sociales se sont le plus développées.

1045. Le cas du Pérou est différent. Alors qu'il s'agit du pays où l'on proclame les premières lois de protection des travailleurs dans la région andine dès 1911 (période républicaine), la plupart des avancées sociales sont issues de gouvernements *de facto* de M. Odría (1948-1956) ou de J. Velasco (1968-1975). Par ailleurs, il faut constater que les droits sociaux actuellement existant sont précairement garantis par un cadre normatif qui est bien souvent infra-légal. A cela s'ajoute le fait que, depuis les années quatre-vingt-dix, les différents pans qui constituent habituellement le social ne reposent pas sur une conception de financement par l'effort collectif, mais plutôt sur une conception individualiste. Par exemple, le système de retraite le plus répandu (association de fonds de pensions – AFP) ne se finance pas avec le fruit de l'effort collectif de la population économiquement active, mais plutôt à travers un mécanisme d'épargne individuel. Ce qui est tout le contraire du système de retraites en France.

1046. Pourtant dans le cas du Pérou et dans celui de la France, la garantie des droits sociaux se construit en donnant privilège tout d'abord au droit à l'éducation, puis au droit à la santé (celle du travailleur notamment, celle des personnes considérées comme vulnérables tel que l'enfant ou l'adulte handicapé) ; viennent ensuite des droits qui ne sont pas toujours explicitement garantis par les Constitutions, comme le droit au logement par exemple.

Enfin, il est difficile d'admettre qu'il existe un véritable droit à l'alimentation étant donné qu'il n'est déduit qu'à partir de certains concepts comme la dignité par exemple. Ce manque de clarté dans l'énoncé des droits sociaux ne fait pas trop de doute sur le fait que cette catégorie de droits, bien plus que sur une autre catégorie, est encore en pleine construction.

1047. C'est à ce moment, qu'à défaut de normes qui puissent protéger la personne des aléas sociaux auxquels elle peut se voir confrontée, le juge, à travers une interprétation qui tente d'interroger les principes juridiques de fraternité, de dignité de la personne ou d'égalité en droits essaye de peaufiner le système de protection des droits fondamentaux. A cet effet, il est déjà admis que la distinction duale classique qui postule que les droits civils et politiques seraient porteurs d'« obligations négatives » de la part des États, tandis que les droits sociaux seraient porteurs d'« obligations positives » semble être dépassée aussi bien dans le système européen que dans le système interaméricain et européen de protection des droits de l'Homme. Étant donné que cette classification des droits de l'Homme semble être le fruit des préjugés idéologico-politiques et non pas d'éléments objectifs, il n'y aurait donc pas d'empêchement à pouvoir rendre justiciables les droits sociaux au même niveau que les droits civils et politiques.

1048. Pourtant, en Amérique latine et en Europe on regrette qu'il soit impossible de rendre véritablement justiciables les droits sociaux à cause d'un manque de définition du seuil minimal des droits que l'État doit garantir ; à cause d'un manque de dispositifs d'accès au juge pour réclamer des droits sociaux ; ou encore à cause d'une absence de normes qui sanctionnent les atteintes aux droits sociaux. C'est pour cette raison qu'aussi bien à l'échelon régional (européen et interaméricain), qu'à l'échelon national (français et péruvien) il n'existe que très peu de précédents en matière de garantie juridictionnelle vis-à-vis des droits sociaux. Alors qu'au Pérou la faute est due au contenu strictement limité de ces droits, en France la faute se situe plutôt sur une reconnaissance juridique ambiguë. Dans les deux cas, les droits sociaux s'admettent sous réserve de critères qui les retardent comme celui de progressivité, ou de refus du « gouvernement des juges ». Ce qui revient à limiter l'applicabilité et la justiciabilité des droits sociaux à cause de la faible marge de manœuvre conférée aux juges pour combiner les volontés intégratrices des droits de l'Homme avec des techniques juridiques novatrices.

1049. A partir de l'absence de normes capables de résoudre aux situations de nécessité sociale et des défaillances du système de justiciabilité des droits sociaux, surgit un espace d'absence de droit. Or cet espace se présente comme une opportunité pour que les citoyens puissent créer le droit, c'est-à-dire que par leur action ils soient à la source du droit. Bien entendu, le premier réflexe citoyen consiste à aménager le droit existant pour créer des montages qui puissent donner des solutions aux situations de nécessité sociale. De cette manière aussi bien en France qu'au Pérou se développent par exemple les mutuelles afin de mieux garantir le droit à la santé ; mais aussi les copropriétés ou colocations afin de mieux garantir un logement décent aux personnes. Pourtant, force est de constater que ces aménagements juridiques, qui par la suite vont devenir du droit, ne sont pas destinés à résoudre les situations sociales des plus pauvres, mais uniquement les problèmes de ceux qui ont un capital minimal pour adhérer à une mutuelle ou pour acheter une partie de la copropriété.

1050. Sans véritable protection sociale de la part de l'acteur public, le second réflexe du citoyen consiste à faire lui-même l'action sociale (lorsqu'il est en mesure d'aider), ou à prendre ce dont il a besoin (lorsqu'il est lui-même le nécessiteux).

1051. Dans le premier cas, on aura compris qu'il s'agit de combler les situations sociales les plus urgentes sous un schéma organisé, semblable à celui de l'assistance privée (associative ou entrepreneuriale) en Europe ou à celui de la réciprocité communautaire pratiquée en Amérique andine. Il s'agira donc de dépasser le cadre du système individualiste par une volonté individuelle d'assumer une responsabilité sociale qui consiste à rétribuer la société au-delà de ce que le droit leur impose. Cependant, malgré les bonnes volontés, à défaut d'un cadre normatif qui oblige le privé à des actions de justice sociale, les actions d'assistance privée demeurent précaires, car aucune volonté du privé ne peut engager la personne privée de manière certaine et pérenne. Enfin, dans le second cas apparaît, en guise de dernier recours, la possibilité de prendre directement ce dont la personne nécessiteuse a besoin. Cela résout immédiatement le manque subit par la personne, mais il s'avère dangereux pour la stabilité de l'ordre juridique et du contrat social, même si ce dernier serait déjà en échec dès lors que l'État n'octroie pas des garanties suffisantes pour le développement digne de la personne.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. MANUELS

J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, 11e éd., 2006, Sirey, n° 187.

A. BELLIOU, *Manuel de sociologie catholique*, Paris, Lethielleux, 1910, p. 690.

E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, ICS Editores, 1996, p. 734.

M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 2009, p. 740.

G. BURDEAU, *Traité de science politique*, X éd., vol. VI/2, p. 483.

E. CHIRINOS SOTO et F. CHIRINOS SOTO, *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*, Lima, Nerman, 1993, p. 506.

G. CORNU, *Introduction - Les biens - Les personnes*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 720.

M. DE VILLIERS (dir.), *Droit public général*, Paris, Lexis Nexis, 2011, p. 1519.

L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème éd., Paris, De Boccard Éditeurs, 1923, p. 605.

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., vol. 1, Paris, Fontemoing, 1928, p. 763.

J.-M. EASTMAN, *Constituciones políticas de los países del Pacto andino*, Bogotá, Secretaría ejecutiva del Parlamento andino, 1991, p. 591.

A. ENDERS, *Histoire du Brésil contemporain : XIXe-XXe siècles*, Editions complexe, 1997, p. 277.

D. GARCIA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, 2e éd., Lima, Editor, 2005, p. 660.

G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 569.

G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, 14e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 677.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Les Constitutions de la France de la Révolution à la IVe République*, Paris, Dalloz, 2009, p. 333.

M. PALOMEQUE LOPEZ et C. ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 476.

J. PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, p. 624.

J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 554.

J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Vol. 1, Paris, PUF, 2003, p. 271.

J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd., 1993, p. 648.

E. SANCHEZ GOYANES, *Constitución española comentada*, Madrid, Paraninfo, 1990, p. 200.

R. SALAS, *Lecciones de derecho público constitucional*, Vol. 2, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 319.

T.-E. TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Librería colombiana- Editorial Minerva, 1939, p. 359.

B. OUVRAGES THÉMATIQUES

V. ABRAMOVICH et C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Buenos Aires, Trotta, 2001, p. 245.

G. ACHCAR, *L'introuvable « troisième voie » sociale libérale ou le néolibéralisme à visage souriant*, Paris, Syllepse, 2001, p. 220.

A. ACOSTA, *Le Buen Vivir. Pour imaginer d'autres mondes*, Paris, Les Editions Utopia, 2014, p. 171.

M. AMZALLAG et C. TAFFIN, *Le logement social*, 2^e éd. Politiques locales, Paris, LGDJ, 2010, p. 127.

J. ANDERSON, « Ni bienestar, ni equidad: Los fundamentos de la política social peruana », *Pobreza y políticas sociales en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 1994, pp. 291-358.

G. ALBERTI et J. COTLER, *Aspectos sociales de la educación rural en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1972, p. 151.

G.-C. ARANDA BUSTAMANTE, *Mesías andinos. Continuidad y discontinuidad entre Velasco Alvarado, Fujimori y Ollanta Humala*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2009, p. 268.

J. ARNAUD, *El Socialismo Sueco. Una sociedad mixta*, Barcelona, Península, 1974, p. 133.

A. ARNOULD, *L'Etat et la Révolution*, Paris, Respublica, 2009, p. 213.

ARISTOTE, *La Politique*, Livre II, chap. II, §4 et 5.

V. ARAYA, *Fe cristiana y Marxismo*, San José, Editorial Territorio, 1974, p. 172.

- S. AUDIER, *Le socialisme libéral*, Paris, La découverte, 2014, p. 128.
- S. AUDIER, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Giard et Brière, 2007, p. 125.
- R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición-CEDEC, 2012, p. 318.
- J. BALLESTEROS, *Formación del proletariado en el Perú*, Lima, Centro Peruano de Historia Económica, 1982, p. 89.
- S.-A. BARBER, *Welfare and the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 183.
- J. BASADRE, *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima, Librería Internacional del Perú, 1956, p. 413.
- L. BAUDIN, *El imperio socialista de los Incas*, Paris, Zig-Zag, 1962, p. 439.
- V. BAZÁN et L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 247.
- J. BEECHER, *Fourrier*, Paris, Fayard, 1993, p. 618.
- V. A. BELAUNDE, *Obras completas. El Perú antiguo y los modelos sociológicos*, Lima, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1987, p. 231.
- V.-R. BELTRAN, *El papel político y social de la fuerzas armadas en América latina*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1970, p. 346.
- A. BERGOUNIOUX et B. MANIN, *Le régime social-démocrate*, Paris, PUF, 1989, p. 189.
- P. BIGO, *La Iglesia y el Tercer Mundo*, Salamanca, Sígueme, 1975, p. 297.
- C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2007, p. 268.
- C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 569.
- C. BLONDET & C. MONTERO, *Hoy: menú popular. Los comedores populares en Lima*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1995, p. 152.
- C. BLONDET & C. TRIVELLI, *Cucharas en alto: del asistencialismo al desarrollo local: fortaleciendo la participación de las mujeres*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004, p. 62.
- P. BRAUD, *La démocratie politique*, Paris, Seuil, 1997, p. 243.
- B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela libre de derecho, 1992, p. 229.

- A. BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 324.
- P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant LGDJ, 2004, p. 350.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 237.
- N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 256.
- D. BOERSNER, *Socialismo y Nacionalismo*, Caracas, IEP - Universidad Central de Venezuela, 1965, p. 225.
- M. BORGETTO, *La devise « Liberté, Egalité, Fraternité »*, Paris, PUF, 1997, p. 131.
- L.-N. BONAPARTE, *Extinction du paupérisme, ou Projet d'organisation agricole pour l'amélioration du sort des travailleurs*, Paris, Édition populaire, 1848, p. 28.
- H. BONILLA, *El minero de los Andes*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1974, p. 89.
- L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 1902, p. 253.
- C. BOUGLÉ, *Le solidarisme*, Paris, Marcel Giard, 1924, p. 346.
- P. BOURDIEU, *La misère du monde*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, p. 1461.
- R. BURNEO, *Derecho constitucional del Ecuador*, Quito, CEP, 2012, p. 495.
- J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, Paris, Barillot et fils, 1747, p. 352.
- H. CAMPOS BERNAL, « ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? », *Cuadernos de trabajo del CICAJ*, n° 4, Lima, PUCP, 2013, p. 43.
- J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 493.
- E. CARREY, *Le Pérou. Tableau descriptif, historique et analytique des êtres et des choses de ce pays*, Paris, Garnier frères, Librairies éditeurs, 1875, p. 362.
- J.-M. CASAL, *Mariátegui, El socialismo indoamericano*, Lima, Proyección, 1992, p. 158.
- R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Editions du Seuil, 2003, p. 95.
- L. CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 520.
- H. CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, vol. II, Lima, Ediciones Peisa, 1936, p. 255.
- J.-L. CHABOT, *Le nationalisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 125.

- V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Norberto Bobbio : Pourquoi la démocratie ?*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2008, p. 155.
- J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 5e éd., Paris, Montchrétien, 2010, p. 158.
- E. CHEVALLIER, *La loi des pauvres et la société anglaise : organisation de l'assistance publique en Angleterre*, Paris, A. Rousseau, 1895, p. 412.
- B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, Paris, La Découverte, 2012, p. 123.
- R.-L. CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas City, University Press of Kansas, 1989, p. 382.
- J. COMBLIN, *Teología de la Revolución*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1973, p. 370.
- O. COMPAGNON, *Jacques Maritain et l'Amérique du Sud, le modèle malgré lui*, Lille, Presses universitaires du septentrion, 2003, p. 389.
- V. CONSIDERANT, *Principes du socialisme, Manifeste de la démocratie au XIXe siècle*, Paris, Librairie Phalanstérienne, 1847, p. 87.
- F.-C. COPLESTON, *Social Philosophy in France, A History of Philosophy*, Vol. IX, London, Doubleday, 1994, p. 496.
- J.-M. CÓRDOVA URRUTIA, *Estadística histórica, geográfica, industrial y comercial de las provincias del Departamento de Lima*, Lima, Imprenta de Instrucción Primaria, 1839, p. 142.
- J. COTLER, *Clases, estado y nación en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978, p. 390.
- M. DAVID, *Fraternité et Révolution française*, Paris, Aubier, 1987, p. 350.
- C. DELFOUR, *L'invention nationaliste en Bolivie. Une culture politique complexe*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 338.
- R. DEBRAY, *Révolution dans la révolution?*, Paris, Maspero, 1972, p. 218.
- J. DESCOLA, *La vie quotidienne au Pérou au temps des espagnols 1710-1820*, Genève, Famot, 1977, p. 356.
- H. DE MAN, *Au-delà du marxisme*, 2ème édition française, Chicoutimi, CEGEP - Université de Chicoutimi, 2004, p. 319.
- F. DE MENTHON, *Vers la Quatrième République*, Paris, Hachette, 1946, p. 86.
- R. DE LA VEGA et H.-J. SANDKÜHLER, *Marxismus und Ethik. Texte zum neukantianischen Sozialismus*, Frankfurt, Main Suhrkamp, 1974, p. 376.
- O. DIAZ DE VIVAR, *Nueva orientación constittl Española*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1933, p. 333.

- M. DREYFUS, *Liberté, égalité, mutualité. Mutualisme et syndicalisme 1852-1967*, Paris, Éd. de l'Atelier, 2001, p. 350.
- E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, Paris, Dalloz, 2005, p. 183.
- J.-N. DUCANGE, *La Révolution française et la social-démocratie. Transmissions et usages de l'histoire en Allemagne et Autriche 1889-1934*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 336.
- L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, p. 618.
- L. DUGUIT, *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, p. 206.
- L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, p. 281.
- J. DURSTON, *¿Qué es el capital social comunitario?*, Santiago de Chile, División de Desarrollo Social, CEPAL, 2000, p. 44.
- J. DUPAQUIER, *Histoire de la population française. Des origines à la Renaissance*, Paris, PUF, 1995, p. 523.
- R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 389.
- R. DWORKIN, *La vertu souveraine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 359.
- EDITOR, *Annales historiques de la Révolution française*, 2/2010, pp. 223-229.
- F. EGUIGUREN, *Diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990). Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, Comisión Andina de Juristas- Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 269.
- F. ENGELS, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, Paris, éditions sociales, 1963, p. 125.
- J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría andina*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2015, p. 313.
- T. ESQUIVEL OBREGON, *Influencia de España y los Estados Unidos sobre México*, Madrid, Casa editorial callejera, 1918, p. 391.
- F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 608.
- S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 391.
- L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4e éd., Madrid, Trotta, 2004, p. 184.
- L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2009, p. 130.

- A. FILIPPI, *De Mariátegui a Bobbio: Ensayos sobre socialismo y democracia*, Lima, Viuda de Mariátegui e hijos S.A., 2008, p. 265.
- A. FORREST, *La Révolution française et les Pauvres*, Paris, Perrin, 1986, pp. 223.
- R.-E. FREEMAN, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 292.
- M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 202.
- F. FURET, *La Révolution française*, Paris, Hachette, 2010, p. 544.
- F. GAMBOA ROCABANDO, *Dilemas y conflictos sobre la Constitución en Bolivia. Historia política de la Asamblea Constituyente*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 302.
- J. GALTUNG, *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Bakeaz, 2003, 354 p.
- F.-M. GARCIA COSTA, *La Constitution de la II République espagnole*, Paris, Publibook, 2006, p. 118.
- M. GARCIA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 1085.
- R. GARGARELLA et C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009, p. 48.
- J. GARNIER, *Le droit au travail à l'Assemblée nationale : Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin et Cie., 1948, p. 455.
- E. GARZÓN VALDÉS, *Propuestas*, Buenos Aires, Trotta, 2011, p. 368.
- C. GIDE et C. RIST, *Histoire des doctrines économiques. De l'école historique à John Maynard Keynes*, Paris, Sirey, 1947, p. 901.
- B. GEREMEK, *La potence ou la pitié, l'Europe et les pauvres du Moyen Age à nos jours*, Paris, Gallimard, 1990, p. 336.
- A. GIDDENS, *La constitution des sociétés. Eléments de la théorie de la structuration*, Paris, PUF, 2005, p. 444.
- P. GOBETTI, *La Rivoluzione Liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*, Torino, Einaudi Editor, 1995, p. 194.
- B. GONZALES MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p. 264.
- C. GONZALEZ-PALACIOS, *El derecho consuetudinario frente al derecho nacional*, Sevilla, Círculo Rojo, 2013, p. 230.

- J.-P. GOUGEON, *La social-démocratie allemande 1830-1996. De la révolution au réformisme*, Paris, Aubier, 1996, p. 446.
- A. GOICOECHEA, *La crisis del constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial voluntad, 1925, p. 273.
- G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, p. 174.
- G. GURVITCH, *L'idée du droit social : notion et système du droit social : Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, Paris, Librairie de Recueil Sirey, 1932, p. 713.
- A. GUZZO, *La moralità*, vol. 2, Morcelliana, 1947, p. 530.
- J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, 1992, Paris, Gallimard, 1997, p. 553.
- H. HATZFELD, *Du paupérisme à la sécurité sociale (1850-1940)*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1989, p. 344.
- V.-R. HAYA DE LA TORRE, *El antiimperialismo y el APRA*, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 308.
- V. R. HAYA DE LA TORRE, *El antiimperialismo y el APRA*, Lima, Fondo editorial del Congreso de la República, 2010, p. 273.
- V. R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, Por la emancipación de América Latina*, Vol. 1, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 445.
- V.-R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, Construyendo el Aprismo*, Vol. 2, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 245.
- V.-R. HAYA DE LA TORRE, *Obras completas, El proceso Haya de la Torre*, Vol. 5, Lima, Librería-Editorial J. Mejía Baca, 1976, p. 308.
- M. HAURIOU, *Les principes du droit public*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1910, p. 734.
- F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, p. 350.
- C.-M. HERRERA, *Les droits sociaux*, Paris, PUF, 2009, p. 127.
- C.-M. HERRERA, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 164.
- E. HINTERMANN, *Manifeste pour une social-démocratie française*, Paris, Albin Michel, 1979, p. 275.
- T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Folio, 2000, p. 1024.
- H. HORNA, *La Indianidad: The Indigenous World before Latin Americans*, Princeton, Markus Wiener Publishers, 2001, p. 179.
- E.-R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Vol. 2. Stuttgart, Kohlhammer, 1978, p. 560.

D. IGLESIAS, *Les mythes fondateurs du parti apriste péruvien. Sociohistoire de la culture politique d'un parti latino-américain (1923-1980)*, Paris, Editions de l'IHEAL, 2013, p. 123.

INAP, *La Revolución Nacional Peruana*, Lima, COAP, 1974, p. 140.

INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Commentaires Royaux sur le Pérou des Incas*, Lima, Maspero, 1982, p. 271.

J. JAURÈS, *Histoire socialiste, Thermidor et Directoire*, Tome V., Paris, Publications Jules Rouff et Cie., p. 755.

J. JUERY, *L'assistance aux vieillards, infirmes et incurables et la loi du 14 juillet 1905*, Paris, Sirey, 1906, p. 236.

S. JULIA, *La Constitución de 1931*, Vol. VIII, Madrid, Portal derecho, 2009, p. 520.

G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique. Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, LGDJ, 1965, p. 188.

I. KANT, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1993, p. 190.

V. KARADY, *Marcel Mauss, Œuvres : Cohésion sociale et divisions de la sociologie*, Vol. 3, Paris, Les éditions de minuit, 1969, p. 639.

K. KAUTSKY, *Le révolution sociale*, Paris, Marcel Rivière, 1921, p. 223.

B. KRESALJA et C. OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 284.

H. LAGARDELLE, *Le socialisme ouvrier*, Vol. 1, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 424.

La Bible, Moroni chapitre 7, versets 44-48; Corinthiens chapitre 13; Nefi chapitre 26, verset 30.

LA FRATERNIDAD, *Sociedad de personal ferroviario de locomotoras, Cincuentenario de « La Fraternidad » sociedad de personal ferroviario de locomotoras*, Buenos Aires, Casa social victoria, 1937, p. 555.

E. LAURENT, *Le paupérisme et les Associations de prévoyance*, Vol. I, Paris, Guillaumin et Cie., 1865, p. 570.

H. LEFEBVRE, *Le nationalisme contre les nations*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 190.

E. LEÓN, *14 000 anos de alimentación en el Perú*, Lima, Editorial de la USMP, 2013, p. 664.

P. LEROUX, *A la source perdue du socialisme français*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 581.

G. LIEBNER, *El mito del socialismo indígena. Fuentes y contextos peruanos de Mariátegui*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 261.

- G. LOBO MENDEZ, *El hombre y la política, teología de la comunidad política*, Madrid, Editorial del magisterio español, 1975, p. 155.
- D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 256.
- D. LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 127.
- J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Barcelona, Orbis, 1983, p. 152.
- J. LOCKE, *The Second Treatise of Civil Governement*, Chap. V, sec. 44, Londres, 1764, p. 132.
- F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution: 1848*, Paris, Fayard, 1998, p. 274.
- A. MANARANCHE, *Y a-t-il une éthique sociale chrétienne*, Paris, Seuil, 1969, p. 256.
- J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Discursos parlamentarios*, Lima, Rivas Berrio, 1922, p. 176.
- J.-M. MANZANILLA, *Legislación del trabajo: Proyectos formulados*, Lima, Imprenta de El Comercio, 1905, p. 80.
- N. MANRIQUE, *¿Usted fue aprista? Bases para una historia crítica del APRA*, Lima, CLACSO PUCP, 2009, p. 441.
- J.-C. MARIÁTEGUI, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Editorial Amauta, 1974, p. 292.
- K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, Paris, Aubier, 1971, p. 201.
- K. MARX, *Critique du programme de Gotha*, Paris, Les éditions sociales, 2008, p. 121.
- J. MATOS MAR et J.-M. MEJIA, *La reforma agraria en el Perú*, Lima, IEP, 1980, p. 360.
- F. MAYORGA GARCIA, *Alfonso López Michelsen el retrato del intelectual*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 372.
- L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 186.
- L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Vol. 1, Paris, LGDJ, 1906, p. 513.
- J. MIRANDA, *Reformas y Tendencias Constitucionales Recientes de la América Latina (1945-1956)*, Vol. 3, México, UNAM, 1957, p. 309.
- B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'Espagne*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, p. 128.
- J. MONTENEGRO BACA, *Jornada de trabajo y trabajos remunerados*, Lima, Librería y editorial bolivariana, 1958, p. 677.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1993, p. 486.

- F. MONTES RUIZ, *La Máscara de Piedra: Simbolismo y Personalidad Aymaras en la Historia*, La Paz, Editorial Armonía, 1999, p. 510.
- A.-N. MORRONE, *El derecho obrero y el presidente Yrigoyen*, Buenos Aires, Agencia general de libros y publicaciones, 1928, p. 206.
- F. NAVARRO GARCÍA, *Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica*, Madrid, ESIC, 2008, p. 330.
- L. OBADIA, *La marchandisation de Dieu. L'économie religieuse*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 256.
- A. OVIEDO FREIRE, *Qué es el sumak kawsay. Más allá del antropocentrismo de derecha e izquierda*, Quito, Sumak editores, 2016, p. 276.
- M. OZOUF, *L'homme régénéré*, Paris, Gallimard, 1989, p. 256.
- H. PAVÓN, *11 Septembre 1973*, Paris, Danger Public, 2003, p. 92.
- F. PEASE, *Los Incas*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2015, p. 168.
- J. PEIGNOT, *Pierre Leroux, Inventeur du socialisme*, Paris, Editions Klincksieck, 1988, p. 239.
- M.-C. PEREZ VILLABOLOS, *Estado social y comunidades autónomas*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 214.
- J. PETRAS et R. LAPORTE, *Perú: ¿transformación revolucionaria o modernización?*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1971, p. 194.
- A. PHILONENKO, *Schopenhauer. Un philosophe de la tragédie*, Paris, Vrin, 1999, p. 259.
- I. PIZZOLANTE NEGRÓN, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*, Madrid, Ediciones Ciencias Sociales, 2009, p. 304.
- P.-J. PROUDHON, *Idée générale de la Révolution au 19ème siècle*, Paris, Librairie Internationale Lacroix, 1868, p. 227.
- P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 250.
- P. POLITO, *Il Liberalismo di Piero Gobetti*, Torino, Centro Studi Piero Gobetti, 2007, p. 68.
- A. PORTES et W. HALLER, *La economía informal*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, p. 55.
- K. POPPER, *Lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 456.
- A. QUIJANO, *Nacionalismo, neoimperialismo y militarismo en el Perú*, Lima, Ediciones Periferia SRL, 1971, p. 207.
- D. RAPHAEL, *Problemas de Filosofía Política*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, p. 216.
- W. RATHENAN, *La triple revolución. El nuevo Estado. La nueva sociedad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1966, p. 296.

- J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1997, p. 666.
- P. RICHARD, *La fuerza espiritual de la iglesia de los pobres*, San José, Departamento Ecueménico de investigaciones, 1987, p. 187.
- ROBESPIERRE, *Discursos*, Madrid, Ed. Ciencia Nueva, 1968, p. 243.
- M. ROSTWOROWSKI, *Ensayos de historia andina I*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2006, p. 413.
- M. ROSTWOROWSKI, *Ensayos de historia andina II*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2006, p. 206.
- P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale: Repenser l'Etat providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 222.
- C. ROSSELLI, *Socialisme libéral*, Paris, Editions du Jeu de Paume, 1987, p. 198.
- J. ROUSSEL, *Aux racines de l'Europe Occidentale*, Lausanne, Editions l'Age d'Homme, 1998, p. 744.
- J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, p. 243.
- J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Union générale d'éditeurs, 1973, p. 438.
- J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2012, p. 302.
- M. RUBIO et E. BERNALES, *Constitución y sociedad política*, Lima, Mesa redonda editores, 1983, p. 671.
- M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima, Desco, 1994, p. 210.
- É. SABOURIN, *Organisations et sociétés paysannes*, Paris, Editions Quæ, 2012, p. 280.
- L.-C. SACHIRA, *Constitucionalismo colombiano*, 5e éd., Bogotá, Editorial Temis, 1977, p. 628.
- I.-K. SAMARKINA, *The community in Peru: An Essay socio-economic development*, Moscou, Nauka, 1974, p. 129.
- A. SALAZAR BONDY, *Historia de las ideas en el Perú contemporáneo. El proceso del pensamiento filosófico*, Vol. 2, Lima, 1967, p. 462.
- A. SERRANO-CALDERA, *Droit et sandinisme*, Paris, L'Harmattan, 1987, p. 108.
- A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 66.
- D. SEVILLA ANDRES, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Vol. 2, Madrid, UnMadrid, 1969, p. 700.
- E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers état?*, Paris, PUF, 1982, p. 93.

- H. SPENCER, *L'individu contre l'État*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1885, p. 190.
- O.-C. STOETZER, *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825)*, Tome II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 290.
- N. SOLORZANO ALFARO, *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, San Luis Potosí, Facultad de derecho de la universidad autónoma de San Luis Potosí, 2007, p. 232.
- M. TAMBINI DEL VALLE, *Las Constituciones del Perú. La Constitución de 1979*, Lima, Editora Atlántida, 1981, p. 327.
- G. TEMBLAY, *La théorie de la "justiciabilité" et la doctrine des questions politiques : les balises du pouvoir judiciaire*, Montréal, UMI Dissertations services, 2000, p. 161.
- M. TELÒ, *De la Nation à l'Europe, paradoxes et dilemmes de la social-démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 422.
- M. TISSEMBAUM, *La reforma constitucional en Francia y los principios sociales*, Santa Fé, Universidad Nacional del Litoral, 1947, p. 54.
- A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome II, G.F., 1981, p. 438.
- J.-C. UPEGUI MEJIA, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2009, p. 84.
- J.-G.-C. VAN AGGELEN, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 104.
- J.-C. VALLA, *La civilisation des incas*, Genève, Editions Famot, 1976, p. 280.
- J.-L. VEGA, *Responsabilidad social y los principios del desarrollo sostenible como fundamentos teóricos de la información social de la empresa*, Madrid, ESIC, 2009, p. 228.
- VICARIA DE LA SOLIDARIDAD DE SANTIAGO, *Solidaridad libertadora : misión de Iglesia*, Santiago de Chile, editor, 1977, p. 72.
- M.-P. VIRARD, *Comment Mitterrand a découvert l'économie*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 249.
- R. VON IHERING, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 1992, p. 124.
- L. VON STEIN, *Movimientos Sociales y Monarquía*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1981, p. 502.
- VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV, Œuvres historiques*, Paris, la Pléiade, 1957, p. 1824.
- VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Paris, GF Flammarion, 1989, p. 192.
- M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 436.

- P. WEIL, *Être français. Les quatre piliers de la nationalité*, Paris, L'Aube, 2010, p. 35.
- W. WEITLING, *Die Menschheit wie sie ist und wie sie sein sollte*, Bern, Druk und Verlag von Denni, 1845, p. 54.
- H. WISMANN, *Penser entre les langues*, Paris, Albin Michel, 2012, p. 320.
- F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Editions, 2009, p. 444.
- P. YEPEZ MOROCHO, *La cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2015, p. 114.
- E.-R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2011, p. 160.
- L. ZEA, *L'Amérique Latine face à l'Histoire*, Paris, Lierre & Coudrier Éditeur, 1991, p. 353.

C. THÈSES

- S. BOISARD, « L'émergence d'une nouvelle droite : monétarisme, conservatisme et autoritarisme au Chili », *Thèse de doctorat nouveau régime « Etudes sur l'Amérique latine »*, Toulouse le Mirail, 2001, p. 544.
- M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 689.
- S. COPPOLA, « La justiciabilité des droits sociaux dans l'Union Européenne », *Thèse de doctorat en science politique*, Université de Strasbourg, 2012, p. 192.
- E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, Paris, LGDJ, 1999, p. 206.
- L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 848.
- C. JOBARD, *L'individualisme en droit public français*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Toulouse 1 Capitole, Toulouse, non publié, 2009, p. 1064.
- C. MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Montpellier, PUAM, 2011, p. 578.
- D. PAIVA GOYBURU, « Alcances de derecho a la educación gratuita en las universidades públicas. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos », Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2013, p. 273.
- D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, p. 494.

D. OUVRAGES COLLECTIFS, COLLOQUES, JOURNÉES D'ÉTUDE ET SÉMINAIRES

E. ARCHAMBAULT et V. TCHERNONOG, « Quelques repères sur les associations en France aujourd'hui » Paris, Centre d'Economie de la Sorbonne - CNRS - Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 273.

V. A. BELAUNDE, *Obras completas. El Perú antiguo y los modelos sociológicos*, Lima, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1987, p. 231.

P. BILLET, M. DUROUSSEAU et G. MARTIN, *Droit de l'environnement et protection de la santé : actes du colloque SFDE Strasbourg 4-5 décembre 2003 ENA*, 2009, Paris, l'Harmattan, p. 311.

L. BONELLI, « Quelle sécurité pour les migrants et leurs enfants? Réflexions à partir de l'exemple catalan », *Concilier bien-être des migrants et intérêt collectif*, Série Tendances de la cohésion sociale n°19, Bruxelles, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 99-119.

J. COTLER, « Las intervenciones militares y las transferencias del poder a los civiles en Perú », *Política y Sociedad en el Perú*, Lima, IEP, pp. 105-142.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, « Observation interprétative relative à l'article 30 », *Digest de Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, Strasbourg, CEDS, 2008, p. 246.

E. CELESTINE, « Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, Paris, Association française de droit constitutionnel, 2008, pp. 12-30.

J-F. CHANTARAUD (dir.), « L'Etat social de la France et de ses régions. Les leviers de la cohésion sociale et de la performance durable », Observatoire du Dialogue et de l'Intelligence Sociale, Paris, 2013, p. 283.

CODESC, Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation (article 13), 21ème période des sessions (1999), § 1.

CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Quito, SENPLADES, 2009, p. 519.

C. COURTIS (dir.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales*, Genève, Comisión Internacional de Juristas, 2009, p. 138.

M. DREYFUS, M. RUFFAT, V. VIET et al., « Le système des Assurances sociales », *Se protéger, être protégé. Une histoire des assurances sociales en France*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2006, p. 81-100.

F. FERNANDEZ SEGADO (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 874.

- R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes », *Coloquio Derecho Moral y Política*, Palermo, Universidad de Palermo, 2014, p. 48.
- T. GERALDES DA CUNHA et L. VILLALON, « La Constitución », *Teoría del Estado*, México, UMSNH, 2010, pp. 155-182.
- P. KURCZYN VILLALOBOS et C. PUIG HERNÁNDEZ (coord.), *Estudios jurídicos en honor al doctor Néstor de Buen Lozano*, Mexique, UNAM, 2003, p. 825.
- M. LAUER, F. ARIAS SCHREIBER et al., *El reformismo burgués (1968-1976)*, Lima, Mosca Azul, 1978, p. 253.
- J.-C. MARIÁTEGUI, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Editorial Amauta, 1974, p. 292.
- P. MEYER-BISCH, *L'économie des droits de l'homme. Le réalisme d'une confiance commune*. Les colloques de la CNCDH, Paris, La documentation Française, 2009, pp. 71-80.
- MINISTERE DE L'INFORMATION, « Les Constitutions de la France de 1789 à nos jours », *Notes documentaires et études*, n°103, 1945, pp. 1-8.
- D. PREMONT et F. MONTANT (éds.), *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: Evolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 1992, p. 131.
- F. PORTOCARRERO, C. SANBORN & H. CUEVA, *Más allá del individualismo : el tercer sector en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 2002, p. 391.
- D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, CREDOF, Mission de recherche Droit et justice France, 2010, p. 459.
- D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, pp. 29-43.
- J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839- 1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, pp. 9-75.
- L. TOLENTINO, « Derecho agrario y reforma agraria », *Ciclo de conferencias sobre derecho agrario*, San José, Corte Suprema de Justicia, Instituto de Tierras y Colonización, 1973, pp. 54-59.
- F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme », *Pauvreté, dignité, droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*, Bruxelles, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, 2008, pp. 65-73.
- J. VALDIZAN, F. ARMAS et al., *El Perú Republicano 1821-2011*, Lima, Universidad de Lima, 2012, p. 490.

II. ARTICLES

A. CONTRIBUTIONS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS, MÉLANGES, COLLOQUES, JOURNÉES D'ÉTUDE ET SÉMINAIRES

A. ACOSTA, « Presentación », A. ACOSTA, E. MARTINEZ (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 7-18.

L. ALTHUSSER, « La transformation de la philosophie - Conférence de Grenade (1976) », *Sur la philosophie*, Paris, Gallimard, 1994, p. 178.

M. ARAGÓN REYES, « La constitución como paradigma », M. CARBONELL (éd.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, pp. 19-32.

R. AVILA SANTAMARIA, « Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano », C. COURTIS et R. AVILA SANTAMARIA (éd.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 543-575.

H. BÉJAR, « Los movimientos sociales y los partidos políticos desde 1930 hasta 1968: su significación en términos de participación popular », C. FRANCO, *El Perú de Velasco*, Vol. III, Lima, CEDEP, 1983, pp. 167-192.

G. BERCOVICI, « La Constitution Brésilienne de 1988, les Constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui: entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Kimé, Paris, 2014, pp. 115-133.

L. BLANC, « La liberté (1850) » J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839-1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, pp. 9-75.

L. BLANC, « De la vertu considérée comme principe de gouvernement (1835) », J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839-1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, p. 96-113.

E. BLUME, « Preámbulo de la Constitución de Perú », A. TORRES, J. TEJADA, *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 331-368.

J. BRAVO BRESIANI, « Mito y realidad de la oligarquía peruana », *El Perú actual*, México, UNAM, 1970, pp. 89-117.

A. BREWER-CARIAS, « El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano) », A. AGUIAR (coord.), *Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino. La*

Constitución de Cádiz de 1812, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 223-332.

M. BORGETTO, « Aux origines de la solidarité : la fraternité républicaine », *Eloge de la fraternité. Pratique des solidarités*, A. DELBOND (dir.), Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 31-51.

M. BORGETTO, « Alinéa 5 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 127-153.

A.-A. CANÇADO TRINDADE et A. ABREU BURELLI, «Voto concurrente conjunto de los Jueces A.-A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli », CIADH “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) c. *Guatemala*, 19 de novembre 1999, § 2.

A.A. CANÇADO TRINDADE, «Human Rights and the Environment», J. SYMONIDES (éd.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris-Aldershot, UNESCO-Dartmouth, 1998, pp. 117-153.

A.-A. CANÇADO TRINDADE, « Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles : souvenirs de la Cour Interaméricain des Droits de l'Homme », L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 7-73.

M. CARRAUD, « Les mutations constitutionnelles récentes dans les Etats andins », M.-J. BERNARD et M. CARRAUD (dir.), *Justice et démocratie en Amérique Latine*, Grenoble, PUG, 2005, pp. 163-177.

P. CELI, « La seguridad multifuncional en la región », S. ALDA et S. DE SOUSA (éd.), *La multidimensionalidad de la seguridad nacional: retos y desafíos de la región para su implementación*, Madrid, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2015, p. 13-30.

N. CERESOLE, « El nacionalismo militar latinoamericano », V.-R., BELTRAN, *El papel político de la Fuerzas Armadas en América latina*, Caracas, Monte Avila Editores, 1970, pp. 229-264.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux : Éléments de définition », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, pp. 15-27.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud, D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, éditeur, 2010, pp. 108-127.

J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité », *CURAPP. La solidarité : un sentiment Républicain?*, Amiens, Presses universitaires de France, 1992, pp. 111-135.

J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, pp. 13-36.

- M. COLLET, « Le droit déclaratoire. À propos des lois mémorielles et autres dispositions législatives ‘non normatives’ », Y. GAUDEMET (dir.), *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, pp. 19-35.
- J. COTLER, « La mecánica de la dominación interna y del cambio social en el Perú », *El Perú actual*, México, UNAM, 1970, pp. 47-87.
- G. CONAC, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », G. CONAC, X. PRELOT, G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 1-39.
- P. COSSALTER, « L’alinéa 9 », Y. GAUDEMET (dir.), *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, pp. 171-195.
- J.-P. COSTA, « Alinéa 13 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 313-325.
- C.-I. DEGREGORI, « Perú: identidad, nación y diversidad cultural », *Territorio, cultura e historia : materiales para la renovación de la enseñanza sobre la sociedad peruana*, P. OLIART (éd.), Lima, GTZ, PromPerú, Instituto de Estudios Peruanos, 2003, p. 348.
- G. DELANNOI, « La théorie de la nation et ses ambivalences », G. DELANNOI et P.-A. TAGUIEFF (dir.), *Les théories du nationalisme*, Paris, Editions Kimé, 1991, pp. 9-14.
- F. DEMIER, « Droit au travail et organisation du travail en 1848 », *1848*, Paris, Editions Creaphis, 2002, pp. 159-183.
- G. DRAGO, « Le contenu du Préambule. Ou le destin singulier d’un texte ambigu », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, pp. 71-73.
- R. DRAI, « Le Préambule face au discours de Bayeux », *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, pp. 67-81.
- J. DROZ, « Anarcho-syndicalisme et communisme de gauche dans les débuts de la République de Weimar », *Mélanges d’Histoire Sociale offerts à Jean Maitron*, Paris, Les Editions Ouvrières, 1976, pp. 75-85.
- J. DUGAS, « La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable? », J. DUGAS (dir.), *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1993, pp. 15-44.
- A. FLORES GALINDO, « República sin ciudadanos », *Obras Completas III, Buscando un Inca: identidad y utopía en los Andes*, Lima, Fundación Andina & SUR Casa de Estudios del Socialismo, 2005, pp. 233-258.
- D. GARCIA BELAUNDE, « Aspectos recientes del constitucionalismo Peruano (1966-1973) », *Derecho Constitucional Peruano*, Lima, Ediciones librería studium, 1973, pp. 597-624.

Y. GAUDEMET, « La IV^e République : Connaître l'héritage », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, pp. 13-15.

C. GAVIRIA DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Éditions Kimé, 2014, pp. 19-28.

J. GERDS, « Les droit de l'Homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe. Partie I : La Convention européenne des droits de l'homme », *Redéfinir et combatte la pauvreté*, Tendances de la cohésion sociale n° 25, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2012, pp. 121-159.

G. GONZALES BARRON, « El derecho de propiedad en la Constitución: una nueva lectura que abre el camino hacia un Derecho Civil justo », J.-M. SOSA SACIO, *Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Lima, La Gaceta Jurídica, 2010, pp. 363-401

C. GONZÁLEZ-PALACIOS, « La défense de la cause des détenus en Amérique du Sud: l'exemple du Pérou », S. SLAMA et N. FERRAN (dir.), *Défendre en justice la cause des personnes détenues*, Paris, La documentation française, 2014, pp. 209-215.

M. GONZÁLEZ, « La ética económica de la Escuela de Salamanca », M. DE LA CUESTA GONZÁLEZ & L. RODRÍGUEZ DUPLÁ (coord.), *Responsabilidad social corporativa*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 21-37.

J.-P. GOUGEON, « Entre quête du risque et risque de radicalité ou la nouvelle culture politique allemande », R. MARCOWITZ (éd.), *Ein « neues » Deutschland*, Oldenbourg, DHIP-IHA, 2010, pp. 82-100.

C. GREWE, « Les droits sociaux constitutionnels », C. GREWE et F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 67-74.

G. GUGLIELMI, « Débattre d'un... et écrire le... Préambule », *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, pp. 51-65.

F. HAMON, « Préambule », F. LUCHAIRE, G. CONAC et G. PRÉTOT (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2008, pp. 103-127.

C. HARDY, « De la protección social a una sociedad que iguala oportunidades y derechos », *Ideas para Chile, Aportes de la Centroizquierda*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2010, pp. 97-110.

C. HAROCHE, « La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème} siècle », *CURRAP, La Solidarité : un sentiment Républicain?*, Amiens, PUF, 1992, pp. 11-25.

R. HARO, « Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución Española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25 aniversario: 1978-2003) », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tome 2, 2005, pp. 57-86.

L. HENNEBEL, « La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme : entre particularisme et universalisme », L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, p.75-119.

H. HELLER, « Introduction au “Programme des travailleurs” de Ferdinand Lassalle », C.-M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé, 2000, pp. 85-94.

C.-M. HERRERA, « Droit et gauche sur une recherche », C.-M. HERRERA (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé, 2002, pp. 7-12.

C.-M. HERRERA, « Préface. Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'Homme », G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Paris, Dalloz, 2009, pp. V-XXII.

C.-M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Editions Kimé, 2014, pp. 83-114.

J.-J. ISRAËL, « Alinéa 9 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *CURAPP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 221-239.

A. JULIO, « Economía y ordenamiento constitucional », H. CUEVAS (dir.), *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 171-198.

J. KLAIBER, « La Iglesia y la marginalidad en el Perú y América Latina del siglo XVI al XXI », C. ROSAS LAURO (éd.), *La marginación en el Perú Siglos XVI a XXI*, Lima, PUCP, 2011, pp. 169-185.

S. KERNEIS, « Solidarité contractuelle, solidarité organique. Éléments d'une histoire de la solidarité », O. SEUL et T. DAVULIS (éds./Hrsg), *La solidarité dans l'Union européenne. Solidarität in der Europäischen Union*, Bern, Peter Lang, 2012, pp. 41-57.

C. LANDA ARROYO, « La dignidad humana valor fundamental de la Unión Europea », A. LUCARELLI et A. PATRONI GRIFFI (éd.), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Naples, Edizione Scientifiche Italiane, 2003, pp. 74-94.

F. LEÓN FLORIAN, « ¿Son justiciables los derechos sociales ?, la posición del Tribunal constitucional peruano », J.-M. SOSA SACIO (coord.), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra, 2017, pp. 17-61.

P. LEROUX, « A la source perdue du socialisme français », B. VIARD (éd.), *Anthologie*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 581.

C. MAIA, « Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme », *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 270-311.

G. MARCOU, « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », *Mélanges Charlier*, 1981, pp. 635-653.

J.-C. MARIÁTEGUI, « ¿Existe un pensamiento hispano-americano? », LOPEZ ALFONZO, F. (éd.), *Indigenismo y propuestas culturales: Belaúnde, Mariátegui y Basadre*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil Albert, 1995, pp. 104-108.

B. MATHIEU, « La République sociale », B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français 1792-1992, Actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992*, Paris, Economica, 1996, pp. 175-186.

J. MATOS MAR, « Dominación, desarrollos desiguales y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas », *El Perú actual*, México, UNAM, 1970, pp. 7-45.

B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen (Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée) », *Introduction à l'étude du droit comparé*, Vol. 2, Paris, LGDJ, 1938, pp. 211-219.

S. MOLINA, « La planificación y la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia económica y social », *Reforma constitucional 1970*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 77-88.

C. MONTERO, « La emergencia educativa 2003-2006. Andanzas y ninguneos de un programa estatal », IEP, *El Estado de la educación. Estudios sobre políticas, programas y burocracias del sector*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2009, pp. 17-161.

J.-L. MORENEO PEREZ, « El derecho a la seguridad social », J.-L. MORENEO PEREZ, C. MOLINA et M.-N. MORENO VIDA (coord.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.

F. MORÓN DÍAZ, « La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social », *Anuario de Derecho Constitucional*, 2000, p. 668.

A. OLLERO, « Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica », S. MOSQUERA MONELOS (coord.), *El derecho fundamental de igualdad*, Lima, Palestra, 2006, pp. 193-213.

R. PALACIOS RODRÍGUEZ, « Estado y política », J. VALDIZAN, F. ARMAS et al., *El Perú Republicano 1821-2011*, Lima, Universidad de Lima, 2012, pp. 241-394.

V. PANIAGUA CORAZAO, « El proceso constituyente y sus principios rectores. Aspectos dogmáticos y particulares de la Constitución gaditana », A. AGUIAR (coord.), *Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino. La Constitución de Cádiz de 1812*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 45-70.

B. PIETTRE, « Ordre et désordre : le point de vue philosophique », J. CHEVALLIER (dir.), *Désordres*, Amiens, PUF, 1997, pp. 29-46.

S. PINON, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guézévitch », C.-M. HERRERA (éd.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Tome II, Paris, 2005, pp. 69-93.

X. PRÉTOT, « Alinéa 11 », G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 261-282.

Y. POIRMEUR, « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, pp. 99-125.

T. POSADO, « Les racines économiques et sociales du nouveau Bolivarisme », J. ORTIZ (coord.), *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui : l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, pp. 175-207.

A. QUIJANO, « Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina », E. LANDER (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 123-151.

D. QUIROGA, « Sumak kawsai. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la Naturaleza », A. ACOSTA et E. MARTINEZ (comp.), *El Buen Vivir. Una via para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 103-114.

G. QUIOT, « Service public national et liberté d'entreprendre », *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, pp. 187-208.

D. RABY, « La Révolution bolivarienne et l'Amérique latine », J. ORTIZ (coord.), *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui : l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, pp. 209-119.

G. RADBRUCH, « Vom individualistischen zum sozialen Recht », A. KAUFMANN (éd.), *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, Müller, 1993, pp. 285-495.

B.-G. RAMCHARAN (éd.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1985, p. 314.

G. RAMIREZ CLEVES, « Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización », G. RAMIREZ CLEVES (éd.), *El Derecho en el contexto de la globalización*, 2e éd., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 189-218.

F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances: Les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », *CURAPP. Le préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, Amiens, PUF, 1996, pp. 169-186.

S. RATJEN, « Le rôle des acteurs de la société civile dans la redéfinition du droit comme outil de transformation sociale », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, pp. 87.-101.

- D. ROMAN, « L'Etat de droit social en France », C. GONZÁLEZ-PALACIOS, M. TIRARD et T. RENSMANN (éd.), Université d'été tri-nationale et trilingue franco-germano-péruvienne: Démocratie et Etat de droit, Lima, Ambassade de France au Pérou, 2013, pp. 155-166.
- D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un self restraint juridictionnel », D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Editions Pedone, 2012, pp. 29-43.
- D. ROMAN, « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », P. DU CHEYRON et D. GELOT (dir.), *Droit et pauvreté*, Paris, ONPES- DREES-MIRe, 2007, pp. 39-57.
- D. ROUSSEAU, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », *Mélanges Pactet, L'esprit des institutions, L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 7.
- D. ROUSSEAU, « Question de Constitution », *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 3-22.
- M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », E. SALMÓN (coord.), *Miradas que construyen, Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Lima, PUCP, 2006, pp. 87-125.
- A. ROBLOT-TROIZIER, « L'applicabilité directe du Préambule de la Constitution de 1946 », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008, pp. 29-44.
- C. ROSAS-LAURO, « Vagos, ociosos y malentretidos. La idea de pobreza en el Perú del siglo XVIII », C. ROSAS LAURO (éd.), « *Nosotros también somos peruanos* ». *La marginación en el Perú, siglos XVI a XXI*, Lima, PUCP, 2011, pp. 115-140.
- A. ROUQUIÉ, « Bolivar législateur : construction nationale et souveraineté populaire », J. ORTIZ (coord.), *De Bolivar aux Libertadors d'aujourd'hui: l'Amérique latine insoumise*, Biarritz, Atlantica, 2011, pp. 39-50.
- M. RUBIO CORREA, « Liberalismo y derechos individuales », E. SALMÓN (coord.), *Miradas que construyen, Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Lima, PUCP, 2006, pp. 87-123.
- P. SALAZAR UGARTE, « Radiografía de un ornitorrinco: el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano », *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Miami, Inter American Institute for Democracy, 2012, pp. 45-99.
- A. SALAZAR BONDY, « Dependencia y cultura », *El Perú actual*, Mexico, UNAM, 1970, pp. 119-128.
- C. SILVA PORTERO, « ¿Qué es el buen vivir en la Constitución? », R. AVILA SANTAMARIA et J.-C. TRUJILLO VÁSQUEZ (éd.), *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 111-154.

H. SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », *Le problème des sources en droit positif, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1934, pp. 73-88.

J.-F. SPITZ, « Louis Blanc : La république démocratique et sociale », J.-F. SPITZ (éd.), *Louis Blanc, Textes Politiques (1839- 1882)*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2011, pp. 9-75.

J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration des droits nouveaux ? », *CURRAP. Le Préambule de la Constitution de 1946*, Amiens, Presses universitaires de France, 1996, pp. 129-146.

C. TEITGEN-COLLY, *Propos liminaires, Présenté à La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008 réalité d'un idéal commun?*, Paris, La documentation Française, 2009, pp. 83-92.

H. TIGROUDJA, « La légitimité du particularisme inter-américain des droits de l'Homme en question », L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 383-413.

R. UPRIMNY, « Las transformaciones constitucionales recientes en América latina: tendencias y desafíos », C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2011, pp. 126-148.

R. UPRIMNY, « Should Courts enforce Social Rights? : the Experience of the Colombian Constitutional Court », F. COOMANS (éd.), *Justiciability of Economic and Social Rights : Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 355-388.

G.-H.-J. VAN HOOFF, « The legal nature of economic, social and cultural rights : A rebuttal of some traditional views », P. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (eds.), *The right to food*, Utrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 97-110.

J. VALETTE, « Utopie sociale et utopistes sociaux en France vers 1848 », *1848 Les utopismes sociaux, utopies et action à la veille des journées de février*, Paris, CDU & SEDES, 1981, pp. 12-110.

R. VICIANO PASTOR, et R. MARTINEZ DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », C.-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui: entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, Ed. Kimé, 2015, pp. 29-53.

C. ARTICLES PUBLIÉS DANS DES REVUES JURIDIQUES

N. ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social*, n°2/2006, pp. 158-163.

- L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959, « À propos de Louis Althusser et la critique du droit », *Droit et société*, n°2, 2010, pp. 455-466.
- O. AMIEL, « La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois », *Revue de la recherche juridique*, Droit prospectif, n°2/2008, pp. 1143-1153.
- B. ANTONINI, « Une nouvelle thèse de doctorat sur Jaurès », *Cahiers Jaurès*, vol. 3, n°165-166, 2002, pp. 57-62.
- J.-C. ALLI ARANGUREN, « Navarra en el debate constitucional de Cádiz », *Revista Jurídica de Navarra*, n° 57/2014, pp. 107-187.
- R. ARANGO, « La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales », *Revista Derecho Público*, n°12, 2001, pp. 185-212.
- R. ARANGO, « Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial », *El Otro Derecho*, n°28, 2002, pp. 103-122.
- T. ARIAS, « Ecuador un estado constitucional de derechos », *Entre voces*, n°15/2008. (Consulté le 12 juillet 2016, <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-463.html>).
- M. ATIENZA RODRIGUEZ, « A propósito de la dignidad humana », *Ius La Revista*, n° 36/2008, pp. 460-467.
- M. BADEL, O. PUJOLAL, « Systèmes de santé et accès aux soins : diversités des modèles et enjeux actuels », *Bulletin de droit comparé et de la sécurité sociale*, 2008, pp. 108-125.
- V.-A. BELAUNDE, « Incan Communism and Bolvechism », *The Rice Institut Pamphlet*, vol. X, 10/1923, pp. 181-201.
- H. BEJAR, « Velasco: reformismo burgués? », *Socialismo y Participación*, n°5, 1978, pp. 73-86.
- L. BERGERON, « La Fortune immobilière des Toulousains et la Révolution française, Jean Sentou », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 26, n°2/1971. pp. 415-419.
- J. BRECH, « Le IIIe Reich et le capitalisme », *Politique étrangère*, Vol. 2, n°6/1937, pp. 505-519.
- M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité: d'hier à aujourd'hui », *Droit social*, n°11, 2009, pp. 1043-1053.
- S. BOTERO, « La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia », *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*, n°33, 2006, pp. 85-109.

- C. BOUGLÉ, « L'évolution du solidarisme », *Revue politique et parlementaire*, n°35/1903, pp. 480–505.
- L. BOURGEOIS, « Les applications de la solidarité sociale », *Revue politique et parlementaire*, n°31, 1902, pp. 5-18.
- M. CARBONNEL, « Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina », *Pensamiento Constitucional*, n°14/2010, pp. 12-31.
- J. CARPIZO, « Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana », *Revista Derecho del Estado*, n°27/2011, pp. 7-21.
- J. CARPIZO, « Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano », *Revista Derecho del Estado*, n°23/2009, pp. 7-36.
- C. CARRIOU, « Des statistiques imaginées, perdues, oubliées ? Les habitations à bon marché et leur dénombrement (1894-1939) », *Genèses*, Vol. 87, n° 2/2012, § 14.
- S. CHAMPEAU, « Ronald Dworkin, le libéralisme et l'égalité », *Revue Philosophique de Louvain*, Vol. 97, n°3-4, 1999, pp. 550-580.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS et Carlos GONZÁLEZ-PALACIOS, « À propos de Victor Abramovich et Christian Courtis, Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles », *Raison Publique*. (Consulté le 19 de novembre 2012, <http://www.raison-publique.fr/article512.html>.)
- J. CHEVALLIER, « L'Etat de droit », *Revue de droit public*, vol. 1, 1988, pp. 313-380.
- M. COUTU, « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », *Lex Electronica*, Vol. 12, n°1/2007, pp. 1-14.
- R. CUEVAS MOLINA, « Reflexiones en torno a la cultura popular en tiempos de globalización », *Temas de Nuestra América*, n°40/2004, pp. 81-96.
- V. DAVID, « La lente consécration de la Nature, sujet de droit : Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°3/2012, pp. 469-485.
- L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *Revue de droit public*, n°2, 2005, pp. 426-462.
- J.-I. DEL CASTILLO, « La vía “pacífica” al socialismo », *La ilustración liberal. Revista española y americana*. (Consulté le 17 mars 2014, <http://www.ilustracionliberal.com/15/la-via-pacifica-al-socialismo-jose-ignacio-del-castillo.html>).
- B. DELZANGLES et S. GROSBON, « Entreprises et droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme*. (Consulté le 26 février 2018, <http://journals.openedition.org/revdh/3674>).
- J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n°1, 2009, pp. 6-17.
- S. DEPLOIGE, « La théorie thomiste de la propriété (suite et fin) », *Revue néo-scholastique*, n°7, 1895, pp. 286-301.

- M.-P. DESWARTE, « Droits sociaux et Etat de droit », *Revue de droit public*, 1995, pp. 951-985.
- M. DREYFUS, « L’histoire de la Mutualité : quatre grands défis », *Les Tribunes de la Santé*, n°31/2011, pp. 49-54.
- J.-N. DUCANGE, « Deux lettres inédites de Jean Jaurès à Eduard Bernstein », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 360/2010, pp. 219-225.
- L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l’égard des services publics », *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l’étranger*, 1907, pp. 411-439.
- J.-J. DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Droit social*, n°5/1960, pp. 288-307.
- M.-A. DURAN, « El Desarrollo de la Agricultura Mexicana », *Journal of Inter-American Studies* 3, n°1, 1961, pp. 1-26.
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°45/2014. (Consulté le 25 février 2017, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-45.142398.html>.)
- F. EDEL, « Linéaments d’une théorie générale du principe d’égalité », *Droits*, n° 49/2009, pp. 213-242.
- O. FAURE, « La médecine gratuite au XIXe siècle : de la charité à l’assistance », *Histoire, économie et société*, n°3/1984, pp. 593-608.
- L. FERRAJOLI, « El Derecho como sistema de garantías », *Jueces para la democracia*, n° 16–17/1992, pp. 119-130.
- R. FERREYRA, « Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios », *Cuestiones Constitucionales*, n°29/2012, pp. 109-161.
- E. FOURNIER, « Les formes de l’État providence », *Sciences humaines*, Vol. 12/2002 (n°133), pp. 26-27.
- J. GAETE LAGOS, « El alba de una revolución. La izquierda y el proceso de construcción estratégica de la “vía chilena al socialismo” 1956-1970 », *Revista UNIVERSUM*, vol. 1, n° 26, 2011, pp. 227-230.
- D. GARCIA BELAUNDE, « Constitución y sistema financiero », *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n°25/1987, pp. 2-12.
- L. GAY, La notion de « droits-créances » à l’épreuve du contrôle de constitutionnalité. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°16/2011. (Consulté le 12 décembre 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-16/la-notion-de-droits-creances-a-l-epreuve-du-controle-de-constitutionnalite.51982.html>).

- L. GAXIE, « Du 'droit individualiste' au 'droit social' Une histoire de la juridisation du social (1789- 1939) », *Raison Publique*, 2012. (Consulté le 12 juillet 2016, <http://www.raison-publique.fr/article496.html>).
- P. GRELLEY, « Contrepoint - Coup d'œil sur la loi Loucheur », *Informations sociales*, Vol. 118, n°4/2014, p. 152.
- C.-M. HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », *Droits*, n°48, 2009, pp. 179-199.
- A. HIDALGO-CAPITÁN et A.-P. CUBILLO-GUEVARA, « Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay », *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, n°48/2014, pp. 25-40.
- H.-R. HORN, « El constitucionalismo Alemán en las postrimeras del siglo XX », *El constitucionalismo en las postrimeras del siglo XX*, Vol. 3, México, UNAM, 1988, pp. 215-264.
- C. HUANCA CARDENAS, « El pueblo andino y su dialéctica histórica », *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 22, 2011, pp. 177-192.
- M. IGUARAN ARANA, « La familia en la Constitución de 1991 », *Revista de Derecho Privado*, n° 2/1997, pp. 113-119.
- P. JACQUET, L. JAUNAUX, et al. « Amartya Sen, la pauvreté comme absence de capacité », *Revue Projet*, n°3, 2004, pp. 72-77.
- J. JAURÈS, « Discours de Jaurès à Amsterdam », *La Revue socialiste*, T. 40, n°237, 1904, pp. 288-294.
- L. JIMENA QUESADA, « El complejo diálogo judicial europeo en materia de derechos sociales », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n° 11/2011, pp. 95-113.
- S. JOSSO, « La République sociale, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », *Civitas Europa*, 2008, pp. 191-233.
- P. KALAMATIANOU, « L'état de nécessité sous l'angle du droit comparé et de la justice pénale internationale », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2/2004, p. 449-457.
- H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société*, n°22/1992, pp. 551-568.
- LAJP, « Editorial. Un droit sinueux, capricieux, incertain », *Cahiers d'Anthropologie du droit*, 2010, pp. 7-13.
- R. LAFORE, « Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français », *Revue de droit sanitaire et social*, n°1/2008, pp. 111-126.
- J.-L. LAJOIE et J.-P. TOMASI « Droits d'inscription et redevances universitaires », *L'actualité juridique droit administratif*, 1988, pp. 499-516.

- C. LANDA ARROYO, « Dignidad de la persona humana. Cuestiones Constitucionales », *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n°7/2012, pp. 119-138.
- M. LANGEVIN, « La stratégie nationale d'inclusion financière péruvienne », *Revue Tiers Monde*, n° 225/2016, pp. 101-121.
- C. LARRÈRE, « Montesquieu et les pauvres », *Cahiers d'économie politique*, n°59/2010, pp. 24-43.
- J.-M. LARRALDE, « La Convention Européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°56/2003, pp. 1247-1274.
- N. LE BOUEDEC, « Le concept de "droit social" : Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar », Asterion. (Consulté le 5 janvier 2015, <http://asterion.revues.org/497>).
- R. LE MÉE, « Le choléra et la question des logements insalubres à Paris (1832-1849) », *Population*, n°53/1998, pp. 379-397.
- M. LÖWY, « La social-démocratie en Amérique latine », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°54, 1999, pp. 26-30.
- M. LONG, « Quel avenir pour le prix des services publics dans un contexte financier contraint ? », *Revue française d'administration publique*, Vol. 144, n°2/2012, pp. 953-963.
- H. LÜBBE et C. BERNER, «La sécularisation ou l'affaiblissement social des institutions religieuses», *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 2/1995, pp. 165-183.
- S. MAGRI, « Des "ouvriers" aux "citoyens modestes" : Naissance d'une catégorie. Les bénéficiaires des habitations à bon marché au tournant du XXe siècle », *Genèses*, Vol. 5, n° 1/1991, pp. 35-53.
- H.-C.-F. MANSILLA, « La influencia del indianismo en la Asamblea Constituyente boliviana de 2006-2008. Observaciones críticas sobre la persistencia de una cultura política tradicional », *Estudios Políticos*, n°33, pp. 97-122.
- J.-C. MARIÁTEGUI, « Aniversario y balance », *Amauta*, n°17, 1928, pp. 1-3.
- J.-C. MARIÁTEGUI, « El problema primario del Perú », *Mundial*, 9 décembre 1924, R. PARIS, « Indigénisme et socialisme, ou le désir et le refoulé », *L'Homme et la société*, n°121, 1996, pp. 91-100.
- P. MARGUENAUD-MOULY, « La jurisprudence sociale de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : bilan et perspectives », *Droit social*, n° 9-10/2010, pp. 883-892.
- A. MATER, « Le socialisme juridique », *Revue socialiste*, n°40, 1904, pp. 7-22.

- S. MATIAS CAMARGO, « El Nuevo Orden Constitucional Colombiano », *Papel Político*, n°1/2011, pp. 13-39.
- L. MENDIETA Y NUNEZ, « La Propiedad de la Tierra », *Journal of Inter-American Studies* 3, n°1/1961, pp. 27-39.
- B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *Revue de Droit Public*, 1929, pp. 564-598.
- P. MOUGEOLLE, « Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Revue des droits de l'homme*. (Consulté le 26 février 2018, <http://journals.openedition.org/revdh/2970>).
- J. NEVES MUJICA, « La sentencia del Tribunal constitucional en el caso Telefónica », *Diálogo con la jurisprudencia*, n° 49/2002, pp. 45-48.
- C. NIVARD, « Le droit à l'alimentation », *La revue des droits de l'Homme*, n°1/2012, pp. 245-260.
- C. NIVARD, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 28. (Consulté le 12 novembre 2015, <http://www.revuedlf.com/cedh/leffet-direct-de-la-charte-sociale-europeenne-article/>).
- C. NIVARD, « Seconde condamnation des mesures d'austérité grecques par le Comité européen des droits sociaux », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*. (Consulté le 1er mai de 2014, <http://wp.me/p1Xrup-1P8>).
- A. NOGUERA-FERNANDEZ et M. CRIADO DE DIEGO, « La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina », *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 13, n°1/2011, pp. 15-49.
- I. OBANDO CAMINO, « El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido », *Estudios Constitucionales*, n°1/2012, pp. 289-338.
- H. OCANDO et T. PIRELA, « El Estado social de derecho y de justicia, nuevo paradigma del Estado venezolano », *Frónesis*, n°15/2008, pp. 191-204.
- R. PARIS, « Indigénisme et socialisme, ou le désir et le refoulé », *L'Homme et la société*, n°121/1996, pp. 91-100.
- R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Revue de droit public*, n°3-4/1947, pp. 347-398.
- S. PINON, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 67, n°2/2011, pp. 69-93.
- S.-J. PRISO ESSAWE, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°36/1998, pp. 721-736.

- F. PRZETACZNIK, « The Right to Life as a Basic Human Right », *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, 1976, pp. 585-609.
- J.-F. POISSON et H. MARITON, *Famille Chrétienne*, n°2000/2016, pp. 16-20.
- J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *Revue de droit public*, 1983, pp. 899-928.
- J.-M. PONTIER, « Solidarité nationale et indemnisation », *Revue de droit public*, n°5/2013, pp. 1099-1121.
- R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *Amer Law*, n°44/1910, pp. 12-36.
- G. RADBRUCH, « Du droit individualiste au droit social », *Archives de philosophie du droit*, n°1/1931, pp. 387-398.
- E. REINERT, « La tercera vía del presidente Velasco: una estrategia del cambio », *Socialismo y Participación*, n°5/1978, pp. 61-71.
- D. RENARD, « Assistance publique et bienfaisance privée, 1885-1914 », *Politiques et management public*, n°2/1987, pp. 107-128.
- J. RICHTER, « Trabajo en el derecho del trabajo », *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n°16/2013, pp. 179-216.
- G. ROCHER, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, n°3, 2001, pp. 873-882.
- O. ROJAS FLORES, « Pacificación y readecuación productiva comunera en la zona alta de Ayacucho, Perú », *Temas de Nuestra América*, n°40/2004, pp. 97-118.
- D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 1/2012. (Consulté le 3 juillet 2016, <https://revdh.revues.org/635>).
- D. ROMAN, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45/2014. (Consulté le 26 janvier 2017, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/la-jurisprudence-sociale-des-cours-constitutionnelles-en-europe-vers-une-jurisprudence-de-crise.142405.html>).
- D. ROMAN et L. JIMENA QUESADA, « La charte sociale a 50 ans. Réflexions de l'intérieur autour d'un anniversaire... Entretien avec Luis Jimena Quesada », *Raison Publique*. (Consulté le 21 mars de 2016, <http://www.raison-publique.fr/article501.html>).
- C. ROULHAC, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°5/2014. (Consulté le 14 novembre 2016, <http://revdh.revues.org/741>).
- M. RUBIO, « La encrucijada de una nueva Constitución », *Socialismo y Participación*, n°5/1978, pp. 43-59.

- M.-T. SÁNCHEZ MARTINEZ, « El mutualismo de previsión social en España », *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n°57/2007, pp. 225-248.
- J. SCHMITZ, « La pensée sociale de Maurice Hauriou et de Jean Jaurès », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n°2, 2008, pp. 771-806.
- B. SCHNAPPER, « De La Charité à la Solidarité : L'Assistance Judiciaire Française 1851 – 1972 », *Revue d'Histoire du Droit*, n°52/1984, pp. 105-150.
- D. SCHNAPPER, « La France peut-elle ne pas être une nation? », *Controverses*, n°3/2006, pp. 75-87.
- J.-F. SPITZ, « Droits négatifs, droits positifs : Une distinction dépourvue de pertinence », *Droits*, Vol. 49/2009, pp. 191-211.
- J.-M. SERVET, « Le principe de réciprocité chez Karl Polanyi, contribution à une définition de l'économie solidaire », *Revue Tiers Monde*, n°190/2007, pp. 255–173.
- F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des droits de l'Homme : un exercice de "jurisprudence fiction" », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, pp. 755-779.
- F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384.
- E.-S. URBANSKI, « Tres Revoluciones de Hispano-América: México, Bolivia y Cuba », *Journal of Inter-American Studies*, n°3/1969, pp. 419-436.
- J. VANEK et E. REINERT, « La tercera vía del Presidente Velasco », *Socialismo y Participación*, n°5/1978, pp. 61-71.
- D. VALADES, « La Constitución y el poder », *Pensamiento Constitucional*, n°7/2000, pp. 59-88.
- O. VON GIERKE, « L'idée germanique de l'État », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°1/2006, pp. 169-171.
- C. WOLMARK, « L'opposabilité du droit au logement », *Recueil Dalloz*, 2008, pp.104-118.

D. ARTICLES ET RESSOURCES ELECTRONIQUES

CONSEIL DE L'EUROPE, « Charte sociale européenne ». (Consulté le 9 novembre 2015, <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>).

CONSEIL DE L'EUROPE, « Comité européen des droits sociaux ». (Consulté le 9 novembre 2015, <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/european-committee-of-social-rights>).

DALLOZ, « La reconnaissance conditionnée de l'effet direct entre particuliers de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». (Consulté le 13 novembre 2016, <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/la-reconnaissance-conditionnee-de-leffet-direct-entre-particuliers-de-la-charte-des-droits-fonda/h/d6aa2d91f764e9dcbbec237c8466d0a8.html>).

F. DEMIER, « Les premières lois sociales au XIXe siècle », *Actes du colloque "Les questions sociales au Parlement (1789-2006)"*. (Consulté le 7 juillet 2016, https://www.senat.fr/colloques/actes_questions_sociales/actes_questions_sociales2.html).

E. GONZALES DE OLARTE, « Economía política de la era neoliberal peruana: 1990-2006 », *Economía Peruana*. (Consulté le 17 avril 2015, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/economiaperuana/2007/04/16/economia-politica-de-la-era-neoliberal-peruana-1990-2006/>).

INEI, *Presentación*. (Consulté le 20 janvier 2015, <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0068/POB00001.htm>).

J. KLAIBER, « TOMO XV: Jorge Basadre y una República convulsa », Catedra Jorge Basadre. (Consulté le 11 juillet 2014, <http://catedrabasadre.blogspot.fr/2006/08/tomo-xvjorge-basadre-y-una-repblica.html> -).

L.-M. MARTINEZ, « La función social del Estado venezolano en tiempos de la modernidad », *Aporrea*. (Consulté le 15 décembre 2015, <http://www.aporrea.org/actualidad/a41738.html>).

I. MORET-LESPINET, « La création du Ministre du Travail », *Actes du colloque "Les questions sociales au Parlement (1789-2006)"*, 31 mars 2006. (Consulté le 20 juillet 2016, https://www.senat.fr/colloques/actes_questions_sociales/actes_questions_sociales2.html).

PARTIDO POPULAR CRISTIANO, « Doctrina. El ABC del Social Cristianismo », PPC. (Consulté le 6 juin 2016, <http://ppc.pe/el-partido/doctrina/>).

G. PECES-BARBA, « Religión y Estado en Fernando de los Ríos » *PSOE. Grupo Federal Cristianos Socialistas*. (Consulté le 14 juin 2016, <http://web.psoe.es/cristianos/docs/51319/page/religion-estado-fernando-los-rios.html>).

F. PESCI FELTRI, « El nuevo modelo de Estado socialista según el programa de gobierno presentado por el presidente de la República para la gestión bolivariana socialista 2013-2019 ». (Consulté le 10 décembre 2015, https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Preguntas%20y%20respuestas%20Estado%20Socialista%20_FPF%20VF%20CEDPUMA.pdf).

PRONABEC, *Mission*. (Consulté le 31 mars 2016, <http://www.pronabec.gob.pe/nosotros.php>).

E. RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation? », *Encyclopédie de L'Agora*. (Consulté le 20 juillet 2014, http://agora.qc.ca/documents/nation--quest-ce_quune_nation_par_ernest_renan).

S. SLAMA, « Constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle donnant un caractère absolu à la définition du droit de propriété de l'article 544 du Code civil », *Combats Pour les*

Droits de l'Homme. (Consulté le 12 décembre 2013, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/10/11/linterpretation-absolutiste-du-droit-de-propriete-versus-droit-au-logement-des-occupants-sans-droit-ni-titre-cons-constit-dec-n%C2%B0-2011-169-qpc-du-30-septembre-2011-consorts-m-et-autre/>)

E. ONTRIBUTIONS AUX LEXIQUES ET DICTIONNAIRES

C. ATTIAS, entrée « Justiciabilité », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 789.

R. BLANCARTE, entrée « Isidro Favela », *Diccionario histórico y bibliográfico de la Revolución Mexicana*, Vol. 3, Instituto nacional de estudios históricos de la Revolución Mexicana, 1991, pp. 104 et 165.

R. BLANCARTE, entrée « Acuerdo sobre deslinde y fraccionamiento de tierras », *Diccionario histórico y bibliográfico de la Revolución Mexicana*, Vol. 3, Instituto nacional de estudios históricos de la Revolución Mexicana, 1991, p. 33.

P. BRUNET, entrée « Constitution », *Encyclopædia Universalis*. (Consulté le 18 décembre 2014, <http://www.universalis-edu.com.faraway.u-paris10.fr/encyclopedie/constitution/>).

G. CORNU, entrée « Constitution », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000, p. 952.

M. CONCHA MALO, entrée « Teología de la liberación », N. BOBBIO, N. MATTEUCCI et G. PASQUINO, *Diccionario de Política*, México, Siglo veintiuno editores, 2008, p. 1558.

F. EWALD, entrée « Solidarité », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 2, Paris, PUF, 2004, p. 1838.

P. GUIBENTIF et D. ROMAN, entrée « Droits sociaux », A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire de la globalisation*, Paris, LGDJ, 2010, p. 179.

S. GUINCHARD, entrée « Etat », *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2013, p. 951.

J. HOARAU, entrée « Marx », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Vol. 2. PUF, Paris, 2004, p. 1209.

O. NAY, entrée : « Coutume », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 112.

O. NAY, entrée « Constitutionnalisme », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 97.

O. NAY, entrée « Révolution », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 498.

O. NAY, entrée « Social-démocratie », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 521.

O. NAY, entrée « Société », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 526.

O. NAY, entrée « Travail », *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 563.

Y. SUREL, entrée « Corporatisme », O. NAY (dir.), *Lexique de Science Politique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 105.

F. ARTICLES DE PÉRIODIQUES GÉNÉRALISTES

ANONYME, « Solidaridad », *Solidaridad : aportes cristianos para la liberación - Bogotá*, n°1/1979, p. 21.

CERCLE LÉON TROTSKY, « Au-delà de la crise actuelle, la faillite des solutions bourgeoises à la crise du logement », *Lutte Ouvrière*, supplément n°111/2008, p. 19.

J. JAURÈS, « Le socialisme de la Révolution française », *La Dépêche de Toulouse*, 22 octobre 1890.

J. LIRA SEGURA, « Hay más de 50 mil asociaciones sin fines de lucro en la mira de la Sunat », *Diario Gestión du 26 mai 2014*, p. 18.

M. TANAKA, « ¿Socialdemocracia en Perú? », *La República*, n°9945/2009, p. 16.

III. RAPPORTS OFFICIELS

BCRP, Statistiques de la Banque Centrale de Réserve du Pérou (Consulté le 13 septembre 2014-web.archive.org/web/20140901195941/http://estadisticas.bcrp.gob.pe/index.asp?sIdioma=1&sTitulo=IPC&sFrecuencia=A).

C.-A. BEDOYA, « El derecho humano a la seguridad social en el Perú », *Informe Anual 2004. Derechos económicos sociales y culturales*, Lima, Aprodeh-Cedal, 2004, p. 101.

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMIA, *Necesidades básicas insatisfechas, ya satisfechas*, (Consulté le 05/04/16, <http://www.ipe.org.pe/content/necesidades-basicas-insatisfechas-ya-satisfechas>).

INSPECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION, « Rapport sur la gestion du contingent préfectoral de 5% réservé au logement social des agents publics de l'État », Ministère de l'Intérieur, 2011, p.12.

INSTITUTO NACIONAL DE PLANIFICACION, *Plan de desarrollo económico y social 1967-1970. Documento orientador*, Vol. 1, Lima, INP, 1967, pp. 99-100.

F.-A. LA ROCHEFOUCAULD-LILIANCOURT, « Rapport fait au nom des Comités de rapports, de mendicité et de recherches, sur la situation de la mendicité de Paris », Paris, Assemblée nationale constituante, Comité des rapports, 30 mai 1790, p. 7.

MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT, « Budget 2010 : le budget des engagements tenus - MESR : enseignementsup-recherche.gouv.fr » (consulté le 21 octobre 2013, <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid49102/budget-2010-le-budget-des-engagements-tenus.html>.)

J. NIKONOFF, « La République du droit à l'emploi pour chacun. Rapport aux candidats à la présidence de la République et aux partenaires sociaux », 1995.

ONU, *The World Economic and Social Survey 2014/2015. Learning from national policies supporting MDG implementation*, n°E.15.II.C.1, United Nations Publication, 2016, p. 220.

J. SIEGFRIED, « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Jules Siegfried et de plusieurs de ses collègues relative aux habitations ouvrières », *J.O. Document Parlementaire*, 2 de mars 1893, pp. 2726-2732.

H. STROHL et F. LEPRINCE (dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion. Rapport de la Commission*, Paris, La documentation française, 1993, p. 15

A. THIERS, *Rapport de la commission de l'assistance et de la prévoyance publique dans la séance du 26 janvier 1850*, Paris, Paulin-Lheureux et Cie, 1850, p. 156.

UNITED NATIONS, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev. 3, 15 août 1997, pp. 6-7 et 18-19.

I. YAÑEZ LOPEZ, « Introducción », *Informe Anual 2004. Derechos económicos sociales y culturales*, Lima, Aprodeh-Cedal, 2004, p. 14.

IV. SOURCES PRIMAIRES DU DROIT

A. DISCOURS, DÉBATS CONSTITUANTS ET PARLEMENTAIRES

ASSAMBLÉE NATIONALE, « Chambre, Séance du 26 novembre 1894 », *Journal Officiel du 27 novembre 1894*, pp. 2019-2021.

L. BLANC, « Discours du 9 septembre 1848 », E. CARREY, *Recueil complet des actes du Gouvernement provisoire*, Paris, Auguste Durand, 1848, pp. 124 et s.

L. BLANC, *Organisation du travail*, Paris, 1841, pp. 67-68.

L. BLANC, « Socialisme, Droit au travail, réponse à M. Thiers », Paris, 1849, p. 18.

L. BLANC, *Doctrine de l'État. Plus de Girondins. La République une et indivisible*, Uzès, Inclinaison, 2008, p. 188.

A. BREWER-CARIAS, *Debate constituyente. Aportes à la Asamblea nacional Constituyente*, Vol. 3, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 174.

R. CAPITANT, « Séance du 8 mars 1946 », *Journal Officiel de l'Assemblée Nationale Constituante*, 1946, p. 645.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (CCD), *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, Tome IV, Lima, Diario de los debates, 1993, p. 2110.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento*, Tome I., Lima, Diario de los debates, 1993, p. 10.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, Tome 1, n°12, 1916, pp. 5 et s.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, Tome 1, n° 24, 1916, pp. 363-364.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario de los debates*, Tome 2, n°70, 1917, pp. 2057-2090.

LEDRU-ROLLIN, « Discours du 9 septembre 1848 », E. CARREY, *Recueil complet des actes du Gouvernement provisoire*, Paris, Auguste Durand, 1848, pp. 621 et s.

E. MORALES AYMA, « Para que nunca más seamos excluidos », *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, 2009, p. 4.

PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, « Declaración sobre la Iglesia del XXIII Congreso del PSOE (1967) », 15 août 1967, point n°2.

PAPE PAUL VI, « Populorum Progressio, Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Paul VI sur le développement des peuples », 1967, paragraphe n° 7.

A. THIERS, *Discours prononcé à l'Assemblée Nationale sur le droit au travail*, Paris, Michel Lévy frères Libraires-éditeurs, 1848, p. 29.

J. VELASCO ALVARADO, « Mensaje a la Nación con motivo de la promulgación de la ley de la Reforma Agraria », 24 juin 1968.

B. JURISPRUDENCE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

CIJ, Avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences Juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien*, C.I.J Rec. 2004, p. 136.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

CEDH, *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, Req. n° 16798/90.

CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Req. n° 6833/74.

CEDH, *Feldbrugge c. Pays Bas*, 29 mai 1986, Req. n° 8562/79.

CEDH *Andrejeva c. Létonie*, 18 février 2009, Req. n° 55707/00

CEDH, *García Mateos c. Espagne*, 19 février 2013, Req. n° 38285/09.

CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, D., 1998, p. 438, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

CEDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, Req. n° 20458/92.

CEDH, *El Orabi c. France*, 7 mai 2010, Req. n° 20672/05

CEDH, *D. c. Royaume Uni*, 2 mai 1997, Req. n° 30240/96.

CEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, Req. n° 73316/01.

CEDH, *Z et autres c. Royaume Uni*, 10 mai 2001, Req. n° 29392/95.

CEDH, *D. H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007, Req. n° 57325/00.

CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, Req. n° 6289/73, paragraphe 26.

CEDH *Annoni di Gussola et autres c. France*, 14 novembre 2000, Req. n° 31819/96 33293/96.

CEDH, *Fawsie c. Grèce*, 28 octobre 2010, Req. n° 40080/07.

CEDH, *Molka c. Pologne*, 11 avril 2006, Req. n° 56550/00.

CEDH, *Mikheyeva c. Ukraine*, 4 octobre 2005, Req. n° 44379/02.

CEDH, *Ivanov c. Lettonie*, 7 juin 2001, Req. n° 55933/00.

CEDH, *Fedorova et autres c. Lettonie*, 9 octobre 2003, Req. n° 69405/01.

CEDH, *Burdov c. Russie*, 7 mai 2002, Req. n° 59498/00.

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME (Cour IADH)

Cour IADH arrêt du 19 novembre 1999, « Niños de la calle » (*Villagran Morales y otros c. Guatemala*, fond, série C n° 63, opinion individuelle conjointe des juges Cançado Trindade et Abreu Burelli, §6-7.

Cour IADH arrêt du 19 novembre 1999, « Niños de la calle » (*Villagran Morales y otros c. Guatemala*, fond, série C n° 63, §144.

Cour IADH arrêt du 2 février 2001, « 270 Trabajadores » (*Baena, Ricardo et autres c. Panama*), fond, réparations et coûts, série C n° 72.

Cour IADH arrêt du 8 octobre 2015, Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros c. Honduras, fond, série C n° 304, §91.

Cour IADH arrêt du 25 novembre 2015, Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam, fond, série C n° 309, §115 et ss.

Cour IADH arrêt du 17 juin 2007, Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, fond, série C n° 125, § 144- 147.

CIADH “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala, 19 novembre 1999, série C n° 43, § 144 et ss.

CIADH, Loayza Tamayo c. Pérou, 27 novembre 1998, série C, n° 47, §147 et ss..

CIADH, *Villagrán Morales et autres c. Guatemala*. Réparations, Affaire n° 11.383.

COUR DE JUSTICE DE L’UNION EUROPÉENNE

CJUE, *Association de médiation sociale*, 15 janvier 2014, n° C-176/12.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX (CEDS)

CEDS, *Mouvement international ATD Quart Monde c. France*, 5 décembre 2007, n° 33/2006, § 169 et s.

CEDS, *Centre sur le droit au logement et les expulsions c. Italie*, 21 octobre 2010, n° 58/2009.

CEDS, *Centre européen des droits des Roms c. France*, 19 octobre 2009, n° 51/2008, § 111.

CEDS, *Comisión internacional de juristas c. Portugal*, 9 septembre 1999, n° 1/1998.

CEDS, *Association of Care Giving Relatives and Friends c. Finlande*, 27 juin 2011, n° 70/2011 et n° 71/2011.

CEDS, *Association Internationale Autisme-Europe c. France*, 4 novembre 2003, n° 13/2002.

CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme c. France*, 8 septembre 2004, n° 14/2003.

CEDS, *Tehy ry et STTK c. Finlande*, 17 octobre 2001, n° 10/2000.

CEDS, *Confédération des syndicats indépendants de Bulgarie et autres c. Bulgarie*, 16 octobre 2006, n° 32/2005.

CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme c. Grèce*, 23 janvier 2013, n° 72/2001.

CEDS, *IKA –ETAM c. Grèce*, 7 décembre 2012, n° 76/2012, n° 77/2012, n° 78/2012, n° 79/2012 et n° 80/2012.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL (France)

C. constit. 74-54 DC, 15 janvier 1975, *IVG*, cons. 10, *Rec.* p. 19.

C. constit., 86-207 DC, 26 juin 1986, cons. 32, *Rec.* p. 61.

C. constit. 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 26, *Rec.* p. 258.

C. constit., 85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 4, *Rec.* p. 9.

C. constit., 2010-98 QPC, 4 février 2011, cons. 3, *Rec.* p. 108.

C. constit., 85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 4, *Rec.* p. 9.

C. constit., 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Rec.* p. 33.

C. constit., 2001-450 DC, 11 juillet 2001, cons. 31 à 33, *Rec.* p. 82.

C. constit., 2011-137 QPC, 17 juin 2011.

C. constit., 2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 100 et 101, *Rec.* p. 218.

C. constit., 97-393 DC, 18 décembre 1997, cons. 30 à 34, *Rec.* p. 320.

C. constit., 94-359 DC, 19 janvier 1995, cons. 5 et 7, *Rec.* p. 176.

C. constit., 2009-578 DC, 18 mars 2009, cons. 12, *Rec.* p. 73.

C. constit., 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, cons. 3 à 5, 8 et 9, *Rec.* p. 478.

C. constit., 86-225 DC, 23 janvier 1987, cons. 16 et 17, *Rec.* p. 13.

C. constit., 2010-8 QPC, 18 juin 2010, cons. 11, *Rec.* p. 117.

C. constit., 2010-617 DC, 9 novembre 2010, cons. 7 et 8, *Rec.* p. 310.

C. constit., 80-117 DC, 22 juillet 1980, cons. 4, *Rec.* p. 42.

C. constit., 90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 7 et 8, *Rec.* p. 11.

C. constit., 2009-584 DC, 16 juillet 2009, cons. 6, 15 et 19, *Rec.* p. 140.

C. constit., 2010-605 DC, 12 mai 2010, cons. 33, *Rec.* p. 78.

C. constit., 2015-458 QPC, 20 mars 2015, cons. 10, texte n° 47.

C. constit., 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labane*.

C. constit., 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, *Consorts M.*, cons. 8.

C. constit., 94.359 DC, « Loi relative à la diversité de l'habitat », 19 janvier 1995, *Rec.*, p. 176 et A.D., 1995, p. 455, note B. JORION.

C. Constit., 2005-523 DC, 29 juillet 2005.

Décision n° 71-44 DC, relative à une loi « complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association », 16 juillet 1971.

Décision n° 94-343/344 DC, relative à des lois prônant le « respect du corps humain, le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation », 27 juillet 1994.

COUR CONSTITUTIONNELLE (Colombie)

C. constit., Ass. plén., 6 mars 1997, sentence SU-111, fondement juridique n°16.

C. constit., *Lucelly Marquez Palacio c. "COLSEGUROS" E.P.S*, 26 mai 1998, sentence n° T-248/98, Magistrat José Gregorio Hernández Galindo.

C. constit., *Néstor Hernando González Vargas c. Compensar EPS*, 8 juillet 2010, sentence n° T-566 de 2010, Magistrat Luis Ernesto Vargas Silva.

C. constit., *Juan Pablo Quintero*, 18 août 1999, Sentence n° C-595/99.

C. constit., *Hernando de Jesús Blanco Angárta*, 24 juin 1992, sentence n° T-426/92, fondement juridique n° 5.

C. constit., Procédure de Tutela, *Juan Manuel Jaramillo*, 29 mars 2001, Sentence n° T-338, fondement juridique n° 2.

C. constit., *Efraín Gutiérrez Tegua c. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*, 25 juillet 2011, Sentence n° T-581A/11, § 3.1.1.

C. constit., *Kerly Medina Gutiérrez c. Comfamiliar Huila EPS-S*, 15 avril 2013, affaire n°T-3699975, point 9.1.2.

C. constit., T-011 de 1998.

C. constit., T-554 de 1998.

C. constit., SU-995 de 1998.

C. constit., T-308 de 1999.

C. constit., T-259 de 1999.

C. constit., T-439 de 2000.

COUR SUPRÊME (États-Unis)

Affaire *Marbury Vs. Madison* (5 U.S. 137 [1803])

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL (Pérou)

Affaire *José Miguel Morales Dasso et 5000 citoyens c. Congreso de la República*, STC n°0048-2004-PI/TC, 1er avril 2005, § 79.

Affaire *José Correa Condori c. Ministerio de Salud*, STC n° 2016-2004-AA/TC, fondement juridique n° 10 et 27.

Affaire *Donato Sancho Canasa*, STC n° 01205-2012-AA/TC, fondements juridiques n°5 et ss.

Affaire *Azanca Alhelí Meza García*, STC n° 2945-2003-AA/TC, fondements juridiques n° 9-10, 18-19 et 32-33.

Affaire *Sindicato nacional de trabajadores de SUNAT*, STC n° 04922-2007-PA/TC, fondement juridique n°6.

Affaire *Francisca Castillo de Ipanaqué*, STC n° 00013-2013-PA/TC.

Affaire *Sindicato unitario de trabajadores de Telefónica del Perú S.A.*, STC n° 1124-2001-AA/TC, fondement juridique n°1.

Affaire *Nancy Marcelina Lozano Valderrama*, STC n° 01808-2008-PA/TC, fondement juridique n°5

Affaire *Sergio Antonio Sotomayor Roggero*, STC n°1711-2004-AA/TC, fondement juridique n° 7.

Affaire *Martha Olinda Combe Rivera*, STC 0008-2003-AI/TC, fondements juridiques n° 12 et 16.

Affaire *Larry Jimmy Ormeño Carrera*, STC n° 4232-2004-AA/TC, fondement juridique n° 10.

Affaire, *Colegio de abogados de Lima norte c. Congreso de la República*, STC n° 0011-2013-PI/TC, fondement juridique n° 80.

Affaire *Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República*, STC n° 050-2004-AI/TC, fondement juridique n° 96.

Affaire *Roberto Nesta Brero y más de 5000 mil ciudadanos c. Presidencia del Consejo de Ministros* STC n° 008-2003-AI/TC, fondement juridique n° 12.

Affaire *Marco Edson Otero Alvarado*, STC n° 2180-2012-PA/TC, fondement juridique n° 16.

Affaire *Colegio de abogados de Lima c. Congreso de la República*, STC n° 0014-2014-P1/TC.

Affaire *Colegio de abogados de Lima Norte c. Congreso de la República*, STC n° 0016-2014-PI/TC.

Affaire *Congresistas de la República c. Congreso de la República*, STC n° 0019-2014-P1/TC.

Affaire *6453 ciudadanos c. Congreso de la República*, STC n° 0007-2015-PI/TC.

Affaire *Bruno Benjamín Aniceto Paredes c. AFP Horizonte y SNBS*, STC n° 0014-2007-PI/TC.

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FEDERAL (Allemagne)

BVerfGE 45, 187 (229).

BVerfGE 1, 97 (104).

BVerfGE 82, 60 (85).

BVerfGE 99, 246 (259).

BVerfGE 82, 60 (85).

TRIBUNAL SUPREME DE JUSTICE (Venezuela)

Sala constitucional, affaire n° 2009-2187, *Corp Banca C.A. Banco Universal c. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras*, 14 décembre 2009.

Sala constitucional, affaire n° 2002-85, *Asodeviprilara c. Sudeban e Indecu*, 24 janvier 2002.

CONSEIL D'ÉTAT (France)

CE, ass., 7 juillet 1950, *Dahaene*, *Rec.* p. 426.

CE, ass., 28 février 1972, requête n° 75193, relative à l'égal accès des femmes aux emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes. V. *AJDA* 1972, p. 90.

CE, ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, n°10097, *Rec.* p. 493.

CE, ass., 8 juillet 1994, *CGT*, *Rec.* p. 536.

CE, sect., 18 février 2005, *M. Moussa X*, n° 269963.

CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n°163043.

CE, 22 avril 1970, *Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux*, *Rec.* p. 266.

CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* p. 190.

CE, 10 février 2014, *M. B.*, n° 358992.

CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, requête n° 68938.

CE, 20 avril 1984, *Melle Valton et Melle Crépeaux*, requête n° 37772 et 37774.

COUR DE CASSATION (France)

Cass., 3ème Civ., 20 janvier 2010, n° 08-16.088.

Cass., Soc., 29 février 2012, n° 11-60203.

Cass., Soc., 10 mai 2012, n° 11-60235.

Cass., Soc., 8 janvier 2014, n° 13-24851.

Cass., 2e Civ., 17 février 2011, n° 10-21634.

Cass., *Société des cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975, n° 73-13556.

Cass., 3e Civ., 8 juillet 2011, n° 11-40025.

INDEX ALPHABÉTIQUE
(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Alimentation (Droit à l') : 410 ; 735 ; 807 ; 889 ; 905-923.

Administratrices privées de fonds de retraite (AFP) : 782-784 ; 1044.

Amparo (Recours d') : 518 ; 610 ; 828 ; 839.

Assistance sociale : 344-345 ; 728 ; 784 ; 864 ; 1043.

Associations :

Association ouvrière : 221 ; 374.

Association civile : 1000-1005 ; 1020.

S'associer : 85-86.

Assurance privée : 983 ; 989.

B

Bien commun : 62 ; 78 ; 495 ; 764-766 ; 866.

Buen vivir (Principe du) : 54-68 ; 142 ; 469 ; 608 ; 614-616 ; 622.

C

Charité : 72-79 ; 120 ; 354 ; 274 ; 379 ; 974-975.

Charte sociale européenne : 906 ; 947-948 ; 950 ; 957-967.

Cohésion sociale : 23 ; 31 ; 73 ; 157 ; 177 ; 252 ; 254 ; 258 ; 470 ; 651 ; 668 ; 684.

Comité européen des droits sociaux : 878 ; 948 ; 960-966.

Communisme : 31 ; 202 ; 220 ; 231 ; 384.

Communauté :

Familiale : 744.

Du travail : 732.

Indigène : 12 ; 29-43 ; 214 ; 884 ; 889.

Groupe de personnes : 128 ; 138 ; 144-148.

Politique : 154 ; 174-175 ; 258 ; 523 ; 790 ; 809.

Constitution :

Notion : 448 ; 475 ; 477-485 ; 489.

Constitutionnalisme : 68 ; 127 ; 133-139 ; 171 ; 228-229 ; 351 ; 362-373 ; 555-640 ; 686-699 ; 797-842 ; 844-998.

Constitution sociale : 228 ; 297 ; 392-395 ; 502 ; 510-527 ; 675 ; 689 ; 700-710 ; 1041-1042.
Constitution vivante : 801.
Histoire constitutionnelle : 490-494 ; 528-546 ; 555 ; 561-562 ; 714-790.

Contrat social (Principe du) : 10 ; 112-114 ; 318 ; 335 ; 341 ; 442 ; 503 ; 633 ; 739 ; 994-995 ; 1011.

Cour Européenne des droits de l'Homme : 844 et s. ; 946 et s. ; 960.

Cour Interaméricaine des droits de l'Homme : 879-890 ; 896-957.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 115 ; 348 ; 358 ; 398 ; 687.

Déclaration universelle des droits de l'homme : 747 ; 851 ; 870.

Dignité : 3 ; 567-574 ; 834 ; 843 ; 863-897 ; 935 ; 943 ; 956 et s. ; 1019.

Démocratie : 221-225 ; 248 ; 318 et s. ; 368 et s. ; 400 et s. ; 424-430 ; 552 ; 683 ; 851.

Démocratie-chrétienne : 96-99 ; 103 et s.

Droits de l'homme :

Notion : 134 ; 258 ; 327 ; 401-402 ; 437 et s. ; 454 ; 619 et s. ; 673 ; 762 et s. ; 835 ; 870 et s.

Universalisme et relativisme culturel : 58 et s. ; 142 et s. ; 168 ; 466.

Génération des Droits de l'homme : 328 ; 407 ; 827 ; 835 ; 914 ; 949-950.

Droits sociaux :

Notion : 1-19 ; 11 et s. ; 119 ; 265 ; 275-279 ; 401-404 ; 481-630.

Appartenance à la catégorie des droits de l'homme : 140 et s. ; 268 et s. ; 406 et s.

Évolution des droits sociaux : 268 ; 271 ; 288 et s. ; 311-330 ; 332- et s. ; 638 et s. ; 668.

Formulation normative : 135 ; 431 et s. ; 541-617 ; 707-708 ; 715 et s.

Nature programmatique : 125 et s. ; 152 et s. ; 178-179 ; 227 ; 232-242 ; 272.

Droit subjectif : 352-354 ; 452 ; 858 ; 910 ; 939.

Droits positifs/ droits négatifs : 405-411.

E

Éducation (droit à l') : 175 ; 527 ; 545 ; 595 ; 616 ; 715 ; 724 ; 729 ; 746 ; 768 ; 771 ; 773 ; 851 et s. ; 900 ; 952 ; 1054.

Enfants (droits et protection des) : 145 ; 178 ; 221 ; 394 ; 415 ; 540-541 ; 575 ; 599 ; 617 ; 630 ; 638 ; 665 ; 667 ; 724 ; 728-729 ; 790 ; 879-882 ; 921 ; 965 ; 1001 ; 1004.

Effectivité (de la norme) : 6 ; 114 ; 320 ; 581 ; 593 ; 700 ; 787 ; 832 ; 853-855 ; 896 ; 905 et s. ; 924 et s.

Effet direct de la norme : 938 ; 958 et s. ; 1009.

Égalité :

Principe : 155 ; 161-162 ; 189 ; 382 ; 387 ; 591 ; 639 ; 740 ; 842 ; 841 ; 946 ; 951.

En droits : 114 ; 220 ; 258 ; 684 ; 1035 ; 1046.

Matérielle : 275 ; 313 ; 320 ; 349 ; 429-430 ; 553 ; 1030.

État de droit :

Notion : 69 ; 397 et s. ; 431 et s. ; 458-463 ; 508 ; 568.

État de droit social : 469 ; 588 ; 592 ; 623 ; 708 ; 761-767 ; 847 ; 862 et s. ; 1042.

État providence : 812 ; 1043.

Étrangers : 169 ; 174-175 ; 580 ; 912.

Évolution (des droits) : 1-2 ; 13-14 ; 109 ; 269 ; 286 ; 818.

Exigibilité des droits : 297 ; 828-830 ; 867 ; 938 et s. ; 970.

F

Femmes (Droits des) : 514 ; 538 ; 597 ; 630 ; 655-656 ; 951 ; 954 ; 1006.

Fraternité :

Notion : 115 ; 117-122.

Comme soubassement du principe de solidarité : 111 ; 126-132 ; 140-141 ; 286 ; 317 ; 385 ; 470 ; 1033 et s.

Son lien avec la cohésion sociale et le concept de nation : 186 ; 189 et s. ; 253 et s.

Son lien avec la nature : 806 et s.

G

Gouvernement des juges : 693 ; 1047.

Grève (Droit de) : 517 ; 556 ; 575 ; 597 ; 680 ; 703 ; 932 ; 966.

H

Handicap (Personnes en situation de) : 132 ; 178 ; 184 ; 416-417 ; 576-578 ; 599 ; 617 ; 777 ; 894.

I

Inclusion sociale : 192 ; 214 ; 253-255 ; 615 ; 690 ; 771 ; 974.

Influence :

Doctrinale : 96 ; 601 ; 607 ; 670 ; 754 ; 802 ; 1036.

Idéologique : 15 ; 22 ; 80 ; 100 ; 180 ; 194 ; 203 ; 217 ; 229 ; 257 ; 533 ; 568.

Normative : 489 ; 530 ; 539 ; 738.

Indépendance du Pérou : 23 ; 92 ; 123 ; 188-190 ; 367.

Indigénisme : 195 ; 200-201 ; 208 ; 714 ; 1036.

Indivisibilité (des droits de l'homme) : 16 ; 835 ; 949 ; 968.

J

Juge (et droits sociaux) :

Compétences : 927 ; 952.

Interprétation extensive : 585 ; 891 et s ; 1023.

Justiciabilité (des droits sociaux) : 583-593 ; 610 ; 821-826 ; 875-881 ; 920-925 ; 943-968.

L

Liberté syndicale : 667 ; 878 ; 932 ; 939.

Libéralisme : 82 et s. ; 96 ; 129-134 ; 204 ; 222-257 ; 268-329 ; 349-350 ; 367 ; 388 ; 391-396 ; 443 et s. ; 465 et s. ; 491 et s. ; 499 ; 527-530 ; 551-578 ; 607 ; 637 ; 647 ; 649 ; 666 ; 719 ; 740 ; 795 et s. ; 803 et s. ; 1032.

Logement :

Droit au logement : 595 ; 616 ; 856 et s. ; 906 et s. ; 943 et s. ; 967 ; 998 ; 1025 ; 1045.

Droit au logement opposable : 706 ; 909-913.

Logement décent : 706 ; 745 ; 787 ; 935 ; 942 ; 1048.

Lois sociales : 7 ; 14 ; 221 ; 225, 231 et s. ; 284 ; 500 et s. ; 527 ; 634 ; 644 ; 656 ; 683 ; 698 ; 810 et s. ; 1040-1043.

N

Nationalisme :

Notion : 110 ; 147 ; 207-208.

Champs d'application sur les droits sociaux : 152-176 ; 188-201 ; 252-256 ; 466 ; 1033.

Nation : 157-165.

Son lien avec le principe de cohésion sociale : 177- 187.

Son lien avec le fascisme : 154-156.

Négociation collective : 222 ; 232 ; 258 ; 517 ; 661-667 ; 789 ; 1037.

Néolibéralisme : 264 ; 748 ; 752 ; 759 ; 811 ; 1010 ; 1041.

Non-discrimination (Principe) : 951 ; 963.

Nouveau constitutionnalisme latinoaméricain : 548-622 ; 862 ; 893 ; 1042.

O

Objectifs de valeur constitutionnelle : 939.

Obligations positives : 883 ; 917 ; 1046.

Opposabilité : 906-913.

P

Pachamama : 108 ; 614 ; 893 ; 1031 ; 1042.

Pacte International relatif aux droits civils et politiques : 875 ; 971.

Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : 875 ; 971 ; 1012.

Pauvreté : 33 ; 79.81 ; 89 ; 364 ; 415 ; 551 ; 557 ; 637 ; 787 ; 958 ; 967-968 ; 997 ; 1010 ; 1034.

Préambule de la Constitution de 1946 : 669-675 ; 680 ; 686-695 ; 858 ; 903 ; 929 ; 939.

Principes républicains : 5 ; 120 ; 126 ; 131 ; 162 ; 254 ; 260 ; 314 ; 427 ; 515 ; 713.

Propriété (Droit à la) : 310 ; 347-354 ; 359-360 ; 381-388 ; 405-407 ; 440-445, 453-457 ; 461-462 ; 539 ; 350 ; 672-674 ; 684-687 ; 742 ; 756 ; 766 ; 857-859 ; 886-887 ; 943.

Protection par ricochet : 849 ; 864 ; 880 ; 954 ; 1023.

Protocole n° 12 à la CEDH : 949 ; 951.

Protocole de San Salvador : 876 ; 889.

Q

Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : 931 ; 935 ; 941-944.

Question sociale : 20 ; 25-26 ; 85-88 ; 95 ; 278-280 ; 293 ; 386 ; 510 ; 521 ; 637 ; 645 ; 649 ; 811 ; 815 ; 998.

R

Réciprocité (Système communautaire de) : 14 ; 34-40 ; 52-56 ; 62-77 ; 165-166 ; 172 ; 181-182 ; 252-255 ; 331 ; 486 ; 1020.

Réformisme social : 222 ; 232 ; 238 ; 287 et s. ; 322.

Rémunération (Droit à une) : 574

Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE): 553; 746; 1007-1016.

Retraite (Système de) : 641; 663; 782-785; 812; 936; 1044.

Révolution :

Notion : 225; 266; 269; 288; 318.

Française de 1789 : 126; 327; 342; 384; 599; 628 et s.; 670; 698

Française de 1848 : 128; 297; 628 et s.; 698; 1027.

Libérale : 81; 267; 270; 285-288; 318 et s.; 325; et s.; 475.

Mexicaine : 193 et s.; 297; 514-518; 1036.

Sociale : 261-329; 345; 465; 554; 638; 695.

S

Salaire minimum : 538 ; 734 ; 747 ; 787 ; 868 ; 1013.

Santé (Droit à la) : 25 ; 68 ; 410 ; 585 ; 724 ; 774 ; 831 ; 843 et s. ; 952 ; 989 ; 1045 ; 1048.

Sécurité sociale : 132 ; 139 ; 291 ; 409 ; 576 ; 589 ; 718 ; 746 ; 774 ; 778 ; 780-784 ; 984-986 ; 1043.

Social-christianisme : 14 ; 97-99 ; 105 ; 295 ; 469 ; 1031.

Social-démocratie : 14 ; 96 ; 204 ; 217- 256 ; 469-470 ; 569 ; 1035 ; 1037.

Socialisme :

Notion : 85 ; 180 ; 247 ; 28-285 ; 295 ; 318-323 ; 469 ; 1032.

Gobetti : 329 ; 1036.

Jaurès : 224 ; 226 ; 229 ; 249 ; 283 ; 318 ; 349.

Leroux : 281-283 ; 317 ; 569 ; 602 ; 1032.

Marx : 31 ; 53 ; 70 ; 96 ; 105 ; 194-197 ; 213 ; 224-226 ; 233 ; 243 et s. ; 280-281 ; 295 ; 302 et s. ; 317 ; 321-323 ; 671 ; 1036-1037.

Mariátegui : 192 ; 197-200 ; 237 ; 318-321 ; 370 ; 466 ; 1036

Rosselli : 313 ; 319 ; 321 ; 1036.

Socialisme-libéral : 315 ; 317 ; 318 et s. ; 1036.

Solidarité (solidarisme) : 128 ; 130-136 ; 252-256 ; 281-285 ; 316-324 ; 446-451 ; 469-470 ; 651 ; 983 ; 1032-1035.

Subsidiarité (Principe de) : 103-104 ; 603 ; 780-781.

Sumak kawsay (Principe de) : 7 ; 14 ; 54-70 ; 469 ; 486 ; 614 ; 808 ; 1031.

Syndicats : 144-146 ; 234 ; 237 ; 239 ; 680 ; 932.

T

Travail :

Droit au travail : 128 ; 278 ; 336 ; 357-396 ; 637-639 ; 786 ; 797 ; 840-841.

Droit du travail : 223 ; 310 ; 500 ; 516-524 ; 545 ; 569 ; 574 ; 597 ; 636-639 ; 718 ; 747 ; 829 ; 836-842 ; 1027.

Troisième âge : 599 ; 677 ; 790.

Troisième voie (idéologique) : 82 ; 84 ; 253 ; 256 ; 315 ; 759 ; 1032.

Tutela (Recours de) : 581-585 ; 871.

V

Vulnérables (Personnes) : 43 ; 146 ; 174 ; 275 ; 279-280 ; 289 ; 501 ; 506-507 ; 599 ; 615 ; 655 ; 675 ; 790 ; 893-897 ; 937 ; 953.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	4
REMERCIEMENTS ET DÉDICACE	5
SOMMAIRE	6
INTRODUCTION	8
I. LES DROITS SOCIAUX : POURQUOI FAIRE UN OBJET D'ETUDES ?	8
II. L'INTÉRÊT DU CHOIX SPATIAL DE CE TRAVAIL	11
III. LES DÉFIS D'UN TRAVAIL COMPARATISTE DANS UN CONTEXTE HISTORIQUE DE NON-CIRCULATION D'IDÉES	12
IV. ÉTUDIER UN PHÉNOMÈNE DU PASSÉ OU UNE CATÉGORIE DE DROITS EN DEVENIR ?	14
<u>PREMIÈRE PARTIE : LA PRÉPONDÉRANCE DE L'INFLUENCE EUROPÉENNE DANS LA CONSTRUCTION IDÉOLOGIQUE DES DROITS SOCIAUX</u>	17
TITRE 1. LES COURANTS FONDATEURS DE LA CONSTRUCTION DU SOCIAL	18
CHAPITRE 1 : LES COURANTS DE PENSÉE ANTÉRIEURS A LA CONCEPTUALISATION DES DROITS SOCIAUX	20
SECTION 1 : UNE PRÉPONDÉRANCE EUROPÉENNE ATTÉNUÉE PAR L'EXISTENCE DE LA PENSÉE SOCIALE ANDINE	20
I. LA TRADITION SOCIALE PRÉHISPANIQUE	20
1 UNE ORGANISATION SOCIALE ELOIGNÉE DES IDÉOLOGIES OCCIDENTALES	21
2 LA RÉCIPROCITÉ FAMILIALE ET INTERFAMILIALE ANDINE	23
3 UNE ÉCONOMIE REPOSANT SUR LA REDISTRIBUTION DES RESSOURCES	25
II. LE <i>SUMAK KAWSAY</i> COMME PRINCIPE ANDIN DE COHÉSION SOCIALE	26
1 LA PHILOSOPHIE ANDINE ET SA DIFFÉRENCE AVEC CERTAINES LOGIQUES OCCIDENTALES	26
2 LE <i>SUMAK KAWSAY</i> ET LE <i>BUEN VIVIR</i>	30
a- L'ANCESTRAL <i>SUMAK KAWSAY</i>	30
b- LE POSTMODERNE <i>BUEN VIVIR</i>	31
III. LE PHÉNOMÈNE DE TRANSPOSITION DE LA RÉCIPROCITÉ SOCIALE ANDINE DANS LE DOMAINE DU DROIT	33
SECTION 2 : LA PRÉPONDÉRANCE EUROPÉENNE MARQUÉE PAR L'ASCENDANT DES IDÉES CHRETIENNES SUR LA PENSÉE SOCIALE OCCIDENTALE	36
I. LES CONCEPTIONS ROMAINES DE LA SOLIDARITÉ ET LEUR INFLUENCE SUR LA CONSTRUCTION DE LA CHARITÉ	36
II. L'ESSOR DES IDÉES SOCIALES DE L'ÉGLISE : LA CHARITÉ CHRETIENNE	40
III. LA (NON) TRANSPOSITION DES IDÉES SOCIO-CHRETIENNES	

DANS LE SPECTRE POLITIQUE CONTEMPORAIN	46
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	53
CHAPITRE 2 : LES COURANTS DE PENSÉE INFLUANT AU DÉVELOPPEMENT CONTEMPORAIN DES DROITS SOCIAUX	54
SECTION 1) LA FRATERNITÉ ET LA SOLIDARITÉ : DES COURANTS FRANÇAIS DE CONSTRUCTION DE LA COHÉSION SOCIALE	55
I. LE DÉVELOPPEMENT DE LA COHÉSION SOCIALE A TRAVERS LA	
II. PRISE EN COMPTE DU SENTIMENT DE FRATERNITÉ	57
A) LA FRATERNITÉ : UN SENTIMENT LAÏC FAISANT APPEL A « L'UNION ENTRE SEMBLABLES »	58
B) UN SENTIMENT INOPÉRANT AU PÉROU MAIS EFFECTIF EN FRANCE	60
II. LE DÉVELOPPEMENT CONCEPTUEL DES DROITS SOCIAUX PAR LA PRISE EN COMPTE DE LA NOTION DE SOLIDARITÉ	61
A) DE LA FRATERNITÉ PATRIOTIQUE A LA SOLIDARITÉ RÉPUBLICAINE	61
B) UNE DIFFÉRENTE COMPRÉHENSION DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LA FRANCE ET L'AMÉRIQUE ANDINE	66
III. LE CADRE D'EXÉCUTION DES SOLIDARITÉS : LA CORPORATION, LA NATION ET L'UNIVERSEL	70
SECTION 2) LE NATIONALISME PÉRUVIEN, SOCLE CONCEPTUEL DE LA CONSTRUCTION DES DROITS SOCIAUX	75
I. UNE DÉFINITION PARTICULIÈRE DU NATIONALISME PÉRUVIEN SE DISTINGUANT DU NATIONALISME EUROPÉEN	75
A) UN NATIONALISME ANDIN CHERCHANT L'UNITÉ PLURIELLE, UN NATIONALISME EUROPÉEN CHERCHANT L'UNITÉ HÉGÉMONIQUE	75
B) LA NATION COMME CADRE D'EXERCICE DES DROITS ET L'ABSENCE DE NATION AU PEROU	77
C) SURPASSER LE NATIONALISME : LA CITOYENNETE COMME CADRE CONTEMPORAIN D'EXERCICE DES DROITS ?	82
II. UN NATIONALISME PENSANT LA NATION COMME STRUCTURE DE CRÉATION DE DROITS RÉCIPROQUES ET DE COHÉSION SOCIALE	87
III. LA GENÈSE DU NATIONALISME PÉRUVIEN : UNION SOCIALE, NATIONALISATION DE L'ÉCONOMIE ET INCLUSION SOCIALE DES INDIGÈNES	91
IV. LA PRATIQUE D'UN GOUVERNEMENT NATIONALISTE AU PEROU : L'ANTI-IMPÉRIALISME ÉCONOMIQUE, LA NATIONALISATION DES SOURCES DE RICHESSE, L'ASSOCIATION DE L'INDIGÈNE A LA SPHÈRE CITOYENNE	98
SECTION 3) LA SOCIAL-DÉMOCRATIE : VÉRITABLE DOCTRINE CONTEMPORAINE DU SOCIAL ?	107
I. UN MOUVEMENT DES OUVRIERS ALLEMANDS INFLUENÇANT L'EUROPE	108

II. UNE AMERIQUE LATINE PEU PERMEABLE AU COURANT SOCIAL-DÉMOCRATE EUROPÉEN	115
III. UNE RELATIVISATION CONTEMPORAINE DE LA SOCIAL-DÉMOCRATIE : DE LA DOCTRINE MARXISTE A LA FORME DE GOUVERNEMENT SOCIAL-DÉMOCRATE	120
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	124
CONCLUSION DU TITRE 1 ^{ER}	126
TITRE 2. UNE PENSÉE DU SOCIAL DOMINÉE PAR LE DÉBAT EUROPÉEN	127
CHAPITRE 1 : UNE ÉVOLUTION PAR LES DROITS SOCIAUX À DÉFAUT D'UNE « RÉVOLUTION SOCIALE »	128
SECTION 1. LE CARACTÈRE DIFFUS DE LA NOTION DE RÉVOLUTION SOCIALE	128
I. LA POSSIBILITÉ D'UNE RÉVOLUTION SOCIALE RELATIVE	128
A) CE QU'IMPLIQUE LA NOTION DE « RÉVOLUTION »	129
B) UNE RÉVOLUTION INACHEVÉE OU UNE ÉVOLUTION EN COURS DE RÉALISATION	130
II. UNE ÉVOLUTION DU « SOCIAL » POSSIBLE GRACE A SON FONDEMENT RELATIF	133
A) LES ÉLÉMENTS QUI COMPOSENT LE FONDEMENT DES DROITS SOCIAUX	133
B) LE <i>SOCIALISME REPUBLICAIN</i> ET LE <i>SOLIDARISME</i> , DOCTRINES FONDAMENTALES DU « SOCIAL »	138
SECTION 2 : LES DROITS SOCIAUX : UNE ÉVOLUTION DU LIBÉRALISME ?	141
I. UN RÉFORMISME SOCIAL EN APPARENCE REVOLUTIONNAIRE	141
A) LE RÉFORMISME COMME OPPOSITION NON-REVOLUTIONNAIRE A L'ORDRE ÉTABLI	142
B) DÉPASSER L'ÉTAT N'EST PAS UNE CONDITION DE LA RÉVOLUTION SOCIALE	149
II. LES DROITS SOCIAUX COMME POSSIBLE RENOUVELLEMENT DE LA CHARGE RÉVOLUTIONNAIRE DU LIBÉRALISME	154
A) DES RÉVOLUTIONS SOCIALES MANQUÉES REFORMANT LE LIBÉRALISME	155
B) LE SOCIALISME LIBÉRAL OU LA RÉVOLUTION LIBÉRALE DU SOCIALISME	159
C) LES DROITS SOCIAUX COMME RENOUVEAU D'UNE RÉVOLUTION LIBÉRALE PERMANENTE	164
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	167
CHAPITRE 2 : LES (IN)COMPATIBILITÉS ENTRE LA QUESTION SOCIALE ET LE <i>STATU QUO</i> DU DROIT	168

SECTION 1. LE PARADIGME INDIVIDUALISTE-JURIDIQUE COMME LIMITE A L'ÉVOLUTION DES DROITS SOCIAUX	168
I. LE DROIT A LA PROPRIÉTÉ COMME OUTIL D'UNE RÉVOLUTION INDIVIDUALISTE	174
A) UNE FONCTION LIBÉRATRICE DU DROIT À LA PROPRIÉTÉ	174
B) UN DROIT NON-ABSOLU A LA PROPRIÉTÉ, LIMITÉ PAR SA FONCTION SOCIALE	177
II. LA CRISE SOCIALE DU MODÈLE INDIVIDUALISTE À TRAVERS LE DROIT AU TRAVAIL	179
A) LE DROIT AU TRAVAIL COMME SOURCE D'HÉSITATION POLITIQUE	180
B) UNE OBLIGATION D'AMÉNAGEMENT DES INTÉRÊTS ENTRE LES DROITS LIBÉRAUX ET L'ENGAGEMENT SOCIAL DE L'ÉTAT	190
SECTION 2. LES FAUSSES INCOMPATIBILITÉS JURIDIQUES ENTRE « L'ÉTAT DE DROIT » ET « L'ÉTAT SOCIAL »	198
I. LES IMPLICATIONS DE LA CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS SOCIAUX SUR LA DÉMOCRATIE	201
A) LES POLITIQUES SOCIALES PERPÉTUEMENT-ELLES L'INÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES INDIVIDUS ?	204
B) LES POLITIQUES SOCIALES CONSTITUENT-ELLES UNE IMPOSITION AUX MAJORITÉS ?	208
II. LES IMPLICATIONS DE LA CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS SOCIAUX CONTRE LES LIBERTÉS GARANTIES PAR L'ÉTAT DE DROIT	211
A) LA DIFFÉRENCE ENTRE LIBERTÉ HUMAINE ET LIBERTÉ POLITIQUE	211
B) DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES JUSTIFIANT LES INÉGALITÉS SOCIALES	214
C) LE SOUBASSEMENT LIBÉRAL DE L'ÉTAT DE DROIT ET LE PARADOXE DE SES INCOMPATIBILITÉS AVEC LES DROITS SOCIAUX	215
D) UNE NÉCESSAIRE RÉGULATION DES LIBERTÉS : L'EXEMPLE DU DROIT A LA PROPRIÉTÉ	219
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	223
CONCLUSION DU TITRE 2	224
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	225
<u>SECONDE PARTIE : VERS UN DÉPASSEMENT DE L'INFLUENCE EUROPÉENNE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX</u>	227
TITRE 1. L'AMORCE D'UNE RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES DROITS SOCIAUX	228
CHAPITRE 1 : UN LENT DÉPASSEMENT DE L'ANCIEN MODÈLE CONSTITUTIONNEL LIBÉRAL	229

SECTION 1. LA CONSTITUTION : UNE DÉFINITION QUI TENTE DE S'ADAPTER À TOUT MODÈLE POSITIF	229
I. LES CRITÈRES DE DÉFINITION D'UNE CONSTITUTION	229
II. LA FINALITÉ SOCIALE D'UNE CONSTITUTION	230
III. LE SYSTÈME ORGANIQUE INCA ET LES PRINCIPES SOCIAUX ORIGINELS ANDINS, À L'ÉPREUVE D'UNE DÉFINITION POSITIVISTE DE LA CONSTITUTION	232
SECTION 2. LE MODÈLE CONSTITUTIONNEL LIBÉRAL. DE SON ESSOR EN EUROPE À SON ADOPTION EN AMÉRIQUE ANDINE	235
I. LA NAISSANCE DE L'ÉTAT CONSTITUTIONNEL EN EUROPE ET AUX AMÉRIQUES	235
III. UN CONSTITUTIONNALISME TRADITIONNEL ÉVOLUANT ENTRE LIBÉRALISME ET DÉMOCRATIE	237
III. LA CRISE DU CONSTITUTIONNALISME LIBÉRAL ET L'AVÈNEMENT DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL	240
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	244
CHAPITRE 2 : L'ÉVOLUTION VERS UN NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME A L'EXTÉRIEUR DU PÉROU ET DE LA FRANCE	245
SECTION 1. LE CONSTITUTIONNALISME SOCIAL DU DÉBUT DU XXÈME SIÈCLE	245
I. LES CONSÉQUENCES DE LA CRISE DU CONSTITUTIONNALISME LIBÉRAL	245
II. LA FORMATION DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL	248
A) DES CONSTITUTIONS SOCIALES <i>ORIGINAIRES</i> : LE CAS DU MÉXIQUE ET DE L'ALLEMAGNE	249
1. LA CONSTITUTION MÉXICAINE DE 1917	249
2. LA CONSTITUTION ALLEMANDE DE 1919	254
B) DES CONSTITUTIONS SOCIALES <i>DERIVÉES</i> : L'EXEMPLE DE L'ESPAGNE	257
1. LA CONSTITUTION DE CADIZ DE 1812	258
2. LA CONSTITUTION ESPAGNOLE DE 1931	260
3. LA CONSTITUTION ESPAGNOLE DE 1978	264
SECTION 2. L'AVÈNEMENT DU NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME LATINO-AMÉRICAIN	267
I. LA CRISE DU CONSTITUTIONNALISME LIBÉRAL COMME PRÉMISSE DU NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME LATINO-AMÉRICAIN	268
II. DE LA CONSOLIDATION DE L'ÉTAT CONSTITUTIONNEL, A LA PREMIÈRE VAGUE DU NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME LATINO-AMÉRICAIN	272
A) CONSTITUTION COLOMBIENNE DE 1991	273
1. L'ÉTAT DE DROIT SOCIAL COLOMBIEN	276
2. UNE RECONNAISSANCE ÉTENDUE DE NORMES À CONTENU SOCIAL	279
3. DES DROITS SOCIAUX PROCLAMÉS UNIVERSELS	281

4.	LA GARANTIE DES DROITS SOCIAUX PAR UN JUGE	282
B)	LE NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME VÉNÉZUELIEN OU L'AVÈNEMENT DU SOCIALISME RÉFORMISTE	285
III.	LA SECONDE VAGUE DU NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME LATINO-AMÉRICAIN : LA CONSTITUTIONNALISATION DES LOGIQUES SOCIALES ANDINES EN ÉQUATEUR ET BOLIVIE	292
A)	UNE DÉFINITION DE L'ÉTAT FONDÉE SUR DES CRITÈRES UTILISÉS PAR LE CONSTITUTIONNALISME CONTEMPORAIN	294
B)	LA SYMBIOSE ENTRE LES VALEURS OCCIDENTALES ET LES VALEURS AUTOCHTONES EN MATIÈRE SOCIALE	297
C)	LE NOUVEAU FONDEMENT DE GARANTIE DES DROITS SOCIAUX À TRAVERS LE LIEN ENTRE L'HOMME ET LA NATURE	301
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	304
	CHAPITRE 3 : UNE CONSTITUTIONNALISATION DU SOCIAL SEMÉE D'HÉSITATIONS	305
	SECTION 1. LA PORTÉE DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL FRANÇAIS CONTEMPORAIN	305
I.	UNE PRÉOCCUPATION CONSTANTE POUR CONSTITUER LE SOCIAL	305
A)	L'ASSISTANCE PUBLIQUE, LA PHILANTHROPIE ET LE PREMIER « DROIT SOCIAL » : DE LA RÉVOLUTION DE 1789 À LA RÉVOLUTION DE 1848	306
B)	LE DEVOIR DE SOLIDARITÉ CONCRETISANT LE DROIT SOCIAL : LES LOIS SOCIALES DE LA IIIÈME RÉPUBLIQUE	314
1)	L'ÉCHEC DES STRATÉGIES DU SECOND EMPIRE	314
2)	L'AVÈNEMENT D'UN NOUVEAU CONTENU IDÉOLOGIQUE POUR LE SOCIAL	315
3)	LA MISE EN PLACE DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE MODERNE	317
4)	LES ÉVOLUTIONS EN MATIÈRE DE LOGEMENT	319
5)	LA CRÉATION D'UN MINISTÈRE DU TRAVAIL ET LA MISE EN PLACE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE	321
C)	LA COHÉSION SOCIALE ET LA CONSOLIDATION DU MODÈLE SOCIAL FRANÇAIS : LA IV ET LA V RÉPUBLIQUES	324
1)	UN PRÉAMBULE PARACHEVANT LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DU SOCIAL	324
2)	LES ÉCHECS DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL FRANÇAIS	337
a-	LA FORCE JURIDIQUE DES DROITS SOCIAUX CONSTITUTIONNALISÉS	338
b-	LA DIFFICULTE A DÉCRYPTER LA PORTÉE SOCIALE DES TEXTES CONSTITUTIONNELS	340
	SECTION 2. LES AVANCÉES ET LES RÉGRESSIONS SOCIALES DANS L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE PÉRUVIENNE	344

I.	LES CONSTITUTIONS PÉRUVIENNES ET LEUR INTÉRÊT TARDIF POUR LE SOCIAL	344
A)	LES FONDEMENTS LIBÉRAUX FRANÇAIS DU CONSTITUTIONNALISME PÉRUVIEN	344
B)	L'ÉCHEC DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL DÉMOCRATIQUE	346
1)	LA CONSTITUTION DE 1920 : UNE MODESTE PRISE EN COMPTE DES QUESTIONS SOCIALES	346
2)	LA CONSTITUTION DE 1933 ET LE DÉVELOPPEMENT DES DROITS SOCIAUX PAR DES RÉGIMES ANTICONSTITUTIONNELS	349
II.	L'INSTABILITÉ DES CONSTITUTIONS ÉCONOMIQUES ET SOCIALES CONTEMPORAINES (1979-1993)	354
A)	LA CONSTITUTION DE 1979 ET LE CONSTITUTIONNALISME SOCIAL FLEXIBLE	355
B)	LA CONSTITUTION DE 1993 ET LE CONSTITUTIONNALISME DOGMATIQUE	360
1)	LA CRISE SOCIALE ET POLITIQUE ANNONÇANT LA FIN DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL	361
2)	LE SOUBASSEMENT NÉOLIBÉRAL DE LA CONSTITUTION DE 1993	363
3)	UN VOLET SOCIAL <i>A MINIMA</i>	369
	SECTION 3. L'ÉVOLUTION DU PARADIGME CONSTITUTIONNEL ANDIN	378
I.	L'INFLUENCE ET LA PERTE D'INFLUENCE EUROPÉENNE EN AMÉRIQUE LATINE	378
II.	LES NOUVEAUX CHEMINS D'ÉVOLUTION DU PARADIGME CONSTITUTIONNEL	381
III.	VERS UN CHEMIN CONSENSUEL ENTRE LES LOGIQUES OCCIDENTALE ET ANDINE ?	383
	CONCLUSION DU CHAPITRE 3	386
	CONCLUSION DU TITRE 1 ^{ER}	388
	TITRE 2. LE PARACHÈVEMENT ET LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX : UNE CONSTRUCTION EN DEVENIR	390
	CHAPITRE 1 : PROTÉGER LES DROITS SOCIAUX PAR LE JUGE : LES DIFFICULTÉS DE LA PROTECTION « PAR LE HAUT »	391
	SECTION 1) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PÉRUVIEN	392
I.	UNE DIFFICILE VOIE DE RECOURS POUR FAIRE VALOIR DES DROITS SOCIAUX	392
II.	LA PROTECTION DU DROIT DU TRAVAIL PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PÉRUVIEN	397
III.	LA PROTECTION DU DROIT À LA SANTÉ PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PÉRUVIEN.....	399

IV. LA PROTECTION DU DROIT À L'ÉDUCATION PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PÉRUVIEN	404
V. LA PROTECTION DU DROIT AU LOGEMENT PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PÉRUVIEN	407
SECTION 2) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR D'AUTRES JUGES DANS LA REGION LATINO-AMÉRICAIN	408
I. LE CAS DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL COLOMBIEN	408
A) LE CONCEPT DE GARANTIE AU « MINIMUM VITAL »	409
B) LE CONCEPT DE « DIGNITÉ HUMAINE »	411
II. LE CAS DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LE JUGE INTERAMÉRICAIN	413
A) LES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DU « MÉCANISME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX »	414
B) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX A TRAVERS LA « DIGNITÉ » : L'AFFAIRE DES <i>ENFANTS DE RUE</i>	415
C) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX A TRAVERS LES DROITS CULTURELS : L'AFFAIRE <i>YAKYE AXA</i>	417
D) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE DES JUGES INTERAMERICAINS	419
SECTION 3) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	421
I. LA FONDAMENTALISATION PARTIELLE DES DROITS SOCIAUX	422
A) L'ACCEPTATION D'UNE JURIDICITÉ DES DROITS SOCIAUX : L'EXEMPLE DU DROIT À L'ÉDUCATION	422
B) LA NON-JURIDICITÉ OU L'INEFFECTIVITÉ DES DROITS SOCIAUX : L'EXEMPLE DU DROIT AU LOGEMENT ET DU DROIT À L'ALIMENTATION	424
1) LE DROIT AU LOGEMENT ET L'AMBIGUÏTÉ DE SON OPPOSABILITÉ	424
2) LES « DROITS » SOCIAUX EN MARGE DE LA JURIDICITÉ : L'EXEMPLE DU DROIT À L'ALIMENTATION	427
II. L'ÉVOLUTION DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS SOCIAUX EN FRANCE	430
A) UNE JURISPRUDENCE SOCIALE CONSTITUTIONNELLE FONDÉE SUR LES PREMISSES DU PRÉAMBULE DE 1946	431
B) LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ (QPC) : UNE ÉVOLUTION EN MATIÈRE D'EXIGIBILITÉ DES DROITS SOCIAUX ?	435
SECTION 4) LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR DES INSTANCES SUPRANATIONALES EN EUROPE	438
I. LES PRINCIPALES TECHNIQUES DU JUGE EUROPÉEN DANS LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX	439
II. LE CAS SPECIFIQUE DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE	444
A) UN EFFET DIRECT PROBLÉMATIQUE	444

B) LES LIGNES « JURISPRUDENTIELLES » DU COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX	446
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	449
CHAPITRE 2 : SATISFAIRE LES BESOINS SOCIAUX PAR-DELÀ L'ÉTAT : L'ACTUALITÉ DE LA PROTECTION « PAR LE BAS »	451
SECTION 1. L'AUTO-GARANTIE DES BESOINS SOCIAUX : AMÉNAGER LE DROIT ET CRÉER LE DROIT	452
I. RÉSOUDRE LES BESOINS SOCIAUX À TRAVERS L'USAGE INGÉNIEUX DU DROIT	453
II. RÉSOUDRE LES BESOINS SOCIAUX À TRAVERS L' <i>EMPOWERMENT</i> DU CITOYEN	459
SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES PERSONNES MORALES : UN PALLIATIF AUX BESOINS SOCIAUX INSATISFAITS	463
I. L'UTILITÉ ET LES LIMITES DU SYSTÈME ASSOCIATIF	465
II. LA PRÉCARITÉ DU SYSTÈME DE RESPONSABILITÉ SOCIALE ENTREPRENEURIALE	467
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	474
CONCLUSION DU TITRE 2	476
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	478
CONCLUSION GÉNÉRALE	480
BIBLIOGRAPHIE	488
INDEX ALPHABÉTIQUE	533
TABLE DES MATIÈRES	540